

TEMAS ACTUALES DEL DERECHO

EL DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN

Wendy A. *GODÍNEZ MÉNDEZ*
José Heriberto *GARCÍA PEÑA*
Coordinadores



*40 años
de vida académica
Jorge Witker*



TEMAS ACTUALES DEL DERECHO
EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACIÓN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 709

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Edición y formación en computadora: Wendy Vanesa Rocha Cacho

TEMAS ACTUALES
DEL DERECHO
EL DERECHO
ANTE LA GLOBALIZACIÓN

*40 años
de vida académica
Jorge Witker*

JOSÉ HERIBERTO GARCÍA PEÑA
WENDY AIDE GODÍNEZ MÉNDEZ

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, 2014

Primera edición: 15 de octubre de 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN

CONTENIDO

Presentación	XI
Pedro SALAZAR UGARTE	
Jorge Witker.	XIII
Eduardo Luis FEHER	
Introducción	XVII
José Heriberto GARCÍA PEÑA	
Wendy Aide GODÍNEZ MÉNDEZ	
Debate sobre la creación de un Poder Ejecutivo colegiado en la Constitución de 1824	1
José BARRAGÁN	
Los derechos fundamentales y su interpretación	35
Miguel CARBONELL SÁNCHEZ	
La reparación del daño material a víctimas del delito y la mediación penal en el Distrito Federal	55
Ariadna COQUIS VELASCO	
Derecho humano de manifestación pública: limitaciones y regula- ción	77
Edgar CORZO SOSA	
El auto de formal prisión y el auto de vinculación a proceso	93
Arturo Luis COSSÍO ZAZUETA	

Armonización de la legislación procesal penal en el sistema acusatorio mexicano	115
Ivonne Nohemí DÍAZ	
Tecnologías utilizadas en servicios de inteligencia y contrainteligencia	145
Vanessa DÍAZ	
Miguel Ramos Arizpe: provincialismo responsable, federalismo en formación	177
Rafael ESTRADA MICHEL	
Marco jurídico de la ciudad.	217
Jorge FERNÁNDEZ RUIZ	
El exceso ritual manifiesto	247
Lawrence FLORES AYVAR	
La unidad de la legislación penal en México: antecedentes, iniciativas, obstáculos, razones.	267
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Opinión consultiva dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso relativo al “hábeas corpus bajo suspensión de garantías”	285
Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO	
Esbozo crítico y analítico de la teoría de los sentimientos morales de Adam Smith	301
Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA	
Fernando SOSA PASTRANA	

La prisión preventiva oficiosa (consideraciones sobre su evolución y regulación normativa)	319
Raúl GUILLÉN LÓPEZ	
Querrela y derecho penal en México.	331
José Daniel HIDALGO MURILLO	
Textura analógica de lo suyo en el concepto de justicia	351
José de Jesús LEDESMA	
El derecho de los pueblos indígenas a un territorio. Alcances y límites ante las concesiones mineras. El caso de Wirikuta	361
Ma. Carmen MACÍAS VÁZQUEZ	
La importancia de la interpretación amplia de los actos particulares como objeto del juicio de amparo	389
Jorge MEZA PÉREZ	
El juicio oral mercantil	407
Alberto Fabián MONDRAGÓN PEDRERO	
Costumbres constitucionales federales.	429
Alfonso NAVA NEGRETE	
Los límites punitivos de un Estado hemipléjico.	445
Pedro José PEÑALOZA	
Transversalidad de los derechos humanos con perspectiva de género (una propuesta de política pública que construye paz, con visión humanista).	469
Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA	

Desarrollo económico y derechos humanos. Una visión integradora	489
Carlos F. QUINTANA ROLDÁN	
El principio precautorio en la jurisprudencia de la Unión Europea. Implicaciones comerciales.	517
Carlos REYES	
Defensa y solución de conflictos municipales	539
Salvador VALENCIA CARMONA	
El control de constitucionalidad “de oficio” y el control de convencio- nalidad: “una de cal y una de arena”	555
Jorge Reinaldo VANOSSI	
Nueva Constitución. Poderes, controles y asamblea constituyente en Chile	567
Francisco ZÚÑIGA URBINA	

Temas actuales del derecho. El derecho ante la globalización, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 15 de octubre de 2014 en Impresión Comunicación Gráfica, S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, col. Sta. Ma. Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

PRESENTACIÓN

Si hay algo que caracteriza a Jorge Witker es la versatilidad de su pensamiento. A lo largo de su destacada carrera académica se ha ocupado de un amplio abanico de temas que tienen que ver con el derecho —la disciplina de su especialidad— pero también, y quizá sobre todo, con los grandes temas y problemas de su tiempo. Con visión global y curiosidad constante, Witker se ha interesado por cuestiones que interesan al mundo del derecho pero que trascienden sus fronteras. Por ello su obra representa un excelente ejemplo del trabajo académico comprometido con el cambio político y social que tanto ha necesitado y sigue necesitando nuestro país y, en general, los países de la región latinoamericana.

Región, la nuestra, que por motivos biográficos e intelectuales, el doctor Witker conoce bien y por cuyo proceso político, a lo largo del tiempo y de diferentes maneras, tuvo y sigue teniendo un interés legítimo y activo. Desde esta perspectiva, Witker es algo más que un académico; es un intelectual versátil y, en el más genuino sentido del término, militante de sus ideas. Uno de esos intelectuales a los que Norberto Bobbio identificaba como los actores fundamentales de su tiempo histórico y como la conciencia crítica de su época.

Hombre de convicciones, de compromiso político y de apertura intelectual, Jorge Witker, además, logró algo que es difícil de alcanzar en un mundo de veleidades y modas pasajeras: acreditar un pensamiento propio, consolidado y reconocido. De ahí que, sin titubeos ni exageraciones, Wendy Godínez y Heriberto García, coordinadores de esta obra en su Homenaje, lo califiquen como un destacado jurista. Su vasta obra es el testimonio palpable de ello.

En su doble faceta, como investigador y como docente, Witker logró influir en múltiples generaciones de abogados. Desde el aula, durante años y hasta el día de hoy, Jorge Witker ha logrado transmitir conocimientos técnicos pero también experiencias y reflexiones que solamente maduran en las mentes que entrelazan a la lucidez con la vocación docente. Leyendo la introducción de los dos alumnos que han coordinado su homenaje y después de escuchar las voces de otros alumnos de Jorge que he conocido a lo largo

del tiempo, me viene a la mente una idea que, según me refirió Fernando Escalante, se encuentra en la obra de George Steiner (y que yo he buscado sin éxito): “es más fácil encontrar un buen poeta que un buen maestro”. Witker es uno de esos escasos especímenes y la Universidad Nacional Autónoma de México, así como otras instituciones académicas de nuestro país y del mundo, se han visto beneficiadas por ello.

El eco de las ideas de Jorge Witker en los ensayos que componen esta colección de volúmenes —y que se encuentran estructurados temáticamente siguiendo los temas de interés del homenajeado— es la prueba del impacto de su pensamiento y, de paso, da testimonio del reconocimiento y afecto que despierta entre sus colegas. Un dato, este último, que no es menor porque la afabilidad no tiene que estar peleada con la inteligencia y el afecto es el producto más genuino de la entrega.

Esta obra, que contiene contribuciones de alta calidad académica y que merece ser leída con atención y cuidado, editada, además, por las instituciones de la Universidad Nacional Autónoma de México en las que ha brindado su servicio, es el merecido reconocimiento a quien ha sabido pensar, investigar, enseñar, incidir y sumar afectos.

Felicidades, doctor Jorge Witker, por todo ello.

Dr. Pedro SALAZAR UGARTE

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

JORGE WITKER

Eduardo Luis FEHER

Hace algún tiempo escuché que “un amigo es aquel que estando cerca o a miles de kilómetros puede tocar tu corazón y tu mente”.

Esta frase sin duda podría describir la persona, la vida y la obra de uno de nuestros más notables juristas contemporáneos, como lo es el querido y admirado Jorge Witker.

Hay muchas cosas que impactan del maestro: su carisma, su personalidad y su bonhomía.

“Solo los sabios —sentenciaba Séneca— están entretenidos en verdaderas ocupaciones... pero aún así, ninguno se negará a recibirlos; ninguno consentirá que nadie salga con las manos vacías. Éstos a todas horas, se dejan visitar por todos, de día y de noche...”.

Jorge Witker, a lo largo de su fecunda vida, es de ese jaez, tan escaso hoy día por la vorágine del tiempo que a todos nos abrasa y consume.

De México a Buenos Aires, de Chile a Brasil, de Sonora a Carabobo, de Hidalgo a Chiapas, de Sinaloa a Valparaíso, del Perú a La Habana, de Ciudad Juárez a Costa Rica y Venezuela, sin dejar de incluir a España, amén de innumerables países y universidades locales e internacionales, el nombre Jorge Witker se pronuncia con respeto.

Vida dedicada a la academia, vocación por enseñar, viajero incansable, lleva la voz del derecho, la economía, el comercio internacional y una enorme lista más de materias y temáticas a los más disímiles lugares, dejando en ellos la huella indeleble de sus conocimientos.

Hombre de su tiempo, Jorge Witker se actualiza y actualiza a sus numerosos alumnos, creando un vínculo donde el conocimiento, la amistad y los afectos presiden su particular modo humano y académico de ser y de sentir.

Aunque nombrar es omitir, he aquí una breve muestra de la cantidad de artículos que se incluyen en esta edición-homenaje a los cuarenta años de fructífera función académica de Jorge Witker. Entre muchos otros temas tenemos, por ejemplo, comercio exterior, comunicaciones, política econó-

mica, inversión extranjera, derecho ambiental, reformas constitucionales en materia económica, ética empresarial, impuestos, deuda pública, protección del consumidor, arbitraje internacional, unidad de la legislación penal, concepto de justicia, transversalidad de los derechos humanos, defensa y solución de conflictos municipales, etcétera. El propio índice de este texto refleja las valiosas aportaciones de la gran cantidad de autores que sin duda aprecian la persona y la obra del doctor Witker.

Aquí podríamos referirnos a Domingo Faustino Sarmiento, quien hace muchos años sentenciaría: “Los discípulos son la biografía del maestro”.

Y podríamos agregar con John Ruskin lo siguiente respecto de la relación maestro-alumno: “Educar a un joven no es hacerle aprender algo que no sabía, sino hacer de él alguien que no existía”.

Este volumen, patrocinado por prestigiosas instituciones de cultura superior, son el vivo reflejo de un acto de justeza al homenajear a Jorge Witker, cuya impronta se ha dejado sentir en los últimos cuarenta años en nuestra querida Universidad Nacional Autónoma de México.

Tanto la Facultad de Derecho como el Instituto de Investigaciones Jurídicas serían difíciles de explicar sin la enorme presencia y peso específico de una personalidad tan relevante como lo es el querido doctor Jorge Witker.

“Las señales por donde se conoce a un hombre que progresa en la práctica en el estudio de la virtud —sentenciaba Epicteto en sus célebres *Manual* y *Máximas*— son: no reprender, no alabar, no menospreciar ni acusar a nadie, no alabarse nunca de lo que es él mismo ni de lo que sabe”.

Esto sin duda podría aplicarse a Jorge Witker en materia de la enseñanza, pues ¿hay otra virtud de tan alto relieve como enseñar?

A mayor abundamiento, Marco Aurelio, en sus *Soliloquios*, señala: “Quien peca contra justicia comete una impiedad, porque habiendo la naturaleza universal hecho a los hombres con la mira de que se diesen un socorro mutuo, de suerte que ayudándose los unos a los otros, según su mérito, no se hiciesen entre sí mal alguno”.

¿Qué es en el fondo lo que nos transmite Witker sino la esencia del derecho y la justicia? Precisamente.

José Antonio Primo de Rivera, en algunas reflexiones sobre el complejo tema del derecho, se pregunta:

¿Qué es el derecho? El derecho vivió varios siglos entre los hombres sin que nadie se formulara esta pregunta. Los primeros que se la formularon —dato significativo que debemos retener— no fueron los juristas sino los filósofos. La oscuridad de las explicaciones sobre todo lo que el derecho sea se debe a que se ha tardado miles de años en separar dos preguntas en aquella pregunta fundamental.

Escuchando al maestro Witker, muchas de las dudas antes señaladas quedan meridianamente clarificadas. Y es que el maestro, sin duda, al explicar sus clases, dar sus conferencias magistrales, o bien al escribir sus obras, se apega estrictamente a la recordada frase de Ortega y Gasset: “La claridad es la obligada cortesía del maestro, del filósofo y del escritor”.

La obra toda de Jorge Witker es, como sus exposiciones, clara, rica en expresiones, ampliamente fundamentada en su cultura jurídica universal, y por ello, sin ambages, valedera.

Creed por cierto —decía el Rey Don Sancho de Castilla— que una de las cosas por las que más se salvan las almas y se mantienen los cuerpos, y los reinos y los estados, y las tierras, es la justicia. Y justicia no entendáis que sea solamente matar hombres sino dar a cada uno lo que merece, haciendo bien por bien y mal por mal. Y aún todos los que han podido hacer justicia deben agradecer más a Dios que les dé lugar para galardonar que para castigar.

Guardando el tiempo, las distancias y las circunstancias, los anteriores conceptos del derecho y la justicia, de suyo tan complejos, en la palabra, la acción y el pensamiento, toman también carta de ciudadanía en Jorge Witker, homenajeado justamente en estos espléndidos y singulares textos.

Sin duda, su vida y su obra podrían resumirse con la sabia sentencia de Pitágoras: “Educar no es una carrera para vivir, sino templar el alma para las dificultades de la vida”.

INTRODUCCIÓN

Las instituciones evolucionan, los pueblos se transforman y las relaciones humanas se pueden beneficiar si los cambios son profundos. En ninguna época de la sociedad el derecho ha permanecido estático e inmutable. El derecho es parte de la realidad social, ya sea que lo consideremos simplemente como “superestructura” o como campo jurídico, presumiblemente con un estatus equivalente a otros. Cumple, por lo menos (para no entrar ahora en disquisiciones), una función “organizadora”. Tanto en su parte propiamente normativa como en la justificadora —el espacio de la libertad— produce un “orden social” que presupone, al hablar de sus relaciones con la economía, una suerte de exterioridad previa que se vuelve extremadamente problemática en su resolución.

Es necesario dejar constancia de que la tan consabida expresión “el derecho en la zaga de los hechos”, lejos de perder actualidad, cobra dramática vigencia frente a los nuevos tiempos de crisis y globalización, lo cual obliga a los abogados a manejar nuevos paradigmas y categorías que rompen esquemas hasta ayer incuestionables.

Se trata de tener una visión holística del derecho, en palabras de nuestro homenajeado, “...como un todo, es decir, relacionar norma, hecho social e intereses tutelados, presentes en el hombre y su entorno ecológico, entendiendo por ecológico una postura ante la vida que busca incluir todas las expresiones de la naturaleza”, perspectiva tridimensional y ecológica inserta en contextos inter y transdisciplinarios, en donde lo nacional se diluye con lo global, al calor de la globalización económica, en donde los mercados, en sus aspectos productivos, comerciales y financieros, atraviesan y permean diversos ámbitos de los Estados nacionales.

Cambia entonces la percepción del derecho y por consecuencia su intensidad y matiz. Nuevas áreas profesionales obligan al abogado de hoy a construir, enseñar y aplicar en forma inter y transdisciplinaria al derecho. Aparecen nuevas problemáticas y la necesidad de reformas amplias o nuevas leyes orientadas a la defensa de intereses nacionales.

La creación de nuevas relaciones económicas y políticas en un entorno de alta competitividad y globalización exige la integración del conocimien-

to como una herramienta útil para la solución de problemas. Asimismo, las tendencias en el contexto de la economía mundial actual son de ir hacia la búsqueda de la colaboración e integración económica regional sobre la base de la uniformidad en el tratamiento legal para dicho esquema, lo que coadyuva a la formación de bloques económicos-jurídicos con una mayor apertura y flexibilidad en el presente y el futuro.

Por ello, resulta relevante para el abogado de nuestros días, inmerso en un mundo profesional novedoso, contar con una mejor y más amplia preparación académica que conjugue una visión holística, inter y transdisciplinaria del derecho. Conocimientos y enfoques propios de su campo de estudio con otras áreas relacionadas que le aporten una ventaja en su formación profesional, teniendo la posibilidad de tomar decisiones y actuar de manera exitosa y socialmente responsable. Es por ello que ninguna fuente del derecho está al margen del análisis de la realidad social.

La frase que retomamos a continuación lo denota:

El JURISTA para el siglo XXI... no puede ni debe aceptar el derecho como instrumento de opresión, conformismo, ni evasión... Debe huir de la abstracción gratuita, del formalismo, de la jerga... y... preocuparse por la... racionalidad, el realismo, la respuesta creativa ante conflictos, dilemas, nuevas situaciones y desafíos.¹

Por ende, es necesario un mayor esfuerzo para lograr sistematizar el trabajo que llevan a cabo las instituciones del Estado en aras de orientar a la población en cuanto a trámites, gestiones legales, derechos exigibles, con vistas a elevar su cultura jurídica y así ofrecer un pleno acceso a la justicia (una meta aún distante de alcanzar).

De ahí que el papel de las escuelas de derecho, en lo que concierne a satisfacer la necesidad de información jurídica, alcanza hoy amplias dimensiones. En los planes y programas de derecho se estudia como concepción general el derecho privado, público y social, los cuales comprenden a todas las ramas del derecho; pero dados los cambios frecuentes, las modificaciones que se introducen en el ámbito jurídico suelen ser muy importantes y necesarias.

Este es el papel que nos corresponde a todos asumir, para situarnos en “una sociedad más unida y más generosa”. Se necesita participar en la formación de un ser humano más justo y equitativo, que “sepa orientarse en la vida y pueda orientar a los demás”. Es buscar los medios para alcanzar el

¹ Kaplan, Marcos *et al.*, *El papel del abogado*, México, Porrúa-UNAM, 1993, p. 111.

fin, pero en un ambiente de bienestar y progreso, marcado por la presencia de valores o ideales tradicionales conjugados a un proceso de creatividad que implican un cambio de actitud ante los hechos de la realidad social.

Hoy en día prevalece el egocentrismo en las actitudes humanas, remarcado por la presencia de ideales que penetran profundamente en los sentimientos de un “proceso de vértigo”: odio, egoísmo, deslealtad, infidelidad, desamor, perfidia, poder, ambición, racismo, tristeza, miedo, angustia, envidia, desesperación y destrucción, entre otros, que “como juegos de azar... te lo quitan todo al final”.

Ante eso, la actitud a asumir deberá estar matizada por la presencia de certeras claves de interpretación para lograr el cambio de conducta, matizadas por ideales auténticos, no de “éxtasis”, ante el entorno que me rodea; éstos se expresan a través de la generosidad, la lealtad, la fidelidad, el amor, la entereza, la decisión, el entusiasmo, la entrega, el conocimiento y el trabajo, en aras de un bienestar colectivo. Se trata de “servir de guía a los demás” hacia una sociedad “...en la que valga la pena vivir...”.² En síntesis, se trata de formar y crear ciudadanos bien informados y motivados, capaces de analizar los problemas y encontrarles soluciones, asumiendo verdaderas responsabilidades sociales.

Hoy en día, la acción de aquel que ejerce la enseñanza debe ser siempre la búsqueda de la verdad a través de la interpretación y significación de sí mismo; de él hacia los que educa y hacia su propio aprendizaje y metodología; sin que esto signifique la pérdida del camino y de la brújula, porque implica el elegir correctamente una ruta trazada sin el impedimento o la desazón de la construcción constante de su propia visión. Así, cada profesor y/o investigador responderá en la acción según sea su propio bagaje: cultural, social, ético, formativo y académico.

El quehacer de un docente práctico es el análisis y estructuración constante de sus actos y deberes profesionales. Es por ello que hay que entender lo previo, lo inmediato y lo ya realizado. Esto permite que como profesor y/o investigador alimente a todos con su experiencia y le dé un mayor sentido pragmático al ejercicio profesional. No es posible soslayar, en los umbrales del nuevo y actual siglo XXI, el papel de la tecnología y sus efectos educativos; esto implica llevar a vías de hecho la técnica, el método, pero también la experiencia y el entorno, pues son estos elementos en conjunto los que permiten resolver la problemática en la praxis cotidiana. Es ahí donde la responsabilidad de profesores como es el caso del doctor Jorge Witker, que es también investigador, formador y guía del conocimiento, nos

² Schon, D. A., *La formación de profesionales reflexivos*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 5.

alcanza y exige un gran compromiso que debemos siempre entender para cumplimentar.

Su sola presencia es de por sí muy meritoria y explica por sí sola la trascendencia de su persona. Don Jorge Witker es un ilustre y consagrado *jurista, maestro y doctor en derecho* por varias generaciones, un chileno de origen, que cumple 40 años de fructífera carrera como *investigador* y al mismo tiempo es un destacado profesor, un excelso *académico* que aporta en este grandioso país (“su México” —como varias veces ha señalado—), donde ya es mexicano naturalizado; al que nos ha tocado homenajear con esta magna obra que hoy presentamos.

Para nosotros, presentar esta obra de homenaje al doctor Jorge Witker como coordinadores representó no sólo un gran reto intelectual y un esfuerzo extraordinario; también significó un modesto aporte desde el sentimiento de admiración y respeto enorme que le tenemos, por ser una persona tan distinguida y destacada como profesor-investigador con reconocimiento y talla internacional, con el cual nos unen lazos de afecto y de enseñanza más allá de las aulas y al que cariñosamente llamamos “nuestro padre académico” —*fue y ha sido nuestro tutor en la maestría y el doctorado en derecho*— dado que sus críticas y/o elogios han marcado pautas en nuestra labor y visión investigativa. Hablar del doctor Jorge Witker y lo que implica su presencia actual es y denota que se trata de alguien insustituible dentro del mundo del derecho mexicano e incluso del derecho americano en la actualidad.

Siempre que se trata de hacer una obra de homenaje a un investigador de este calibre hablamos de la responsabilidad que implica al momento de decidir sobre qué hacer y qué escribir. Si nos remitimos al *Diccionario* de la Real Academia Española, éste define el concepto de “homenaje” como “acto o serie de actos que se celebran en honor de alguien o de algo”. ¿Por qué hacer entonces un homenaje al doctor Jorge Witker? La respuesta es variada, pues existe la convicción compartida de que es un académico digno de homenajear; pero justo la respuesta más franca la encontramos en su excelsa y convincente obra, toda de gran calidad por su contribución y aporte a la ciencia del derecho.

Nuestra premisa a la hora de hacer esta presentación parte del supuesto esencial de que la obra del doctor Witker es de una excepcional calidad, por lo que decidimos entonces que merecía que se escribiera un compendio completo que abarcara y denotara sus líneas y campos de investigación, buscando mayor racionalidad y parámetros ajustados a los estándares internacionales, para así poder sostener, validar y afirmar esa cualidad esencial que posee: la de ser un investigador y académico excelente.

No hay duda de que existen variados indicadores para denotar los estudios sobre obras que se revisan en el mundo entero. Su tipología y diversas circunstancias hacen que difícilmente puedan aplicarse en México o incluso en Iberoamérica en general. Así encontramos que no es tarea fácil hacerlo y rebasa con creces las posibilidades de un texto académico e incluso la de conformar una comisión revisora. Lo cierto es también que el doctor Winker es profesor universitario en la Facultad de Derecho de la UNAM desde 1974, donde ha impartido diversas asignaturas enfocadas a sus temas de investigación con el que se asocia su nombre, y no es sencillo poder valorar el impacto que ha tenido su obra en sus alumnos, y que sabemos debe ser notorio. Es así que lo único que no se puede admitir aquí es que criterios subjetivos ajenos a la transparencia y a los estándares sustituyan una acuciosa revisión que permita probar la premisa de partida de cualquier obra sujeta a dictamen para medir su calidad.

La presencia de su obra en los acervos bibliográficos de las cinco principales universidades del mundo, entre ellas la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, las más de 1,200 citas de sus libros, sustentadas en los principales buscadores (Publish or Perish, Google Académico,³ Latindex,⁴ Dialnet,⁵ DOAJ/Sparc Europe⁶)⁷ y sus más de 70 libros y 50 capítulos en libros, además de los artículos científicos y de divulgación en revistas arbitradas, así como las decenas de tesis dirigidas, comprueban y avalan el impacto y la trascendencia de su obra, no sólo a nivel nacional, sino internacional.

La página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde nuestro homenajeado es investigador titular “C” de tiempo completo, al cierre de esta edición está constituida por el universo que a continuación se detalla:

Áreas de investigación:

- Derecho internacional.
- Derecho social.

Líneas de investigación:

- Comercio internacional.
- Derecho comercial internacional.

³ Véase <http://scholar.google.es/scholar?hl=es&q=jorge+winker&btnG=&lr>.

⁴ <http://www.latindex.ppl.unam.mx/index.php/search/searchResults>.

⁵ Véase <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=jorge+Winker&db=1&td=todo>.

⁶ <http://www.doaj.org/doaj?func=search&template=&uiLanguage=en&query=jorge+Winker>.

⁷ Información obtenida del artículo “Una carrera académica de excepción”, de Ernesto Villanueva, que forma parte de este homenaje.

- Derecho de la competencia económica.
- Derecho económico.
- Metodología de la investigación jurídica.

Temas de interés (Keywords):

- Epistemología jurídica.
- Prácticas desleales.
- Prácticas restrictivas.
- Proceso de investigación jurídica.
- Resolución de controversias.

Idiomas:

- Francés (lectura).
- Inglés.

Cátedras:

- Arbitraje comercial (Universidad de Villarica).
- Derecho económico (Facultad de Derecho de la UNAM).
- Metodología de la investigación jurídica (Universidad Veracruzana).

Libros de investigación y docencia:

- *Metodología de la enseñanza e investigación jurídica.*
- *La enseñanza del derecho. Crítica metodológica*, México, Editora Nacional, 1977.
- *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, México, UNAM, 1985.
- *Cómo elaborar una tesis de grado en derecho*, México, UNAM, 1984.
- *Cómo elaborar una tesis de grado en derecho, adaptado al derecho español*, España, Civitas, 1986.
- *Régimen jurídico de los productos básicos en el comercio internacional*, México, UNAM, 1988.
- *Metodología jurídica*, México, McGraw-Hill, UNAM, 1993.
- *Metodología de la enseñanza del derecho*, Colombia, Themis, 1991.
- *Metodología de la enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2008.
- *Técnicas de la investigación jurídica*, México, McGraw-Hill, 1997.
- *Lineamientos metodológicos y técnicas para el aprendizaje del derecho*, México, Porrúa, 1987.
- *Universidad y dependencia científica y tecnológica en América Latina*, México, UNAM, 1979.
- *Antología de estudios sobre la investigación jurídica*, México, UNAM, 1978.

- *El derecho en América Latina, contenido y enseñanza*, México, UNAM, 1975.
- *Los problemas de la enseñanza del derecho*, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1978.

Libros sobre derecho económico y comercio exterior:

- *Aspectos jurídicos del comercio exterior de México*, México, Banco Nacional del Comercio Exterior, 1976.
- *Derecho económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- *Introducción al derecho mexicano. Derecho económico*, México, UNAM, 1981.
- *Derecho del comercio internacional*, México, Universidad de Guadalajara, 1981.
- *El GATT (Acuerdo General de Aranceles y Tarifas)*, México, Coordinación de Humanidades, UNAM, 1988.
- *La Asociación Latinoamericana de Integración*, México, ALADI, ISEF, 1985.
- *Las economías mixtas*, México, Coordinación de Humanidades, UNAM, 1985.
- *Derecho económico*, México, Harla, 1984 (fundador de la cátedra en la UNAM).
- *Régimen jurídico de los productos básicos en el comercio internacional*, México, UNAM, 1985.
- *La empresa pública en México y España*, España, Civitas, 1984.
- *El GATT y sus códigos de conducta*, México, Editorial GUMA, 1982.
- *Derecho económico*, México, UNAM, 1995.
- *Derecho económico* (nueve ediciones actualizadas de 1997 a 2011), diversas editoriales, México, 2011.
- *Régimen jurídico del comercio exterior* (tres ediciones actualizadas a 2012), México, UNAM, 1999.
- *Derecho del comercio exterior*, México, UNAM, 2010.
- *El GATT y los códigos de conducta suscritos por México*, México, UNAM, 1992.
- *Las reglas de origen en los tratados de libre comercio suscritos por México*, México, UNAM, 2003.
- *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, UNAM, 2004.
- *México-MERCOSUR, los retos de su integración*, México, UNAM, 2007.

- *Derecho de la competencia en México*, México, UNAM, 2003.
- *La solución de controversias comerciales en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU.*, LexisNexis, Universidad Central de Chile-UNAM, 2005.
- *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, UNAM, 2005.
- *Derecho de la competencia en América*, Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- *Regras de Origen nos Tratados de Livre Comércio*, Brasil, Fundação Boiteux, Florianópolis, UNAM, 2006.
- *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, México, UNAM, 1997.
- *Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica a la luz del derecho comparado actual*, México, UNAM, 2011.
- *Derecho de la competencia en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa, 2002.
- *Derecho tributario aduanero* (cátedra de excelencia académica del Conacyt), México, UNAM, 1999.
- *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, evaluación y perspectivas*, 2 ts., México, UNAM, 1993.
- *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, evaluación 10 años después*.
- *Valoración Aduanera en el Comercio Exterior de México*, México, Porrúa, 2010.
- *Amparo económico* (documento de trabajo), México, UNAM, 2009.
- *Bases jurídico-económicas e internacionales para sustentar la ilegalidad de la equivalencia de normalización, con Estados Unidos y Canadá* (documento de trabajo), México, 2011.
- *Valoración en aduanas* (documento de trabajo), México, 2012.

De la lectura de este universo académico de la obra del doctor Witker una primera apreciación que se desprende es la gran amplitud de la misma. El criterio de cantidad está resuelto. De entrada, por supuesto, esto es digno de valoración y revela un arduo trabajo del autor por compartir y crear conocimiento científico con y hacia los demás. Es evidente entonces que aparece insertada en las mejores expresiones académicas de las distintas materias del currículo escolar de un plan de estudios. En el caso que nos ocupa, la obra de Witker forma parte de prácticamente todas las universidades públicas y privadas del país, así como de buena parte de los países de habla hispana.

Cabe agregar que además de lo expuesto, el doctor Witker ha obtenido, entre muchos otros, los siguientes reconocimientos que apuntan en la dirección a la hipótesis de este texto y que fueron en su momento evaluados por un comité *ad hoc*; a saber:

- 1) Premio Universidad Nacional en el Área de Investigación en Ciencias Sociales (2000).
- 2) Premio Nacional de Comunicación 2011 otorgado por la Fundación Pagés Llergo en el apartado de Obra Jurídica.
- 3) Reconocimiento al Mérito Científico, Universidad Veracruzana, mayo de 2013.
- 4) Miembro del Programa PRIDE, desde 1995: nivel C, 1995-2000; nivel D, 2000-2013.

A manera de corolario, es de señalarse que advirtiendo ese gozo colectivo probado en el que de repente nos hallábamos inmersos, se nos ocurrió proponer en su momento, respaldados por el consenso académico de profesores e investigadores de universidades nacionales e internacionales, al Instituto de Investigaciones Jurídicas y a la Facultad de Derecho de la UNAM (en la persona de sus directores, el doctor Héctor Fix-Fierro primero y la doctora María Leoba Castañeda después), un libro homenaje al doctor Witker, dada su prolífera obra, que pueda incorporarse al ordenamiento jurídico como parte del sistema doctrinario mexicano actual. Derivado del consenso antes descrito, destacados investigadores y profesores se sumaron a esta convocatoria que culmina en este año 2014. Conformando una obra colectiva de gran envergadura, donde se involucran temas de especialistas de las distintas ramas del derecho. Su estructura responde a las principales líneas de investigación del doctor Jorge Witker (*Metodología de la investigación y enseñanza del derecho, Derecho económico y comercio exterior e internacional*), y derivado del entusiasmo y del consenso de la comunidad universitaria, se incluyó una línea denominada *Temas actuales del derecho*, reclamada por profesores e investigadores que deseaban sumarse a este merecido homenaje pese a no trabajar las líneas principales del doctor Jorge Witker.

Así, la obra que el lector tiene en sus manos se integra por diversos artículos de especialistas y prestigiados autores que plasman perspectivas nacionales e internacionales del derecho de cara a la globalización. Temas sobre derechos humanos, juicios orales en materia penal, juicio oral mercantil, pueblos indígenas y concesiones mineras, así como cuestiones de derecho administrativo, entre otros, conforman este tomo que independientemente

de ser un homenaje, es una obra de referencia obligada para quienes tienen interés intelectual en estas materias.

Cabe destacar que este libro, junto con dos volúmenes más, referidos a *Metodologías de la enseñanza e investigación jurídica* y *Derecho económico y comercio internacional*, forman parte de la obra homenaje referida, donde la constante de los artículos que la conforman es su actualidad, derivada de un pensamiento innovador, creativo y nunca estático, como el del doctor Jorge Witker, que siempre ha privilegiado a los contextos más que a los textos.

Los criterios que se siguieron para la elaboración de la presente obra fueron objetivables, transparentes y se ajustaron a las prácticas internacionales generalmente aceptadas para medir la calidad de la obra científica desde el ángulo jurídico. Los mismos se pueden aplicar para medir de mejor manera el quehacer académico para evitar discriminación positiva o negativa, y resaltan la investigación y el análisis jurídico.

En esencia, nos encaminamos hacia una “revolución en la educación”, hacia la búsqueda de cada vez mayor conocimiento e información. El profesor y el investigador deben convivir y atemperarse a estos cambios. Para esto deberán insertarse en una mayor especialización profesional y en la búsqueda de valores que coadyuven a un acercamiento a los cambios tecnológicos que se avecinan. Se trata de la educación como palanca social, más amplia, de costos más bajos, y donde la investigación asume nuevos roles de aplicación con mayor aprendizaje. En otras palabras, se trata de formar el “hombre del mañana” (cada vez más profesional, pero más ciudadano), y para esto se necesitan profesores que motiven, inspiren, dirijan, pero sobre todo eduquen.

¡Son tiempos de cambios... de nuevas modalidades de vida... por lo que debe procederse a idear nuevas reglas del derecho...! Son tiempos también de generar gratitud y devoción. Tiempos de constancia y superación personal y profesional, encaminados hacia un mejor trabajo en pro de los demás; porque como dijera José Martí: “Honrar-honra y toda la gloria del mundo, cabe en un grano de maíz”.

¡Muchas gracias doctor Jorge Witker por ser un educador e investigador tan visionario!

José Heriberto García Peña y Wendy Aide Godínez Méndez
Coordinadores⁸

⁸ Agradecemos la asistencia realizada por Sélíka Ferreira, Paulina Galicia y Omar Bocanegra, por su apoyo y ayuda en la coordinación de esta magna obra-homenaje.

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DE UN PODER EJECUTIVO COLEGIADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1824

José BARRAGÁN*

SUMARIO: I. *Dedicatoria*. II. *La fuente consultada*. III. *El debate sobre la titularidad*. IV. *Sus principales atribuciones*. V. *Las limitaciones*. VI. *Bibliografía*.

I. DEDICATORIA

Es para mí un honor participar en el libro en homenaje de un excelente compañero y mejor amigo, Jorge Alberto Witker Velásquez, lo hago con mucho gusto por su destacada labor de investigación y docencia en nuestra magna casa, la Universidad Nacional Autónoma de México, y en casi todas las universidades públicas de esta su segunda patria, a la que le ha dedicado, sin duda alguna, sus mayores y mejores esfuerzos.

Para este libro homenaje he escogido un tema que siempre ha tenido y tiene en la bibliografía constitucional de México una gran importancia, por razones manifiestas, como es el tema genéricamente denominado el presidencialismo mexicano, pero ahora circunscrito al estudio del proceso de formación del Poder Ejecutivo durante los debates de la primera Constitución mexicana de 1824.

Se trata de un enfoque poco conocido, o poco estudiado, pues muy pocos maestros saben que la mayoría de los diputados a la asamblea constituyente de 1824 prefería un Ejecutivo colegiado sobre la formación de un Ejecutivo unipersonal, que es como finalmente fue aprobado.

Y muy pocos maestros conocen los detalles de este interesante debate y el gran temor a que, andando el tiempo, dicho Ejecutivo, al depositarse en una sola persona, pudiera convertirse en un tirano, enemigo de los derechos y las libertades públicas, en palabras del debate, o en un hombre tan pode-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

roso como lo fueron algunos reyes de la etapa del absolutismo, en palabras de otro querido maestro, el doctor Jorge Carpizo.

II. LA FUENTE CONSULTADA

La fuente a la que hemos recurrido fundamentalmente se circunscribe a los papeles originales de la Comisión de Constitución de 1824, existentes en el Archivo General de la Nación; al *Diario de Sesiones* de dicho Constituyente, y a las crónicas de los periódicos de la época, en especial a las *Crónicas del Acta Constitutiva y de la Constitución*, impresas por la Imprenta de la Cámara de Diputados con motivo de la conmemoración del ciento cincuenta aniversario de la República Federal y el centenario de la restauración del Senado, preparadas y prologadas por su servidor.

Asimismo, hemos hecho uso de los varios y valiosos documentos que el doctor Manuel Calvillo ha publicado en el volumen II de la obra por él dirigida: *La República Federal mexicana, gestación y nacimiento*, patrocinada por el Departamento del Distrito Federal, obra también de conmemoración de la fundación de la República Federal y la creación del Distrito Federal.

El estudio sobre la formación del Poder Ejecutivo contempla dos aspectos fundamentales: uno es el que mira la problemática inherente a la titularidad de dicho Poder Ejecutivo; el otro, en cambio, se refiere, por un lado, al conjunto de facultades o atribuciones que el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824 y la Constitución del 4 de octubre del mismo año le asignan y, por otro lado, a las limitaciones que también se le imponen.

Pues bien, en el presente trabajo procuramos ceñirnos también a estos postulados lógicos de la materia objeto de estudio, y dividimos nuestra exposición en dos partes.

En la primera parte analizamos la interesante, como desconocida o poco estudiada, problemática surgida en torno a la titularidad del Poder Ejecutivo Federal mexicano, iniciada ya durante los debates sobre el proyecto de Acta Constitutiva, y resuelta, en fin, durante las discusiones del Proyecto de Constitución.

La segunda parte se ocupa de la descripción de las atribuciones y de las limitaciones a él asignadas.

III. EL DEBATE SOBRE LA TITULARIDAD

Con la expulsión del territorio nacional de don Agustín de Iturbide desaparecen las posibilidades reales de consolidar la idea de crear un Imperio

en México. Su fusilamiento, después, no cabe duda de que fue cuando menos un acto en exceso riguroso; tal vez innecesario. En todo caso, el Constituyente mexicano pudo abordar el tema de la organización de la nación y, más en particular, el tema de la formación del Poder Ejecutivo con absoluta tranquilidad. Sin interferencias ni presiones externas o ajenas al Congreso mismo, sin grandes prisas. Prevista su formación desde el proyecto de Acta Constitutiva, el acuerdo respectivo tuvo lugar, sin embargo, después de largos debates, hasta el tiempo de discutirse el Proyecto de Constitución.

1. *Según el Proyecto de Acta Constitutiva*

El Segundo Congreso Constituyente evidentemente inicia sus labores bajo una atmósfera muy enrarecida, o, como hoy decimos, muy contaminada. La obligada y necesaria autodisolución, el 30 de octubre de 1823, del Primer Constituyente tuvo que pesar sobre los individuos del nuevo Congreso, reunidos ese mismo día en Primera Junta Preparatoria y sobre el pleno de dicho Congreso, instalado cinco días después, como el más triste de los presagios, por no haber podido dicho Primer Constituyente constituir a la nación.

La actitud rebelde, pero noble, de las provincias, autoconstituyéndose en estados libres, independientes y soberanos, debió preocupar seriamente a aquellos representantes, sobre todo durante las primeras jornadas.

La nación, a la altura del 30 de octubre o del mes de noviembre de 1823, ofrecía un panorama de verdadera descomposición política, al menos en la perspectiva de la época y del Constituyente. La provincia de Nueva Galicia se había proclamado desde junio en el estado de Jalisco libre y soberano, y su Congreso Constituyente comenzó a sesionar primero que el Segundo mexicano.

Otro tanto ocurría en Zacatecas, Yucatán y Oaxaca. En el centro del país, tal vez el prestigio o el temor al general Miguel Barragán hacía fracasar los intentos de formar una coalición de Morelia-Celaya-Querétaro-San Luis Potosí.

El gobierno, en la vieja capital del virreinato, se empecinaba por reducir a los rebeldes, que tal era el calificativo que les propinaba. José Joaquín Herrera, nombrado sustituto de Quintanar, un hombre heroico a quien todavía no se le han hecho las debidas honras en Jalisco, no pudo penetrar en el nuevo estado.

Tampoco las fuerzas del general Bravo lograron rebasar las tierras de Lagos de Moreno. Realmente sólo las intrigas del gobierno prosperaron a medias en Colima, separándola del nuevo estado de Jalisco.

Más al norte, Felipe de la Garza encabezaba el movimiento federalista de las provincias internas de oriente; mientras que, por el sur, la descomposición política, al menos vista desde las pretensiones del Imperio, se mostraba más profunda, sin que las fuerzas del general iturbidista Filisola lograran contener el movimiento independentista.

Tal era el panorama que veía el Congreso, instalado el 5 de noviembre bajo la Presidencia de un experimentado diputado, Miguel Guridi y Alcocer.¹

La Ley del 30 de septiembre de ese mismo año de 1823 no preveía una tan rápida instalación. La Comisión de Poderes, encargada de examinar el correspondiente de cada uno de los individuos electos, pasó por alto algunas cosas, bastante graves, porque, en opinión de Miguel Ramos Arizpe, había “principios más respetables y de mayor preferencia que los que se alegan, por ejemplo *prius est esse, quam taliter esse, salus populi suprema lex esto*”.²

En efecto, a Ramos Arizpe, creador no tanto del federalismo, cuanto de la nacionalidad (del ser) mexicana, le importa más evitar la disolución política del Anáhuac que el problema de algunos poderes, o el mismo problema de la forma de gobierno. Urge ofrecer algunas bases mínimas, pero fundamentales, que pongan a salvo la integridad del extinto virreinato.

Con estos pensamientos, aceptados por la mayoría de los diputados presentes, acometió la Comisión de Constitución los trabajos que desembocarían en el articulado del proyecto de Acta Constitutiva de la Nación Mexicana, leído durante la sesión del 20 de noviembre.³

Este proyecto, en contra de la afirmación de Tena Ramírez,⁴ fue arduamente discutido. Constaba de 40 artículos. Y por más que lo pretendamos, el modelo de federalismo escogido e incorporado a este proyecto no se parece en nada al modelo estadounidense ni guarda semejanza con el modelo grancolombino, pese a que sus autores conocen muy bien los textos fundamentales de los Estados Unidos de América, lo mismo que las Constituciones de Colombia.

¹ Véase Barragán, José, *Crónicas de la Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824*. Se trata de un libro dividido en tres tomos, impreso por la Cámara de Diputados en conmemoración del sesquicentenario de la República federal, en 1974, y que fue preparado bajo la responsabilidad de su servidor. En el tomo I se incorporaron las crónicas de los periódicos de la época: *Aguila Mexicana* y *Sol*, relativas al proceso de discusión del Proyecto de Acta Constitutiva; mientras que en los otros dos tomos se recopilaron las crónicas relativas al proceso de discusión del Proyecto de Constitución. La cita se encuentra en el tomo I, p. 50.

² *Ibidem*, t. I, p. 47.

³ *Ibidem*, p. 93.

⁴ Véase Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1973*, México, Porrúa, 1974, p. 153.

El proyecto, firmado por Miguel Ramos Arizpe, diputado por Coahuila, Manuel Argüelles, diputado por Veracruz, Rafael Mangino, diputado por Puebla, Tomas Vargas, diputado por San Luis Potosí, y José de Jesús Huerta, diputado por Jalisco, estuvo pensado para la situación concreta de nuestro país, la cual, insistimos, no guarda ninguna semejanza con el proceso de formación de las colonias del norte ni con el de Colombia.

Nuestra Acta Constitutiva presenta un carácter singular. Se trata de un documento que no creó o hizo a todos los estados de la Federación mexicana, y de un documento que tampoco redactaron provincias o estados ya preexistentes y reconocidos como tales, al menos recíprocamente.

Es decir, ni se trata de un pacto entre iguales ni se trata de un documento creador sencilla y simplemente de una Federación, sino que contiene las dos notas descritas, impuestas por las circunstancias histórico-políticas del país.

El Acta Constitutiva se limitó a reconocer la existencia previa de varios estados, ya plenamente constituidos libre y soberanamente, con aquella libertad y soberanía que resulta de la prueba máxima de las armas y de los espíritus tensos en mantenerla, como ocurrió con las hasta entonces provincias de Centro América, ahora convertidas en Estados libres y soberanos dentro de la comunidad de naciones; y como sucedió con las hasta entonces provincias, ahora convertidas en el estado de Jalisco, en el estado de Zacatecas, en el estado de Yucatán y en el estado de Oaxaca.

Este Congreso, debido a esas circunstancias, admitió incluso la presencia en el seno del Congreso de ciertos diputados que traían poderes muy especiales, o con características diversas a las de una representación, y más propias de una verdadera delegación.

Pero esta misma Acta constitutiva creó e hizo, o transformó, a otras varias provincias, que hasta entonces no lo querían, a otros varios estados, hasta sumar 19, que son los que, por medio de sus diputados, firmaron dicha Acta.

Esta Asamblea, en fin, compuesta de representantes y de delegados, sin importarle mucho realmente lo que esto significaba, organizó a la nación mexicana desoyendo doctrinas muy respetables acerca de la soberanía y acerca del federalismo: “añadió Ramos Arizpe que la Comisión había procurado en lo posible separarse de doctrinas, y presenta un proyecto practicable”.⁵

Estas son las características generales del proyecto, donde se intentará fijar la configuración del Poder Ejecutivo Federal, sin conseguirlo. Fue uno de los temas más debatidos de todos los consignados en el Proyecto de Acta.

⁵ Véase Barragán, José, *op. cit.*, p. 211.

Para mejor comprensión de nuestro análisis vamos a exponer en primer lugar cuál era la configuración que del Ejecutivo nos ofrecía el proyecto mismo, antes de toda discusión; para, en un segundo momento, examinar las tesis propuestas o alumbradas durante la discusión del artículo correspondiente del proyecto de Acta; finalmente, hablaremos acerca de la configuración del Ejecutivo en el proyecto de Constitución.

A. Según el artículo 16

Decía el artículo 16 del proyecto de Acta Constitutiva:

Artículo 16. La Constitución general depositará por tiempo limitado el Poder Ejecutivo en un individuo con el nombre de presidente de la Federación mexicana, el cual será ciudadano por nacimiento de la misma Federación, con la edad de 35 años. Las demás cualidades, el modo de elegirlo y su duración se determinará por la misma Ley Constitucional.⁶

La redacción es clara. No contiene ningún problema doctrinal, salvo la idea que se muestra de depositar la Presidencia en una sola persona. Esto es, la Comisión de Constitución piensa en una sola persona como titular del Poder Ejecutivo de la Federación. En cambio, como se verá en el debate, la mayoría de los diputados presentes durante este debate del proyecto de Acta Constitutiva propugnó por un órgano colegiado. Y debido a esta oposición, se aprobó dicha Acta sin llegar a un acuerdo definitivo sobre el particular.

Dicha Comisión, en su Discurso Preliminar, justificaba la redacción del artículo 16 de la siguiente manera:

Entre las cualidades designadas al Supremo Poder Ejecutivo, ha creído la comisión de su deber el conceder algunas que no encuentra dadas al Ejecutivo aun de algún sistema central, y tal vez ni el de monarquías moderadas. Tal es el imperio de las circunstancias, nacidas de la ignorancia y de la corrupción de tres siglos, herencia envenenada de nuestros opresores; y tal es la ley suprema de las naciones, de salvar su independencia y libertad. Cuando el gobierno es de leyes exactamente [sic] observadas, y no de hombres, no hay peligro por la severidad de aquellas que llaman para los empleos a la virtud y mérito personal, que desechan de ellos la no aptitud y que persiguen y castigan a pocos para escarmiento de muchos.

Según apreciamos, no se alude para nada al carácter mismo del órgano. La Comisión piensa o presupuso, tal vez, la unanimidad de su criterio para

⁶ *Ibidem*, p. 104.

establecer la unicidad del titular, único medio quizá para el pronto y eficaz desempeño del conjunto de facultades, tan poderosas, que le reconocía. En todo caso, la necesidad o conveniencia del sistema obedecía al imperio de las circunstancias.

No sabemos a ciencia cierta qué cosa quiere decir la Comisión con esas palabras alusivas a la ignorancia y a la corrupción de tres siglos, herencia envenenada de nuestros opresores. Como que se trata de una doble concesión a favor de dos tendencias o partidos.

En efecto, por un lado, la Comisión parece referirse a la tendencia hacia la formación de un poder central, más o menos al estilo del gobierno opresor, ¿patrocinados ahora, se puede uno preguntar, por los miembros actuales del Ejecutivo, quienes han estado hostigando a las provincias rebeldes y cuyos secretarios del despacho han asistido desde el principio de las sesiones diurnas y nocturnas de la Comisión,⁷ y cuando se presenta una moción formal para que estuvieran presentes al tiempo de su discusión?⁸

Mientras que, por otro lado, la Comisión sí está muy preocupada por la necesidad de establecer una base firme que sirva de unidad, que evite la discordia y la atomización del Anáhuac, ya que tal situación sólo beneficiaría a España, en su empeño de recuperar el virreinato.

El texto primeramente transcrito del artículo 16 se comenzó a discutir durante la sesión del 2 de enero de 1924. Las Crónicas⁹ registran la intervención inmediata de Manuel Crescencio Rejón, diputado por Yucatán, oponiéndose al artículo, lo mismo que José Mariano Marín, diputado por Puebla, Juan Rodríguez, diputado por el Estado de México, y Juan Bautista Morales, diputado por Guanajuato.

En cambio, Carlos María de Bustamante, Juan José Romero, diputado por Jalisco, y José Ignacio Espinosa, diputado por México, se pronunciaron a favor del texto del proyecto.

Juan de Dios Cañedo, diputado por Jalisco, también apoyó el artículo, si bien insistió en que todo el cuidado debe estar en la precaución que se tome para evitar los abusos, “y no se debía tomar del número de sus individuos la garantía de las libertades públicas”.¹⁰

En sesión extraordinaria del mismo día 2, por la tarde, se declaró suficientemente discutido, acordándose que fuese nominal la votación. El artículo del proyecto fue reprobado por 42 votos, contra 25, de un total de

⁷ *Ibidem*, t. I, p. 97.

⁸ *Ibidem*, pp. 152 y ss.

⁹ *Ibidem*, p. 436.

¹⁰ *Ibidem*, p. 439.

67 votos.¹¹ En consecuencia se omitió tratar el artículo 17, que se refería al vicepresidente.

La Comisión de Constitución, de conformidad con las intervenciones, apenas reseñadas por las Crónicas, elaboró la reforma, misma que se presentó en la sesión del 19 de enero de 1824,¹² como primera lectura, para discutirse al día siguiente.¹³

El nuevo plan, leído por Miguel Ramos Arizpe, vuelve a insistir en el principio de la unidad fundamental; esto es, volvía a presentar el mismo principio de un Ejecutivo unipersonal, principio que se hacía acompañar ahora con la propuesta de creación de un Consejo de Gobierno, como una novedad, en palabras de la Comisión, ya que no venía previsto en el texto original del proyecto de Acta Constitutiva.¹⁴

Parece extraño, como dijeron los oponentes a la idea de un Poder Ejecutivo unipersonal. El Dictamen de la Comisión, ahora engrosada por la presencia de nuevos individuos, venía acompañado por tres votos particulares, de los señores Demetrio del Castillo, diputado por Oaxaca, Manuel Crescencio Rejón, diputado por Yucatán, y Miguel Guridi y Alcocer, diputado por Tlaxcala, quienes se apartaron del sentir de Miguel Ramos Arizpe, diputado por Coahuila, José Ignacio Espinosa, diputado por el Estado de México, Tomás Vargas, diputado por San Luis Potosí, Manuel Argüelles, diputado por Veracruz, José de Jesús Huerta, diputado por Jalisco, José Miguel Gordo, diputado por Zacatecas, José María Becerra, diputado por Veracruz, y Juan de Dios Cañedo, diputado por Jalisco.

El Dictamen, como decimos, ofrecía la novedad del Consejo de Gobierno, pero además traía modificados los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28 del Proyecto original.¹⁵

B. *Los diferentes puntos de vista*

Se reprobó una vez más el principio de la titularidad unipersonal por los partidarios del Ejecutivo colegiado. Demetrio del Castillo en vano trató de conciliar las tesis que, según él, se fundaban, una, “en la conveniencia de unidad y celeridad que debe tener el gobierno; y la otra en el temor de que el encargado del gobierno supremo, al fin y al cabo, se erigiese en tirano

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibidem*, p. 531.

¹³ *Ibidem*, pp. 534 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 541.

¹⁵ *Ibidem*, p. 445.

de la patria, y cómo ambas opiniones tienen razones muy fuertes y poderosas...”.

Don Demetrio del Castillo se pronuncia a favor de que el Poder Ejecutivo sea colegiado. Y no obstante ello, pone a la consideración del pleno “cuatro proposiciones que en mi concepto concilian las dos opiniones y tienen todo lo bueno que se ve en el gobierno de uno solo, así como las ventajas que se conocen en el de tres, sin tener los males y temores que se observan en uno u otro”.¹⁶

La primera de las proposiciones decía que “la Constitución general depositará por tiempo limitado el Poder Ejecutivo en tres individuos que se llamarán el presidente, el vice-presidente y el designado, con el nombre de presidencia de la federación mexicana...”

La segunda de las proposiciones indica “que fuera el designado quien sustituyera al presidente, terminado el periodo normal de su mandato; mientras que el vice-presidente haría las veces de presidente, en los caso de enfermedad o de imposibilidad de éste”.

La tercera proposición pretendía reconocer “voto consultivo en las acciones y operaciones del gobierno al vice-presidente y al designado, reservando la decisión final a favor del presidente”.

Finalmente, la cuarta proposición se refería a la forma de su nombramiento. Decía que “en el primer periodo se nombrarán conforme diga la Constitución el presidente, el vice-presidente y el designado. En los periodos siguientes sólo se nombrarán vice-presidente y designado, puesto que el designado del primer periodo ha de ser presidente en el siguiente y así sucesivamente”.¹⁷

Estas proposiciones fueron leídas en la sesión del 3 de enero de 1824, pero no prosperaron. De momento, tampoco se aceptó la proposición de José Mariano Marín, diputado por Puebla, para que el tema se reservara al tiempo de discutir el proyecto de Constitución.

Con todo, los comentarios de formulación de don Demetrio del Castillo nos plantean breve y sucintamente las dos tesis en pugna, que vamos a examinar con cierto detalle.

Son partidarios del Ejecutivo unipersonal los individuos que firmaron el proyecto original de Acta Constitutiva, ya mencionados, además de Cañedo, Carlos Bustamante, Becerra, Cabrera, Caralmuro, etcétera, hasta contar los 25 señores que votaron a favor de dicho artículo 16 en la sesión del 2 de enero.

¹⁶ *Ibidem*, p. 450.

¹⁷ *Ibidem*, p. 451.

Contra esta tesis se alzó la mayoría de los presentes, entre los cuales cabe mencionar a Rejón y a Demetrio del Castillo, partidarios de un Ejecutivo colegiado. Mientras que Guridi y Alcocer prefería la titularidad colegiada, pero de dos individuos. Tal es, en esencia, el contenido de sus respectivos votos particulares. También se pronunciaron a favor del Ejecutivo colegiado: Marín, Guerra, Valle, Gómez Farías, Ibarra, Moreno, José María Bustamante, etcétera, hasta el número de 42, según el resultado de la votación citada.

Los nombres de quienes patrocinaron una u otra tesis apenas tienen significación ideológica común. Es decir que si comparamos esta votación nominal con las que tuvieron lugar, por ejemplo, al votarse los términos fundamentales de los artículos 5o. y 6o. en relación con el 4o. del Proyecto, apreciamos a simple vista que no guardan ninguna relación.

Las votaciones sobre las palabras República popular, representativa, y federal del artículo 5o., así como las votaciones sobre las palabras de estados libres e independientes y soberanos del artículo 6o. evidencian una ideología determinada, o bien caracterizada, en relación con los problemas más graves del país en aquel momento.

En cambio, en la votación sobre el artículo 16 del proyecto, centralistas y federalistas, por llamarlos de alguna forma, se mezclan y entrelazan, sin ningún compromiso ideológico.

Esto demuestra que dicha votación se ejecutó pensando únicamente en las ventajas o inconvenientes inherentes al instituto mismo; se basó en razones más técnicas, pensadas bajo la hipótesis de un Ejecutivo Federal, que podría de hecho conducir bien a un federalismo extremo, por así decirlo; bien al polo opuesto o de un centralismo igualmente extremo, según los casos.

Las razones técnicas de la tesis del Ejecutivo unipersonal giran en torno a la idea de unidad y celeridad en las operaciones de gobierno, como apuntaba don Demetrio del Castillo (las Crónicas lo citan como Sr. Castillo).

El señor Espinosa, diputado por la ciudad de México, llamaba la atención diciendo que “todos los pueblos prefieren la unidad para su poder Ejecutivo y que ese sistema tiene las ventajas de la celeridad y el sigilo, que nadie deja de reconocer en el gobierno monárquico”.¹⁸

Juan de Dios Cañedo, gran conocedor de las instituciones estadounidenses, recomendaba el ejemplo de dicho país, “que no embaracemos la máquina del Estado por asegurarla, decía contestando al Sr. Morales; que

¹⁸ *Ibidem*, p. 437.

adoptándose el número de tres individuos se aumentará el de los aspirantes y se formarán tres partidos, seguramente más formidables que uno solo”.¹⁹

Cuando más adelante la Comisión de Constitución presenta nuevo dictamen, tomando por base las intervenciones habidas en las sesiones del día 2, y particularmente las proposiciones de Demetrio del Castillo, leídas el día 3 de enero de 1824, se vuelve a insistir en la idea de las ventajas de energía, unidad, celeridad y secreto que ofrece el gobierno depositado en las manos de uno solo, “que son, en su opinión, las recomendaciones del Sr. Castillo”.²⁰

El análisis, dice, de las referidas proposiciones ha dado por resultado en juicio de la comisión dos verdades; 1^a que en ellas se insiste a la unidad del que haya de ser depositario del Poder Ejecutivo puesto que sólo al presidente se le da voz decisiva en las operaciones del gobierno; 2^a que para contrapesar la tendencia de éste hacia el despotismo o tiranía se establecen dos consultores natos del presidente...²¹

De conformidad con esta apreciación, la Comisión volvió a insistir en su propuesta de crear un Ejecutivo unipersonal, y sustituía por el consejo de gobierno la idea de los consultores natos.²²

En cambio, no se alude para nada a las razones expuestas por Rejón, entre otros, respaldadas por la votación adversa al mencionado artículo 16. Parece que la Comisión, a excepción de los votos particulares, como el del mismo Rejón, muestra un gran interés en que el Ejecutivo sea unipersonal, por razones que exceden a las meras ventajas técnicas de la unidad, celeridad y sigilo.

Muy posiblemente Ramos Arizpe, conductor de la mayoría de esta Comisión, esté cifrando en tal configuración la suerte misma de la República, estando convencido, por lo que muestra la experiencia, de que tres señores, tal vez los mismos del actual gobierno, no podrán impedir del todo la desintegración del Anáhuac.

La tesis de la oposición, o de un Ejecutivo colegiado, gira en torno a la idea de libertad y seguridad. El diputado por México, Juan Rodríguez, el primero en tomar la palabra, impugnó el artículo, “fundado en que la

¹⁹ *Ibidem*, p. 439.

²⁰ *Ibidem*, p. 452.

²¹ *Ibidem*, p. 531. Para seguir adecuadamente las incidencias de la discusión de este interesante punto, recomendamos la lectura de un índice especial que se incorpora al final del tomo III, sobre la discusión del Proyecto de Acta Constitutiva. Véanse las pp. 440 y ss.

²² Véase Barragán, José, *op. cit.*, pp. 440 y ss.

libertad pelagra bajo el gobierno de un solo hombre, que tiene arbitrio de crearse un partido por medio de los empleos y puede disponer de la fuerza armada”. Y sigue diciendo:

...mejor estará el Poder Ejecutivo en un cuerpo moral, porque tiene más luces, más constancia, y es muy remoto que todos sus individuos se coludan contra la patria. Que los Estados Unidos tiene consolidadas sus instituciones; y que aquellos habitantes han sido educados en la libertad; al paso que nosotros nos hallamos todavía vacilantes y en la carrera lóbrega que hemos emprendido, tenemos que luchar contra nosotros mismos por nuestros antiguos hábitos y preocupaciones.²³

Por su parte, Morales, contestando a Espina, dijo que “en el Poder Ejecutivo debían combinarse la actividad y la seguridad de las libertades públicas; prefiriendo siempre la segunda a la primera; y en tal caso fue de sentir que mejor estaba el gobierno en tres individuos que en uno solo”.²⁴

Rejón, con más detenimiento y amplitud, en su voto particular de fecha 19 de enero, nos habla sobre la necesidad de depositar dicho Poder Ejecutivo en un órgano colegiado:

Siendo uno y único —afirma— el depositario del Poder Ejecutivo queda demasiado expuesta (*sic*) a ser arrancada la tierna planta de nuestra libertad. Un hombre con las atribuciones que le dispensa el Acta Constitutiva, se halla demasiado separado y distante de los otros ciudadanos, de modo que tiene intereses muy distintos de los del Estado... soy de opinión —continúa— que el gobierno supremo de la Federación debe residir en tres individuos amovibles por partes. Así señor, ni faltará el secreto, ni la celeridad, ni la unidad en la ejecución, ni sufrirá demoras perniciosas al público en la repentina mutación de un presidente.²⁵

Don Manuel Crescencio Rejón, al final, sintetizaba su pensamiento en tres proposiciones, la primera decía:

...que la Constitución de la Federación depositará el Supremo Poder Ejecutivo en tres individuos naturales de su territorio, ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, mayores de 35 años de edad y residentes en estos países al tiempo de su elección. La Constitución designará la denominación de este cuerpo, y el modo y forma de nombrar sus individuos.

²³ *Ibidem*, p. 437.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Véase Barragán, José, *op. cit.*, pp. 447-449.

La segunda proposición decía que “cada año se mudará uno de estos tres individuos, empezando la renovación por el primer nombrado”.

Y la tercera que “al año de haberse elegido los individuos del Supremo Poder Ejecutivo se mudará el más antiguo en el orden de la elección, y ocupará el primer lugar el 2º nombrado: al año siguiente cesará éste y subirá el tercer nombrado, y en lo sucesivo será removido el más antiguo”.²⁶

Guridi y Alcocer insiste en la línea o sentido de las proposiciones de don Manuel Crescencio Rejón. En su voto particular comenta:

Opino que tome un medio en que se declinen los dos extremos que se temen, ya del peligro de la libertad nacional a que puede la unidad conducir por lo mismo que facilita el secreto y el obrar con la mayor actividad si se aplica a la tiranía, ya de la falta de energía en el gobierno la que embaraza la pluralidad de manos que dirijan sus riendas, lo que sede en detrimento de la República.²⁷

Y líneas más abajo nos recuerda el ejemplo de los Estados Unidos, el de España, para recomendar, en suma, el ejemplo de Roma, a través de tres proposiciones:

Primera. Se nombrará por determinado tiempo en la forma, con las calidades y nombres que prescribirá la Constitución, dos individuos para depositarlos del Poder Ejecutivo.

Segunda. Se nombrarán igualmente dos suplentes para los impedimentos de alguno de los propietarios, y para que dirima uno de ellos la discordia que pueda haber entre los depositarios del gobierno.

Tercera. Entrando en ejercicio de propietario alguno de los suplentes, se nombrará inmediatamente otro aunque sea interinamente o durante dicho ejercicio, para que no falte ni por pequeño tiempo el número de dos de esta clase que siempre es necesario.²⁸

El dictamen de la Comisión, junto con los votos particulares antes mencionados, se sometió a discusión en la sesión del 20 de enero de 1824. Durante los debates no se enuncia ninguna idea nueva. El señor Vélez, diputado por Jalisco, desmintió a don Miguel Ramos Arizpe, en el sentido de que “en modo alguno la mente del Congreso está por la unidad en el Poder Ejecutivo”.²⁹ “Y que dejando en estado de problema si es mejor el gobierno

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibidem*, pp. 449 y 450.

²⁸ *Ibidem*, p. 450.

²⁹ *Ibidem*, p. 535.

de uno que el de tres, ahora se debe atender a que el Congreso ya reprobó el primero”.³⁰

C. *Se acuerda posponer el debate*

Como hemos visto y pese a que el rechazo a la formación de un Poder Ejecutivo unipersonal fue aprobado por la mayoría de los diputados, la Comisión de Constitución seguía insistiendo en la conveniencia de crear dicho Poder Ejecutivo con el carácter de unipersonal. El debate estaba estancado. Por ejemplo, Paz, un poco molesto, “extrañó que la comisión reprodujera un artículo reprobado por el Congreso. Que pelagra la libertad cuando se confía una gran suma de poder a un hombre solo”.³¹

Morales recordó además “que la Comisión tampoco le ha dado al asunto nuevo interés ni menos apoyo”.³² A lo que Ramos Arizpe contestó indicando que “ahora se propone un Consejo de Gobierno que antes no se había propuesto, y así hay por lo menos esta idea nueva que será o no adaptable, pero que es nueva”.³³

Entonces tomó la palabra Fray Servando, quien hizo presente que la unidad y la pluralidad tienen sus conveniencias y sus escollos, pero recomendaba que se pospusiera dicho debate para cuando se pusiera a discusión el proyecto de Constitución:

Que si estuviéramos libres de turbulencias no tendría embarazo en aprobar la unidad; pero que sería muy peligroso confiar el gobierno a uno solo en circunstancias críticas de la nación. Que siendo esto así y habiendo manifestado la comisión que su proyecto no es para ahora, no hay urgencia de fijar el número de individuos que han de componer el Poder Ejecutivo, y se debe dejar para la Constitución, en cuyo tiempo se obrará con más conocimiento y con presencia de las circunstancias en que se halla la nación.³⁴

La Comisión de Constitución hace suya la observación de Fray Servando Teresa de Mier. Pero tampoco fue aprobada de momento. Con todo, la propia Comisión de Constitución, ante el estancamiento del debate, terminó redactando de nueva cuenta el artículo 15, en el mismo sentido que la

³⁰ Véase Barragán, José, *op. cit.*, p. 536.

³¹ *Ibidem*, pp. 536 y 537.

³² *Ibidem*, p. 541.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

proposición de Fray Servando. Decía esta nueva redacción: “Artículo 15. El Supremo Poder Ejecutivo se depositará por la Constitución en el individuo o individuos que ésta señale. Serán residentes y naturales de cualquiera de los estados o territorios de la Federación”.³⁵

En las razones alegadas por una y otra tesis se advierte un fondo común: el temor a las circunstancias presentes. La tesis de la unidad teme la desintegración del Anáhuac; la tesis pluralista ve en el Ejecutivo unipersonal una vía hacia la opresión al estilo de la experimentada en tiempos de Iturbide, a quien mencionan repetidas veces.

Se alude a la experiencia norteamericana, pero unos y otros reconocen que México no se encuentra en las mismas posibilidades históricas que los Estados Unidos, para imitarlos.

2. *Según el Proyecto de Constitución*

Pasamos pues al estudio de la formación del Ejecutivo según el Proyecto de Constitución.

A. *La fuente de referencia*

Es importante señalar que la Comisión de Constitución no tuvo a bien presentar un Proyecto de Constitución integrado, sino que lo presentó por partes. Incluso existen, al parecer, varias versiones, unas manuscritas y otras impresas.

Por ejemplo, el doctor don Manuel Calvillo, en el volumen II de su libro *La República Federal Mexicana, gestación y nacimiento*, editada por el Departamento del Distrito Federal en 1974, se recogen *Los proyectos de Constitución para México 1822-1824*, y entre ellos viene el Proyecto de Constitución atribuido a esta Comisión de Constitución del Congreso de 1824. Se trata, al aparecer, de un proyecto impreso por la imprenta del periódico *La Águila Mexicana*, fechado el 6 de marzo de 1824.

Por otro lado, entre los papeles de la Comisión de Constitución, que se conservan en el Archivo General de la Nación, hallamos otro proyecto, éste manuscrito, que es el que tomó en cuenta don Isidro Montiel y Duarte en su conocido libro *Derecho público mexicano*, tomo II.

Ahora bien, por lo que tiene que ver con el tema del debate que venimos estudiando, entre los papeles de la Comisión de Constitución se en-

³⁵ Véase Barragán, José, *op. cit.*, p. 580.

cuentran hasta cinco manuscritos diferentes, en los que se habla del punto en discusión, esto es, sobre si debía ser el Poder Ejecutivo unipersonal o, por el contrario, debía ser colegiado,³⁶ y dos proyectos más, impresos, relativos a esta misma parte del Proyecto de Constitución.

B. *Se reanuda el debate*

Pues bien, para reanudar el debate la Comisión de Constitución, de manera oportuna, es decir, desde el 6 de marzo de 1824, había ordenado la impresión de la parte del Proyecto de Constitución relativa a la regulación del Poder Ejecutivo. Es un proyecto que lleva numeración propia, diferente a la numeración de artículos del proyecto general de Constitución, pues empieza con el artículo 1o. y termina con el artículo 28.³⁷ Es decir, nada más habla del Poder Ejecutivo Federal. Lo hace circular. Este proyecto impreso incorporaba la propuesta de creación de un Poder Ejecutivo colegiado.

Pero por otro lado, y unos días antes de que se iniciara dicho debate, el día 28 de junio la misma Comisión leyó unos artículos que hablan del Poder Ejecutivo, encomendado ahora a una sola persona. Tenemos, pues, sobre la mesa del debate dos proyectos que se corresponden con las dos propuestas que se habían discutido desde el mes de enero, en que se debatió el proyecto de Acta Constitutiva.

Por eso es que al iniciar el debate el día 3 de julio se suscitó la duda sobre cuál de los dos propuestos o cuál de las dos propuestas se tomaría en cuenta: según se deja constancia en las crónicas de ese día:

Tratándose de poner a discusión en lo general la parte del Proyecto de Constitución que trata del Poder Ejecutivo, se suscitó la duda de si se discutiría el proyecto presentado desde el principio que corre impreso y propone la pluralidad de personas en el Poder Ejecutivo, o el que se presentó el día 28 de junio último en que propone la unidad. Después de un corto debate, se acordó poner a discusión el primero.³⁸

Desde luego, son varias las preguntas que se nos ocurren formular sobre el particular. Primera, ¿por qué la Comisión elaboró un nuevo dictamen,

³⁶ Estos originales se pueden consultar en el Archivo General de la Nación. Se conservan de manera separada, en caja fuerte.

³⁷ Sobre esta problemática véase la nota que pusimos al pie de página, al ofrecer un guión para facilitar la secuencia de la discusión del Proyecto de Constitución, en el tomo III, sección de Índices, p. XXXI.

³⁸ Véase Barragán, José, *op. cit.*, t. II, p. 489.

distinto del que corría impreso desde el 6 de marzo, y antes de someter éste a consideración del Congreso?

Evidentemente que la Comisión podía variar de sentir y ofrecer nueva versión sobre el asunto; y hasta podía retirar un dictamen puesto ya a votación, y en parte aprobado, como hizo algunas veces. Pero ¿por qué, si da lectura primero al dictamen fechado el 28 de junio, luego, el día 3 de julio, presenta a consideración del Congreso el impreso del día 6 de marzo?

No aparece muy clara la motivación que indujo a obrar de esta suerte a dicha Comisión. Lo cierto es que el 3 de julio el Congreso decidió tomar como base de la discusión general el dictamen impreso del 6 de marzo, y no el del 28 de junio.

Esta decisión, por lo demás, se halla en coherencia con la tesis aprobada o dominante al tiempo de discutirse este mismo tema en el Proyecto de Acta Constitutiva. Es decir, se había mostrado el Congreso favorable a un Poder Ejecutivo colegiado, que era el previsto por el Proyecto de Constitución que corría impreso.

Veamos si la discusión en lo general de dicho Proyecto, o parte del Proyecto de Constitución, nos arroja más luz. Tomó la palabra, el primero, Carlos Bustamante para sostener la unidad de la titularidad, aunque se pudiera devenir al despotismo.³⁹

Luego se levantó el señor Juan Ignacio, diputado por Guanajuato, quien reconoce las ventajas teóricas de la unidad del Poder Ejecutivo; sin embargo, para el caso particular de México recomienda la pluralidad, “atendiendo a que el movimiento periódico de la nación para elegir a su presidente, produciría en ella una fiebre capaz de destruirla”.⁴⁰

Don Juan de Dios Cañedo contestó mostrándose ahora más decidido partidario de la unidad del poder, “recordando en que no debía temerse del hecho de que alguno de los generales pudiera sentirse en menos, al no verse electo para dicho cargo de presidente”.⁴¹

El diputado por Jalisco, José María Covarrubias, se limitó a repetir lo que ha dicho otras veces contra la unidad y se reduce al peligro de que un hombre abuse del poder. Dijo también que el Congreso ha devuelto dos veces a la Comisión los proyectos en que le ha propuesto la unidad.⁴²

No se vuelve a hablar del tema sino hasta la sesión del 14 de julio. La crónica de este día es muy parca al respecto, dice: “continuó la discusión en

³⁹ *Ibidem*, p. 490.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Ibidem*, p. 491.

general de la parte del Proyecto de Constitución que trata del Poder Ejecutivo, y en que se propone que éste se deposite en tres personas”.

El señor Llave habló a favor del dictamen, y el señor Espinosa en contra, “alegando en sustancia las razones ya expuestas”, en palabras de la crónica periodística.⁴³

¿Qué pasó después? No sabemos bien, pues lo que narran las crónicas es que no hubo lugar a votar este proyecto impreso desde el día 6 de marzo de 1824, ni a que volviera a la Comisión, sino que, sin darnos más información, se entra a la discusión del proyecto que había presentado la propia Comisión el día 28 de junio de ese año de 1824. Y se aprueba, manteniéndose el principio de la titularidad del Poder Ejecutivo Federal en una sola persona.

Las Crónicas, insisto, no dan más noticias. No se alude para nada a detalles del proyecto desechado que pudieran tomarse como razones de su desaprobación. Tampoco hubo votación especial, o nominal, como cuando se sometió a discusión el que era proyecto del Acta Constitutiva, de manera que durante la misma sesión del día 14 de julio se sometió a votación el artículo primero del nuevo dictamen en los términos siguientes: “Artículo 1. El Supremo Poder Ejecutivo de la Federación, residirá en un solo individuo, que se denominará presidente de los Estados Unidos de México”.⁴⁴

El señor Covarrubias lo impugnó con las mismas razones con que se sostuvo la pluralidad.⁴⁵ Y luego añade la crónica de esta sesión:

...el artículo fue aprobado, salvando su voto los Sres. José María Covarrubias, diputado por Jalisco, Juan Bautista Morales, diputado por Guanajuato, Gasca, Juan de Dios Moreno, diputado por Puebla, Solórzano, José María Uribe, diputado por Guanajuato, Mariano Tirado, diputado por Puebla, José María Anaya, diputado por Guanajuato, Fernández del Campo, Embides, diputado por Oaxaca, Joaquín de Miura y Bustamante, diputado por Oaxaca, Manero, Patiño y José Miguel Llorente, diputado por Guanajuato.⁴⁶

Al parecer, fue luego reformado por la Comisión, o mejor dicho, fue retocado simplemente, tal vez para quedar en la redacción que conocemos, como artículo 74 de la Constitución.⁴⁷

Como hemos dicho anteriormente, la versión de los manuscritos es coincidente al encomendar a una persona la titularidad del Poder Ejecutivo.

⁴³ *Ibidem*, p. 535.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 535 y 536.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 536.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Véase Barragán, José, *op. cit.*, p. 93.

A modo de ilustración ofrecemos a continuación cinco ejemplos, tomados de otros tantos manuscritos:

El Cuaderno Tercero dice:

Título 4º. del Supremo Poder Ejecutivo de la Federación
Sección 1ª. De las personas en quienes se deposita y de su elección.
Artículo 73. La Federación deposita el S.P.E. en un solo individuo que se denominará presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

El Cuaderno Cuarto, por su lado, dice:

Título 4º. del Supremo Poder Ejecutivo de la Federación
Sección 1ª. De las personas en quienes se deposita y de su elección.
Artículo 74. La Federación (se) deposita el Supremo Poder Ejecutivo (de la federación) en un solo individuo, que se denominará presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

Las palabras *la Federación* aparecen subrayadas en el sentido de suprimidas, y sobre el renglón se puso la palabra *se*, que nosotros hemos puesto entre paréntesis; lo mismo que los términos de *la Federación*.

El Cuaderno Quinto ofrece la misma redacción que el Cuaderno Cuarto. Aquí aparecen tachadas (no subrayadas) las palabras *la Federación*.

Otro manuscrito, que aparece aislado, en cierto modo, en la página 297 dice:

TÍTULO 4º. DEL S.P.E. DE LA FEDERACIÓN
Sección 1ª. De las personas en quienes se deposita este poder y de su elección.
Artículo 71 el S.P.E. de la Federación residirá depositado por ésta en un solo individuo que se denominará presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

El quinto ejemplo figura como No. 19 de los dictámenes sobre artículos reformados:

TÍTULO 4º. DEL S.P.E. DE LA FEDERACIÓN
Sección 1ª. Del presidente y de su selección
Artículo 1. El S.P.E. de la Federación residirá en un solo individuo que se denominará presidente de los Estados Unidos de México. Su elección se hará del modo siguiente...

Este último ejemplo es sin duda alguna el que leyó la Comisión de Constitución durante la sesión del 28 de junio, que tal es la fecha que lleva al calce.

3. *Según otros proyectos teóricos de la época*

Para completar nuestra exposición relativa al debate sobre la titularidad individual o colegiada del Poder Ejecutivo Federal conviene hacer mención de la forma concreta según la cual se configura el Poder Ejecutivo en otros varios proyectos de Constituciones, escritos y pensados para el México de entonces.

Estos proyectos actualmente han sido publicados en la obra mencionada que patrocinó el Departamento del Distrito Federal y tuvo el acierto de coordinar don Manuel Calvillo, en su volumen II, a cargo directamente del propio doctor Calvillo.

A. *Según el Proyecto don Antonio José Valdés*

Este Proyecto aparece con el título de *Proyecto de organización del Poder Legislativo*. Y se atribuye a don Antonio José Valdés, quien, siendo miembro de la Comisión de Constitución del llamado Primer Congreso Constituyente Mexicano, lo imprimió en 1822.⁴⁸ Así pues, hablando del Poder Ejecutivo dice lo siguiente: “Artículo 17. El emperador, como jefe supremo y conservador del Estado, es una parte esencial del Poder Legislativo. Artículo 18. El emperador tiene la iniciativa de ley”.

B. *Según un Proyecto de Constitución, atribuido a Guridi y Alcocer*

Este Proyecto, en efecto, se ha atribuido a don Miguel Guridi y Alcocer y fue impreso también en 1822.⁴⁹ He aquí lo que dice sobre el depósito del ejercicio de la soberanía en la institución del Poder Ejecutivo:

“TÍTULO III. DEL PODER EJECUTIVO

Artículo 40. El poder Ejecutivo, que es la potestad de hacer efectivas las leyes, reside en el gobierno y éste en el Emperador y los subalternos que deben auxiliarlo”.

⁴⁸ En la obra citada del doctor Calvillo, *La república federal mexicana. Gestación y nacimiento*, vol. II, p. 5.

⁴⁹ Véase Barragán, José, *op. cit.*, t. II, p. 36.

C. *Según el Proyecto de Reglamento Político de Gobierno del Imperio Mexicano*

Este proyecto, que las colecciones modernas oficiales de leyes dan por aprobado, o dan a entender que fue efectivamente aprobado por la llamada Junta Nacional Instituyente, lo cual es enteramente falso, decía lo siguiente:

“Sección cuarta. Del Poder Ejecutivo.

Artículo 29. El Poder Ejecutivo reside exclusivamente en el emperador, como jefe supremo del Estado”.⁵⁰

D. *Según la Constitución del Imperio Mexicano, de José Couto*

Este texto constitucional se atribuye a don José Couto y fue impreso en Valladolid el 8 de enero de 1823.⁵¹ Y al regular la materia en estudio decía:

“Capítulo II. Forma de gobierno de Imperio.

Artículo 13. Al emperador solamente pertenece el Poder Ejecutivo.

Artículo 14. El emperador es el jefe supremo del Estado”.

E. *Según el Proyecto de Constitución para la República de México formada por F. Austin de Texas*

Igualmente se trata de un proyecto atribuido a F. Austin de Texas, pero impreso en la ciudad de México el 29 de marzo de 1823.⁵² Decía:

“Capítulo VII. Sobre los poderes del Ejecutivo.

Artículo 110. El Poder Ejecutivo deberá ser ejercido por el presidente de México.

Artículo 111. Deberá haber también un vicepresidente de México”.

F. *Según el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana*

Ahora estamos ante un documento muy importante, porque se trata del último esfuerzo hecho por el llamado Primer Congreso Constituyente Mexicano que, una vez que fue reinstalado el 7 de marzo de 1823, quiso encargarse de la organización definitiva de la nación mexicana, sin conseguirlo, pero accediendo a que dicha nación se constituyera como una Re-

⁵⁰ *Ibidem*, p. 70. Véase el *Diario de Sesiones de la Junta Nacional Instituyente*, Imprenta de Valdés, 1822, p. 166.

⁵¹ Calvillo, Manuel, *La república federal mexicana. Gestación y nacimiento*, cit., t. II, pp. 94 y 95.

⁵² Véase Barragán, José, *op. cit.*, t. II, p. 119.

pública federada. Fue elaborado por la Comisión de Constitución de dicho Congreso y lleva la fecha del 16 de mayo de 1823.⁵³ Pues bien, en dicho Plan solamente se indica que: “4. El cuerpo ejecutivo se compone de tres individuos”.

He aquí un interesante precedente de la propuesta de crear un Poder Ejecutivo colegiado.

G. *Según el Plan de las bases orgánicas o fundamentales para el establecimiento de una República Federada en el Anáhuac, propuesto por el ciudadano Esteban Austin*

Este Plan está fechado en Monterrey, mayo o junio de 1823, y dice sobre el particular:⁵⁴ “Artículo 8. El Poder Ejecutivo del gobierno general se ejercerá por un presidente y un vice-presidente a falta del primero”.

H. *Según el Pacto Federal del Anáhuac, de Prisciliano Sánchez*

Este documento está fechado en México a 28 de julio de 1823.⁵⁵ Y trae una propuesta ecléctica: “Artículo 18. Residirá éste en uno o en tres individuos electos popularmente y amovibles por tiempo”.

I. *Según el Contrato de Asociación para la República de los Estados Unidos del Anáhuac*

Está fechado en Guadalajara y se dice que fue elaborado por un ciudadano del estado de Jalisco, en 1823.⁵⁶

TÍTULO II. DE LA SEGUNDA RAMA DE LA SOBERANÍA

Capítulo I. De la organización y ramificación del Poder Ejecutivo.

Artículo 71. El pueblo comisionará para el ejercicio del Poder Ejecutivo a un supremo magistrado, que residirá en la capital central de la República.

Artículo 72. Este artículo prevé que dicho supremo magistrado tuviera a un ayudante ministro del despacho universal.

⁵³ *Ibidem*, pp. 184 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 219 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 261.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 285.

Como se aprecia, unos proyectos son de corte monárquico, carácter impuesto por el momento en que aparecieron, aparte de las inclinaciones políticas de sus autores; otros no; y entre éstos se destaca naturalmente el Proyecto de Constitución o Plan Valle, como un tanto injustamente para los demás miembros de la Comisión, se le ha llamado, y que fuera elaborado por el Congreso reinstalado, en un esfuerzo supremo por constituir a la nación, o más bien por no verse obligados a autodisolverse, como de hecho ocurrió, según sabemos.

Este Plan encomendaba la titularidad a tres individuos, por motivos parecidos a los examinados aquí en relación con el Proyecto de Acta Constitutiva y de Constitución, como leemos en su exposición de motivos.

El *Pacto Federal del Anáhuac* habla indistintamente de uno o de tres individuos.

IV. SUS PRINCIPALES ATRIBUCIONES

Según queda dicho, la Comisión de Constitución consiguió su tenaz propósito: que se aprobara su tesis sobre la titularidad unipersonal del Poder Ejecutivo. Las razones técnicas acerca de la bondad de una y otra tesis ceden para dar paso a las razones políticas, a la conveniencia del momento histórico. Repito, ésta era la tesis de la Comisión y fue la que se impuso.

1. Aspectos generales: siguiendo el modelo gaditano

Resuelto el problema de la titularidad, la aprobación del resto del articulado que se ocupa del Poder Ejecutivo Federal mexicano no presentó ninguna controversia. Es decir, paso a paso se fue configurando aquel poder unitario, fuerte, de acción rápida y secreta, tal “que no encuentra dadas (facultades) al Ejecutivo de algún sistema central, y tal vez ni el de monarquías moderadas”.⁵⁷

Así es. Nos hallamos ante un Ejecutivo extraordinariamente fuerte, cuyo modelo directo y más próximo no es ciertamente el Ejecutivo norteamericano, sino el Ejecutivo monárquico de la Constitución de Cádiz. Leemos, por ejemplo, en el Discurso Preliminar gaditano:

El rey, como jefe del gobierno y primer magistrado de la nación, necesita estar revestido de una autoridad verdaderamente poderosa para que al paso

⁵⁷ Véase Barragán, José, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

que querido y venerado dentro de su reino, sea respetado y temido fuera de él de las naciones amigas y enemigas. Toda la potestad ejecutiva la deposita la nación por medio de la Constitución en sus manos, para que el orden y la justicia reinen en todas partes, y para que la libertad y seguridad de los ciudadanos pueda ser protegida a cada instante contra la violencia o las malas artes de los enemigos del bien público. Este inmenso poder de que el monarca se halla revestido, sería ineficaz e ilusorio si su persona no estuviese a cubierto de una inmediata responsabilidad.⁵⁸

La no responsabilidad personal del rey gaditano, parece ser la más notable de las diferencias entre uno y otro sistema. Pero a este rey, la Constitución le imponía unas restricciones muy severas, de manera que el carácter sagrado de su persona no podía ser pretexto para la acción arbitraria. Es decir, ese gran poder del Ejecutivo gaditano se contrapesaba con el sistema de restricciones y de limitaciones ideadas para favorecer la libertad y la seguridad de las personas o de los súbditos, como entonces se decía.

Tenemos a la vista un artículo del doctor Manuel Martínez Sospedra, Profesor de la Facultad de Derecho de Valencia, España, que muy gentilmente nos remitió, dedicado a la comparación entre uno y otro titular del Poder Ejecutivo. En dicho artículo leemos lo siguiente:

Pero es precisamente en la figura del presidente donde la separación del modelo anglosajón y la aproximación a la figura del rey en la Constitución de Cádiz se hace más notoria. Así el presidente tiene iniciativa legislativa (artículo 105); abre las sesiones del Congreso (artículo 68); posee el poder reglamentario (artículo 110-2º). Si bien necesita de la aprobación del Senado para los altos nombramientos, restricción que no aqueja al formidable rey de Cádiz, en lo que se sigue el ejemplo norteamericano parcialmente a través de la Constitución de Cúcuta, la ley fundamental recoge y regula la figura de los secretarios del despacho, separables libremente como en los dos modelos manejados, y responsables políticamente tan solo ante el presidente o el rey respectivamente. Otras intervenciones señaladas en el Legislativo, a imitación del rey de 1812, son la posibilidad de pedir la prórroga de las sesiones ordinarias y la convocatoria de Cortes Extraordinarias (artículo 110, 16ª y 17ª).

Luego, más adelante observa que:

Además de las importantes competencias que en la esfera del legislativo, posee el Ejecutivo mexicano, a imagen una vez más del rey de Cádiz, introduce

⁵⁸ Sevilla Andrés, Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 ts., Madrid, 1969.

la Constitución de 4 de octubre la enumeración de las restricciones a su autoridad.

Bajo el nombre de Consejo de Gobierno, tomado de la carta Grancolombina de 1821, se recoge en el texto de 1824 un organismo híbrido del Consejo de Estado y de la Diputación Permanente de Cortes. Este Consejo de Gobierno asume la representación de las Cámaras en sus recesos y las sustituye en algunas de sus funciones como las de recibir juramentos.

Por último, a semejanza del texto español, se recogen en el mexicano el sistema de responsabilidad criminal y funcional de los ministros, mediante el juicio de residencia y el refrendo ministerial.

Por su parte, el profesor Sevilla Andrés, maestro de Manuel Martínez Sospedra y de su servidor, ha resaltado magníficamente⁵⁹ la poderosa fuerza con que aparece delineada la figura del Ejecutivo gaditano y el acierto que se ha proyectado hasta nuestros días en varias naciones, como ocurre en el constitucionalismo chileno, e inclusive en el mexicano.

Para nuestro propósito, podemos agrupar en tres puntos las diversas atribuciones de este Ejecutivo: en primer término, nos referimos al tema de la iniciativa legal; luego al llamado poder reglamentario, y finalmente a la facultad del libre nombramiento de los altos funcionarios.

2. *Sobre la iniciativa legal*

La formulación correcta e impecable del principio se encuentra ya en la Constitución de Cádiz: “Artículo 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey”.

Más parece una concesión al antiguo régimen que un principio liberal. Con todo y pese a su viejo sabor de despotismo ilustrado, ésta es una de las bases más fuertes defendidas por los liberales decimonónicos. La Constitución mexicana del 4 de octubre de 1824 formula el mismo principio en los términos siguientes: “Artículo 105. El presidente podrá hacer al Congreso las propuestas o reformas de ley que crea conducentes al bien general dirigiéndolas a la Cámara de Diputados”.

Como vemos, si bien cambia la redacción, el principio tiene la misma fuerza, entraña la misma participación en las tareas legislativas. El legislador mexicano lo califica de prerrogativa, al lado de la cual se coloca la otra prerrogativa del veto, que, en cierto sentido, complementa a dicha iniciativa legal.⁶⁰

⁵⁹ Sevilla Andrés, Diego, *Historia política de España, 1800-1973*, Madrid, 1974, t. 1, p. 74.

⁶⁰ Véase el artículo 105 en relación con los artículos 55 y siguientes de esta Constitución.

El veto del Ejecutivo aparece así como una consecuencia no sólo de esta prerrogativa de iniciativa legal, sino de toda la configuración del Ejecutivo, en cuyas manos se depositaba además toda la “potestad ejecutiva para que el orden y la justicia reinen en todas partes y para que la libertad y seguridad de los ciudadanos pueda ser protegida a cada instante contra la violencia o malas artes de los enemigos del bien público”, como decía el Discurso Preliminar gaditano.⁶¹

Por este motivo resulta un tanto dura la imposición final en que se resuelve el supuesto de conflicto por devolución de leyes, al obligar al Ejecutivo a “firmarlas y publicarlas” sin más contratiempo, como indica el artículo 56 de esta misma Constitución mexicana.

3. *Sobre el poder reglamentario*

Aquí se nota también la influencia de la Constitución de Cádiz, inspirada a su vez en el pensamiento de Jovellanos y de Locke.⁶² Jovellanos pretendía que esta potestad se denominara potestad gubernativa, porque, si las leyes son necesarias, “más que por ellas se gobiernan (los pueblos) por una continua incesante serie de órdenes y providencias”, que se refieren no sólo a la ejecución sino a la dirección del país.⁶³

El ejercicio de la soberanía que se deposita en dicho Poder Ejecutivo, en los hechos viene a materializarse en un poder reglamentario, si no exclusiva o esencialmente, sí al menos principalmente.

El cambio técnico del sistema de la reserva legal, tradicionalmente concebida a favor del cuerpo legislativo (respecto de la cual el Ejecutivo no podía ocuparse sin una previa autorización de aquél), que la vigente Constitución francesa reconoce a favor del Ejecutivo (respecto de la cual no puede conocer el Legislativo), fortalece la tesis de la enorme trascendencia de este poder reglamentario.

El artículo 110, 2a. y 3a., de la Constitución mexicana de 1824 recoge esta singular atribución del Ejecutivo para: “Dar reglamentos, decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de la constitución, Acta Constitutiva y leyes generales”, y “poner en ejecución las leyes y decretos dirigidos a conservar la integridad de la federación y a sostener su independencia en lo exterior (*sic*) y su unión y libertad en lo interior”.

⁶¹ Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, p. 115.

⁶² *Ibidem*, t. I, p. 74.

⁶³ *Ibidem*, p. 75.

El enunciado, como vemos, es genérico de acuerdo con la naturaleza del principio, y se complementa con aquello de “hacer guardar las leyes y decretos del Congreso general” de que habla la atribución primera del mismo artículo 110; más lo establecido en la atribución décima y la décima primera, para disponer de la fuerza armada, y de la milicia local; o la décima novena, sobre que la justicia se “administre pronta y cumplidamente”.

En general, todas estas atribuciones pasaron sin discusión al tiempo de votarse el Proyecto de Constitución, porque ya habían sido aprobadas en el Acta Constitutiva, salvo la décima, la cual dio lugar a una amplia discusión, por lo que entrañaba de cierto atentado contra la soberanía de los estados, defendida a toda costa por don Cayetano Portugal, diputado por el estado de Jalisco.⁶⁴

Pero lo propio había ocurrido cuando se discutió el Proyecto de Acta Constitutiva,⁶⁵ por lo cual debemos entender que se está tomando en cuenta la doctrina gaditana al respecto, que es la que aquí se está siguiendo, como lo demuestra la simple comparación de los textos de una y otra Constitución, o como se prueba a través de los estudios sobre la vigencia de las leyes gaditanas en México, después de consumada la independencia.⁶⁶

Así pues, la doctrina gaditana sobre la potestad reglamentaria del Ejecutivo fue asimilada por la mexicana de 1824, conservándose en esencia, idéntica en las subsecuentes Constituciones de 1857 y 1917.

Más aún, tampoco advertimos variaciones fundamentales en ninguno de los proyectos aparecidos en el periodo de 1822 y 1824, a que nos hemos referido ya, al hablar de la formación de este mismo Poder Ejecutivo.

Así, en el de Antonio José Valdés de 1822, Proyecto de Constitución para un Emperador, leemos:

“Artículo 17. El emperador como jefe (*sic*) supremo y conservador del Estado es una parte esencial del Poder Legislativo.

Artículo 18. El emperador tiene la iniciativa de la ley lo mismo que las otras dos secciones de las legislaturas”.

El Proyecto atribuido a Guridi y Alcocer, también de 1822, dice:

Artículo 27. Tiene también dicha iniciativa (de ley) el gobierno.

⁶⁴ Para valorar las intervenciones de Juan Cayetano Portugal recomendamos consultar el Índice de Nombres, bajo la palabra Portugal Juan Cayetano, en Barragán, José, *Crónicas de la Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824*, ya citada.

⁶⁵ Véase Barragán, José, *Crónicas de la Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824*, cit., t. I, pp. 439 y ss.

⁶⁶ Véase Barragán, José, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824, antecedente inmediato del juicio de amparo*, México, UNAM, 1978.

Artículo 40. El Poder Ejecutivo que es la potestad de hacer efectivas o de que se cumplan las leyes reside en el gobierno y éste en el emperador y los subalternos que deben auxiliarlo;

Artículo 19. Toca al emperador formar los reglamentos y órdenes necesarias para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado, oyendo previamente al Consejo de Estado.⁶⁷

Artículo 45. Octava. Expide los decretos reglamentos e instituciones que juzga conducentes para la ejecución de las leyes.⁶⁸

Disuelto el Congreso el 31 de octubre de 1822 se instaló la Junta Nacional Instituyente, hechura de Iturbide: al menos esta fue su intención. Pues bien, mientras esta misma Junta procedía a elaborar la Constitución del Imperio, expidió un Proyecto de Reglamento Provisional del Imperio Mexicano, que jamás pasó de mero Proyecto, como hemos dicho, en cuyo artículo 30 nos describe profusamente las atribuciones del Poder Ejecutivo, es decir, nos habla de las facultades encomendadas al emperador.

La enumeración se hizo siguiendo el modelo gaditano, como se puso de manifiesto durante la discusión de que fue objeto. La única atribución o prerrogativa que no se incluye fue la de la iniciativa legal.⁶⁹ No obstante, por el contenido de las Bases Orgánicas, por las que se conducía dicha junta no cabe duda de que el emperador gozaba de una gran iniciativa legal como lo refieren en efecto las Bases 5a. y 6a.⁷⁰

El proyecto de José María Couto del 8 de enero de 1823 enuncia estos mismos principios de la forma siguiente:

Artículo 15. El poder legislativo se ejerce (*sic*) colectivamente por el emperador; la Cámara del Imperio; y la Cámara de los Diputados de las Provincias.

Artículo 16. Al emperador corresponde privativamente proponer la ley.

Artículo 14. El emperador... forma los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes y seguridad del Estado.⁷¹

En cambio, el Proyecto de Stephan F. Austin, gran admirador de la Constitución de Cádiz, no formula con precisión esta materia: el artículo 130, por ejemplo, que habla de “los poderes del presidente de México”, enuncia tímidamente la iniciativa legal, “sugiriendo las nuevas leyes y en-

⁶⁷ Calvillo, *op. cit.*, t. II, pp. 30 y 37.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁶⁹ Véase *Diario de la Junta Nacional Instituyente del Imperio Mexicano, cit.*, p. 197.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 203.

⁷¹ Calvillo, *op. cit.*, t. II, p. 95.

mienzas que considere necesarias”, y de que “ejecutará las leyes”;⁷² mientras que el 106 se refiere al veto.⁷³

El Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, elaborado por la Comisión del Congreso reinstalado, de mayo de 1823, afirmaba que el Poder Ejecutivo era el poder de la nación para hacer cumplir las leyes (preámbulo); que si el Legislativo representaba la voluntad, el Ejecutivo era la mano de la nación, y “hacer que en todos los puntos del Estado sea observada la ley, es el objeto de su institución”.⁷⁴

Prisciliano Sánchez, en su Pacto Federal de Anáhuac, se refiere a unas “Bases para la Constitución general y para la de los estados”. En las bases de Constitución general no se formula con exactitud el principio que venimos comentando. En cambio, en las bases para las Constituciones particulares de los estados, al hablar de los gobernadores, se resaltan más explícitamente. Así, el artículo 9o. dice que las atribuciones de los gobernadores serán: “formar reglamentos de policía y buen gobierno presentándolos a la asamblea para su aprobación”. También se inserta lo pertinente al veto.

Como puede apreciarse, la constancia de la doctrina, en general, es indefectible. Se acepta por todos, pese a que unos sean monárquicos, más o menos absolutistas o liberales, y otros sean republicanos.

4. *Sobre la facultad de libre provisión de los altos cargos*

En materia de la libre provisión de los más altos cargos públicos por parte del titular del Poder Ejecutivo, tampoco advertimos grandes variantes entre los textos arriba comentados.

Es clásica la libre elección por parte del presidente, o del rey, de sus más inmediatos colaboradores, secretarios o ministros,⁷⁵ sólo protegida por el sistema indeclinable de la responsabilidad del refrendo ministerial.

Otro tanto ocurre respecto de los cargos diplomáticos, de hacienda, altos puestos del ejército y la armada; inclusive, respecto de las magistraturas del Poder Judicial. Si bien aquí la diferencia estriba en la necesidad, más o menos liberal según los textos en cuestión, de someter el nombramiento a la aprobación o consulta de alguna de las cámaras legislativas, o de algún cuerpo colegiado, como es el Consejo de Gobierno o el Consejo de Estado.

⁷² *Ibidem*, p. 121.

⁷³ *Ibidem*, p. 119.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 149 y 150.

⁷⁵ *Cfr.* Barragán, José, “La provisión de los cargos públicos en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VI, núm. 18, septiembre-diciembre de 1973, p. 351.

El artículo 110 de la Constitución de 1824 reconoce, en efecto, el libre nombramiento de los secretarios (atribución 4a.), y el de los demás funcionarios de hacienda, comisarias generales, enviados diplomáticos y cónsules, los coroneles y demás oficiales superiores del ejército permanente, milicia activa y armada, “con la aprobación del Senado, y en sus recesos del Consejo de Gobierno” (atribución 6a. y 7a.); nombrar a propuesta en terna de la Corte Suprema de Justicia a los jueces y promotores fiscales de circuito y de distrito (atribución 8a.). Esta Constitución reservaba a las legislaturas de los estados el nombramiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia “a mayoría absoluta de votos”, como dice el artículo 127.

5. El Ejecutivo Federal y sus relaciones con los estados

Sólo nos resta, para terminar este modesto estudio, referirnos a la proyección o dimensión que la Constitución preveía del Poder Ejecutivo Federal respecto de las relaciones con los estados, en cuanto partes componentes de la unión federal mexicana, marco dentro del cual correspondía ejercer las atribuciones a él encomendadas, así como marco para cuyo contexto se ideó la naturaleza de la titularidad de dicho Poder Ejecutivo, objeto, como hemos visto, de tan amplias y difíciles discusiones. Y sin olvidar que en esta primera etapa histórica, el titular de este poder no era electo popularmente, sino que en su nombramiento intervenían las legislaturas de dichos estados y la H. Cámara de Diputados, votando por diputaciones estatales.

Es preciso, una vez más, partir del texto de los proyectos de Acta Constitutiva y de Constitución para poder profundizar en el tema y poder apreciar debidamente el significado no sólo de nuestra primera Constitución, sino la evolución misma de esta materia a lo largo de nuestra historia Constitucional.

Cabe arrancar, por tanto, nada menos que de una afirmación de Miguel Ramos Arizpe, emitida con ocasión de la discusión del artículo 12 del Proyecto de Acta Constitutiva.

Este artículo habla de la formación de una y otra cámara, es decir, de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores. Para la formación de la Cámara de Diputados se acudía al sistema de elecciones populares, mediante la aplicación del llamado sistema de elecciones indirectas. Mientras que la Cámara de Senadores se integraba mediante la designación de dos representantes por cada estado, votados por la legislatura correspondiente.

Pues bien, puesto a discusión este artículo, Gordoá impugnó el artículo, a lo que Ramos Arizpe respondió: “...contestó refiriéndose a lo que ya tiene

dicho; y además hizo presente que las funciones de los poderes de la nación no se dirigen (*sic*) a los individuos sino a los estados”.⁷⁶

Evidentemente que al configurar al Poder Ejecutivo Federal, la Comisión de Constitución se apartó del sentir de su presidente, pues todo demuestra que dichas funciones de los poderes generales, tal como quedaron prescritas en los textos definitivos del Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824 y de la Constitución de ese mismo año, se dirigen no a los estados, sino fundamentalmente a los individuos. De ahí el recelo que mostró, entre otros y principalmente, don Cayetano Portugal, diputado por el estado de Jalisco, al discutir ciertas facultades de las atribuidas al Ejecutivo Federal, como la 10^a y la 11^a del texto definitivo. He aquí dos muestras de este recelo:

Porque no nos engañemos, señor, por falta de previsión, el presidente de la República puede cuando quiera oprimir a nuestros estados con la fuerza armada, si para disponer de ella en lo interior no tiene parte alguna la representación nacional.⁷⁷

Estoy sorprendido del ataque brusco con que sin aguardarlo se está batiendo ahora a la federación. No señor la acta constitutiva no puede dejar de subsistir, aun dada la constitución. Si ha habido, y ha de haber federación es por la acta constitutiva; quítese ésta, y con sólo ampliar un poco más las atribuciones de los poderes generales, vino abajo todo el sistema.⁷⁸

Por esto mismo insistía en que “la Constitución no puede confundirse con la Acta, ni ésta con la Constitución. Por la Acta es que los pueblos han pactado gobernarse con un sistema federal, y han reconocido la independencia y soberanía de los diversos estados que hacen la gran Federación”.⁷⁹

V. LAS LIMITACIONES

Las restricciones se enumeran en el artículo 112, el cual contempla en cinco párrafos otras tantas restricciones. La discusión de esta materia se desarrolló fundamentalmente durante la sesión del 29 de julio de 1824,⁸⁰ y no hubo lugar a grandes debates. El texto que sirvió de base fue el del proyecto

⁷⁶ Véase Barragán, José, *op. cit.*, p. 413.

⁷⁷ Véase *ibidem*, t. 3, p. 630.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 688.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 598.

impreso el día 6 de marzo de 1824, ya mencionado, el cual llevaba una numeración seguida del artículo 1, al artículo 28.⁸¹

Las restricciones consignadas por la Constitución de 1824 son:

Primera: No podrá mandar en persona las fuerzas armadas sin previo consentimiento del Congreso, o del Consejo de Gobierno, en su caso.

Segunda: No podrá privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna.

Tercera: No podrá ocupar la propiedad de ningún particular; si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad general, habrá lugar a la justa indemnización.

Cuarta: No podrá impedir las elecciones y demás actos que señala el artículo 38, que son los relativos a la actuación del Congreso, como Gran Jurado.

Quinta: No podrá salir del territorio nacional sin permiso del Congreso, durante su cargo, y un año después.⁸²

Más la que trae el Acta Constitutiva en su artículo 2o., sobre que la “nación mexicana no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona”, que alude evidentemente a una restricción de origen gaditano, en virtud de la cual se prohíbe al rey disponer de parte alguna del territorio nacional, consecuencia de los decretos sobre nacionalización del poder político y del poder económico, impuesto por la supresión de los señoríos.

Como puede observarse, salvo la primera y la quinta, las restricciones se anuncian como garantía especial para proteger determinados derechos, como el de propiedad, la libertad individual, el electoral, y la independencia de las cámaras, de que habla el artículo 38.

Sobre las restricciones del presidente no se ha resaltado ni señalado siquiera por la doctrina patria, ni por los estudiosos en general, el acento puesto por aquellos constituyentes para proteger el derecho a la libertad individual, a través nada menos que del juicio de residencia, o juicio de responsabilidad, como también se le llama, a partir de las Cortes de Cádiz, por los primeros congresos constituyentes mexicanos de esta primera época 1822-1824. Juicio al que queda sujeto al terminar su cargo el propio presidente, pues tal es el sentido de la prohibición quinta de abandonar el país antes de cumplido el año después de haber terminado su mandato, tal como se indica en el artículo 25 del proyecto en discusión: “Artículo 25. El presi-

⁸¹ Véase Barragán, José, *Crónicas de la Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824*, cit. Véase la nota de pie de página, en la Sección de Índices, p. XXXI, del tomo III.

⁸² *Ibidem*, t. III, p. 598.

dente y vicepresidente no podrán salir del territorio de la república durante su encargo y un año después sin permiso del Congreso”.⁸³

Los señores Mier Guerra (D.J.B.) y Carlos Bustamante D. comentan las crónicas, y observaron que era una molestia muy pesada detener al presidente durante un año. El segundo dijo “que si el objeto es que responda a las acusaciones que se le hagan, todavía no está señalado término alguno dentro del cual se hayan de hacer esas acusaciones”.

Los señores Rejón y Marín contestaron

...que la detención no es dentro de la capital sino en el territorio de la República, y así no será molestia regularmente hablando, a un hombre que ha de ser natural y vecino de la federación. Que así como se le exime (*sic*) por el tiempo de su cargo de ser acusado sino por ciertos crímenes, así se le debe sujetar a que no salga del territorio de la nación, durante un año después de concluidas sus funciones, término suficiente para que los interesados puedan presentarse a demandarle.⁸⁴

El artículo fue aprobado.⁸⁵

Como se aprecia, las expresiones son típicas y características del juicio de residencia o de responsabilidad, porque, según sabemos, nada singulariza más a esta institución, desde los tiempos romanos, que la obligación de permanecer cierto tiempo en el lugar mismo en donde se hayan ejercido los cargos, para poder dar cuentas y responder de las diferentes denuncias y acusaciones que pudieran formularse en su contra. De hecho, de esta obligada “residencia” tomó justamente el nombre dicha institución.

Por si hubiere dudas, veamos lo que decía Bustamante: “citó el ejemplo de D. Agustín de Iturbide, y concluyó pidiendo que el presidente de la confederación mexicana concluido su tiempo, sufra un rigurosísimo juicio de residencia”.⁸⁶

Palabras exactas, justas, que no pueden inducir a error. Estamos ante la consagración por la Constitución de 1824 de todo el sistema de responsabilidad o de residencia que se “constitucionalizó” en Cádiz, y que pasará a nuestras posteriores Constituciones en líneas generales, incluida la que ahora tenemos por vigente, según se pone de relieve por su servidor en el libro *El sistema de responsabilidad al que está sujeto el presidente de la República*, publicado por la Universidad de Guadalajara, Guadalajara, en 1996.

⁸³ Véase Barragán, José, *op. cit.*, t. 3, p. 598.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 436.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARRAGÁN, José, *Crónicas de la Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824*, México, Cámara de Diputados, 1974, t. I.
- , *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824, antecedente inmediato del juicio de amparo*, México, UNAM, 1978.
- , “La provisión de los cargos públicos en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VI, núm. 18, septiembre-diciembre de 1973.
- CALVILLO, *La República federal mexicana. Gestación y nacimiento*, México, Valdés, 1822, vol. II.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1973*, México, Porrúa, 1974.
- SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 ts., Madrid, 1969.
- , *Historia política de España, 1800-1973*, Madrid, 1974, t. 1.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INTERPRETACIÓN

Miguel CARBONELL SÁNCHEZ*

Al distinguido jurista Jorge Wilker, cuya trayectoria intelectual de excelencia es una inspiración cotidiana para sus colegas y admiradores

SUMARIO: I. *¿Qué son los derechos humanos?* II. *Fundamento.* III. *Sujetos.* IV. *Características.* V. *Obligaciones y deberes.* VI. *Reglas y principios.* VII. *La ausencia de interpretación constitucional en México.* VIII. *El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* IX. *Interpretación conforme y principio pro persona.*

I. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?¹

El origen de los derechos humanos puede ser analizado desde dos puntos de vista: uno filosófico o teórico, y otro normativo o jurídico.

Desde el punto de vista filosófico, los derechos humanos encuentran su fundamento en el pensamiento de la Ilustración. Autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, incluso Beccaria en el terreno penal, nos

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Sobre el tema de los derechos humanos he escrito varios libros y ensayos en los años recientes. Remito a las siguientes obras al amable lector para las citas bibliográficas correspondientes a los temas que serán expuestos en la primera parte de este ensayo; las referencias en cuestión son: Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 5a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2012; *id.*, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, 2011; *id.*, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013; *id.*, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, Lima, Palestra, 2010; *id.*, *Desafíos a la libertad en el siglo XXI*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2011.

ofrecen abundantes argumentos en defensa de la dignidad humana frente a la lógica del Estado absolutista que se había venido construyendo desde la Edad Media.

Esos autores reivindican la existencia de ciertos derechos anteriores e incluso superiores al Estado. Su aproximación al tema de los derechos tiene fuertes matices iusnaturalistas, lo cual no pudo haber sido de otra manera, ya que cuando tales autores escriben sus muy importantes obras, eran escasas o muy débiles las normas jurídicas que prevenían derechos humanos. Su discurso podía tener un fundamento teórico de orden racional o en algunos casos religioso, pero no jurídico.

El origen ya propiamente normativo de los derechos humanos se da junto con el advenimiento del Estado constitucional, en el último cuarto del siglo XVIII, tanto en Francia como en Estados Unidos. Al respecto, son fundamentales tres documentos que se encuentran entre los más importantes de la historia del derecho en general y de la historia de los derechos en particular: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la Constitución de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas (1787-1791) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (conocida como Declaración francesa, de 1789).

El Estado constitucional surge precisamente como respuesta a los excesos del Estado absolutista y tiene dos propósitos básicos —tal como con gran acierto lo recoge el famoso artículo 16 de la Declaración francesa—: por un lado el de dividir al poder, y por otra parte el de proteger los derechos humanos de todas las personas.

Desde luego, hay antecedentes normativos o cuasinormativos de los derechos humanos previos a los tres documentos que se han citado. Entre los antecedentes relevantes se pueden citar la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), el Edicto de Nantes (1598), la *Petition of Right* (1628), distintas Constituciones locales de las colonias inglesas en territorio de lo que luego serían los Estados Unidos, etcétera. Pero la primera fase de la consolidación de los derechos humanos entendidos como derechos jurídicos y no solamente morales, se da a finales del siglo XVIII en los tres documentos que comienzan a dar forma al Estado constitucional de derecho, tanto en Estados Unidos como en Francia.

II. FUNDAMENTO

Los derechos humanos constituyen un tema demasiado relevante para la vida de las personas como para que se les pueda analizar desde una óptica

exclusivamente jurídica. En buena medida, tales derechos representan hoy en día nuestro más objetivo parámetro para determinar qué es la justicia y qué sociedades son justas, o más o menos justas cuando menos.

Por eso es que la comprensión de qué son los derechos humanos corresponde no solamente a la ciencia jurídica, sino también a muchas otras áreas del conocimiento dentro de las ciencias sociales.

Los fundamentos de los derechos humanos, en consecuencia con lo que se acaba de apuntar, no son únicamente los de carácter jurídico, sino también (y quizá de forma más determinante) los de carácter filosófico o teórico.

Desde ese punto de vista, algunos autores como Luigi Ferrajoli señalan que los fundamentos de los derechos humanos deben buscarse en valores como la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los propios derechos como leyes de los sujetos más débiles dentro de una sociedad.

Por su parte, Ernesto Garzón Valdés ha señalado que los derechos humanos se reconocen debido a que protegen bienes básicos y eso es lo que permite diferenciar a un derecho humano de un derecho de otro tipo (como por ejemplo un derecho de origen contractual o que no sea reconocido como derecho humano por la Constitución de algún país o por los tratados internacionales). Un bien básico, según el mismo autor, es aquel que resulta necesario para la realización de cualquier plan de vida, es decir, que es indispensable para que el individuo pueda actuar como un agente moral autónomo.

Lo interesante es tener claro que cuando hablamos de derechos humanos nos estamos refiriendo a la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus circunstancias o características personales. De ahí deriva, como lo veremos más adelante, el carácter universal de los derechos, debido a que son compartidos (o deberían serlo) por toda la humanidad.

Los derechos humanos son tan importantes que se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental. Para decirlo en palabras de Ronald Dworkin, “[l]os derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”.

Respecto a este punto, Robert Alexy señala que “[e]l sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayo-

ría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquélla...”.

Esto significa que, frente a un derecho humano, no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho humano. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho humano con alguno de ellos, el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho humano.

Ni siquiera el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, pues, como señala Ferrajoli,

Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil.

III. SUJETOS

Derivado precisamente de los fundamentos que se acaban de mencionar, podemos decir que los sujetos de los derechos humanos son todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano.

Esa regla general es reconocida además por la mayor parte de los tratados internacionales en la materia y por muchos textos constitucionales. En el caso de México cabe recordar que el artículo 1o. de la Constitución establece desde su primer párrafo que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. De esa manera podemos afirmar que el sujeto de los derechos es el más amplio posible: toda persona.

Ahora bien, hay algunos derechos humanos cuya titularidad corresponde solamente a quienes sean ciudadanos de un determinado país. En Méxi-

co se requiere la ciudadanía para poder ejercer los llamados “derechos de participación política”, enunciados en el artículo 35 de nuestra carta magna. En muchos países democráticos se sigue manteniendo el obstáculo de la ciudadanía como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, pese a que los fenómenos de la globalización y las migraciones masivas lo hacen cada vez más desaconsejable e injusto.

Por otra parte, los sujetos de los derechos se han ido especificando en función de las distintas tareas o roles que desempeñan las personas a lo largo de su vida. Las primeras declaraciones de derechos se referían en general a los derechos de las personas o de los ciudadanos, pero las Constituciones más recientes y los tratados internacionales ya abordan aspectos específicos de la vida de las personas, los cuales las pueden llegar a colocar en una situación de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se habla actualmente ya no solamente de derechos de personas en general, sino de derechos de los trabajadores, campesinos, personas con discapacidad, niños, mujeres, pacientes, adultos mayores, etcétera.

También se ha producido una “especificación” en función del tipo de derechos, los cuales han ido tomando características más detalladas, en virtud precisamente de las nuevas necesidades que surgen en los Estados constitucionales de derecho. Así es como se habla ya en muchos textos constitucionales del derecho al medio ambiente, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, etcétera.

También se comienza a hablar de la posibilidad de añadir como nuevos derechos humanos el del acceso a Internet o el derecho a la renta básica. Lo anterior demuestra que el debate sobre los derechos humanos y sus titulares es un debate abierto, en el que siguen existiendo muchas preguntas todavía sin respuesta.

IV. CARACTERÍSTICAS

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución mexicana señala algunas de las características de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. A partir de tales principios las autoridades de todos los niveles de gobierno tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.

La universalidad de los derechos se refiere sobre todo al tema de sus titulares. Como ya se dijo, serán universales en el mayor grado posible todos los derechos cuyos titulares sean las personas sin más, con independencia

de su lugar de nacimiento, circunstancias personales o características físicas o psicológicas. Si los derechos en efecto protegen bienes básicos, entonces es lógico que estén garantizados para todos los seres humanos del planeta sin excepción, quienes siempre estarán necesitados de disfrutar de ese tipo de bienes.

La interdependencia y la indivisibilidad de los derechos significan que su disfrute debe darse de forma conjunta. La violación de un tipo de derechos supone la violación o el grave condicionamiento del disfrute de los demás. Por ejemplo, si no hay libertad de expresión, no se podrán ejercer plenamente los derechos de participación política. Si no hay una adecuada tutela del derecho a la salud, se pondrá en cuestión el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Y así sucesivamente.

Además, la indivisibilidad de los derechos busca subrayar que no hay “derechos de primera” y “derechos de segunda”, sino que la categoría de los derechos es única, con independencia de la forma en que deban ser cumplidos o realizados, o del tipo de obligaciones que despliegan frente a las autoridades o frente a los particulares.

La progresividad de los derechos significa que los esfuerzos del Estado en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continua de las condiciones de existencia”, como lo ordena por ejemplo el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De la característica de la progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos.

V. OBLIGACIONES Y DEBERES

Como ya se dijo, el artículo 1o. constitucional establece —en su párrafo tercero— la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La obligación de promover los derechos supone que el Estado utilice todos los instrumentos a su alcance para recogerlos debidamente en el ordenamiento jurídico interno e internacional, pero que también los difunda entre la población a fin de que sean conocidos y, en esa medida, puedan ser protegidos debidamente. La promoción de los derechos, en consecuencia con lo anterior, supone que las autoridades lleven a cabo medidas educativas, administrativas, judiciales, legislativas, de políticas públicas, etcétera,

para maximizar hasta donde sea posible tanto el conocimiento sobre los derechos, como su más pleno ejercicio.

La obligación de respetar significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos fundamentales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar (también llamada obligación de “garantizar”) significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos. Adicionalmente, el Estado debe crear todos los medios de protección de los derechos, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional. Todos los derechos, sin excepción, deben ser en alguna medida justiciables, lo que significa que cualquier persona debe tener el derecho de acudir ante un juez o tribunal en caso de que uno de sus derechos sea lesionado.

Además de lo que ya se ha señalado, el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional señala que las autoridades tienen el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

La prevención de las violaciones a los derechos se puede dar en varios ámbitos y niveles. Desde luego, se deben difundir los derechos y su contenido, de forma que tanto autoridades como particulares conozcan lo que señalan la Constitución y los tratados internacionales. El conocimiento y difusión de los derechos es una valiosa herramienta para prevenir su posible violación.

Por otra parte, hay que capacitar a los agentes de la autoridad de forma que puedan llevar a cabo las tareas que les encomienda la ley de forma respetuosa con los derechos.

Una tercera forma de prevención reside en la creación o (en su caso) mejoramiento de los mecanismos internos de supervisión y seguimiento en los propios órganos públicos. Cuando un funcionario sabe que está siendo vigilado de cerca y que todos sus actos deben pasar por un escrutinio y supervisión, se cuida mucho más en lo que hace.

Lo que debe quedar claro es que la mejor política para tutelar los derechos humanos es la que enfatiza las tareas de prevención respecto de sus posibles violaciones. Todo el dinero que se invierta en prevenir tales violaciones va a estar muy bien gastado, no solamente por la importancia que el respeto de los derechos tiene respecto del carácter democrático de cualquier país, en beneficio incluso de su gobernabilidad, sino también porque ese gasto será en realidad un ahorro (en caso de que sea efectivo) si tomamos como parámetro los enormes gastos que derivan de una violación de derechos humanos (gastos para la víctima directa, para sus familiares y, desde luego, para el Estado).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales... Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado (*Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 175).

El deber de investigar las violaciones de derechos humanos supone que el Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno) tiene que crear una institucionalidad suficiente para poder responder frente a un acto violatorio de derechos humanos, lo que entre otras cuestiones incluye:

- a) Realizar las pesquisas que sean necesarias para individualizar el acto en cuestión.
- b) Pormenorizar las circunstancias en que fue cometido.
- c) Individualizar a los responsables y ponerlos a disposición de la autoridad competente para efecto de que sean debidamente sancionados.

Lo anterior se materializa por medio de la existencia de instancias gubernamentales que estén listas para recibir denuncias y quejas, que estén

abiertas a toda hora (o bien que sus responsables puedan ser localizados a toda hora, aunque la oficina en cuestión no permanezca abierta), y que estén geográficamente al alcance de cualquier persona bajo ciertos parámetros de razonabilidad.

Sobre el deber de investigar las violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención (*Caso Velásquez Rodríguez*, párrafo 176).

La Corte Interamericana entiende que el deber de investigar supone

...una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (*Caso Velásquez Rodríguez*, párrafo 177).

La falta de una correcta investigación por parte de las autoridades mexicanas se puso claramente en evidencia en el *Caso González y otras (Campo Algodonero) contra México*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de noviembre de 2009. En ese caso se ventiló la violación gravísima de los derechos humanos de tres mujeres que habitaban en el municipio de Ciudad Juárez (Chihuahua), que derivó en su fallecimiento.

La Corte Interamericana documentó puntualmente en la sentencia la falta de diligencia por parte de las autoridades locales y federales encarga-

das de la investigación. Se trató de una serie de negligencias que seguramente no sorprenden a nadie que esté familiarizado con el sistema penal mexicano, pero que cuando se ven agrupadas y narradas de forma sistemática por parte de un tribunal internacional, no pueden dejar de generar una enorme zozobra. A partir de la actuación negligente en grado extremo de las autoridades mexicanas, la Corte ofrece como conclusión un párrafo que no tiene desperdicio, en el que se señala lo siguiente:

Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas... Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir... (párrafo 388).

La reparación de las violaciones de derechos humanos es la consecuencia de que se haya verificado un hecho ilícito. Dada una violación, los responsables directos e indirectos deben proceder a repararla. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “[l]a reparación es el término genérico que comprende las distintas formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido” (*Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 41).

La reparación que en cada caso se determine debe ser idónea y congruente. La idea es que las medidas reparatorias sean adecuadas respecto de la naturaleza y los efectos producidos por la violación. Tomando en cuenta el tipo de afectación de que se trate, se determinarán las oportunas medidas reparatorias.

El deber de reparar debe ser entendido en el sentido más amplio posible, sin que se pueda limitar a una indemnización económica. La reparación debe ser integral. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que

[L]os modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etcétera... La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos (*Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, cit.*, párrafo 41).

A partir de lo que llevamos dicho se pueden comprender mejor algunos aspectos centrales que definen hoy en día a los derechos humanos. Nos hemos referido a su origen, a su fundamento, a sus características y a las obligaciones y deberes que despliegan hacia las autoridades. Todo eso es indispensable como elementos de comprensión de los derechos; ahora bien, el mayor reto de los derechos actualmente es aplicativo, no cognitivo. Conocemos lo que significan los derechos, así sea a grandes rasgos. Pero todavía no hemos sido capaces de aplicarlos a cabalidad dentro de nuestras sociedades. Para poder lograrlo es indispensable llevar a cabo una correcta interpretación de los mismos. Ese es el tema que se aborda en los siguientes apartados.

VI. REGLAS Y PRINCIPIOS

Las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales están redactadas en forma de principios. Los principios suelen diferenciarse del modelo de normas jurídicas llamadas “reglas”, en las cuales están perfectamente definidos tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica. En el caso de los principios tal determinación no existe, o al menos no con el grado de precisión y detalle que tienen las reglas.

Los principios son normas en alguna medida abiertas, a partir de cuya lectura el intérprete no puede saber con total certeza el campo de aplicación de los mismos, ya sea porque no está definido el perímetro material que intentan regular tales principios, o bien porque no está claro a qué casos sí y a qué casos no pueden ser aplicados.

La presencia masiva de principios en las Constituciones contemporáneas (sobre todo en las llamadas Constituciones del neoconstitucionalismo)²

² Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009; *id.* (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; *id.* y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010; Mazzaresse, Tecla (coord.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002; Pozzolo, Sussana, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Ribeiro

exige nuevas pautas argumentativas, basadas ya no —o no sola, ni principalmente— en la subsunción, sino en la técnica de la ponderación y en el juicio de proporcionalidad.³

Como se sabe, los principios

...están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible.⁴

VII. LA AUSENCIA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

No es momento de hacer ni siquiera un resumen del debate contemporáneo sobre reglas y principios, o sobre las implicaciones del juicio de proporcionalidad y de la ponderación. Lo importante, más bien, es señalar la relevancia que tiene para el constitucionalismo del siglo XXI la cuestión interpretativa. Eso es algo sobre lo que ya nadie duda: la interpretación constitucional ha estado y sigue estando en el centro de cualquier acercamiento al tema de los derechos fundamentales.

Pues bien, lo anterior es relevante porque permite ilustrar una curiosa ausencia en la historia constitucional mexicana en materia de derechos fundamentales: durante décadas los jueces (y también, con mayor razón todavía, los demás órganos del Estado mexicano) no hicieron ningún tipo de interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales.

Moreira, Eduardo, *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*, São Paulo, Editora Metodo, 2008; Möller, Max, *Teoria geral do neoconstitucionalismo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011; García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009; Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.

³ Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 39 y ss. Por su parte, Luis Prieto señala que “[e]l llamado juicio de ponderación o proporcionalidad supone acaso el hallazgo más celebrado de la interpretación constitucional y presenta interesantes problemas teóricos e incluso consecuencias en el orden institucional”. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 18.

⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007, pp. 67 y 68.

Era imposible, hasta hace muy poco tiempo, encontrar sentencias de los tribunales mexicanos en las que se hiciera una interpretación (buena o mala, como fuera) de la libertad de expresión, de la libertad de tránsito, del debido proceso legal, del principio de no discriminación, etcétera. Sobra decir que tampoco hubo criterios judiciales en materia específica de derechos sociales; no existieron precedentes judiciales interesantes, a lo largo del siglo XX mexicano, en los que se defendiera el derecho a la educación, el derecho a la salud o el derecho a la vivienda.⁵

No cabe olvidar, desde luego, que en general en América Latina, hasta hace unos años los encargados de aplicar en la práctica el catálogo de derechos fundamentales se enfrentaban a la enorme dificultad de tener que convivir con los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de la región. Hoy en día esa dificultad ya no existe en términos generales —o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado—. En la actualidad los problemas son otros. Algunos de esos problemas tienen que ver con la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales.

Esto es lo que ha producido en las décadas recientes, por ejemplo, sentencias de los más altos tribunales que contienen crasos errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos.

En este contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de un modelo muy sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. En México, a partir de la última década del siglo XX, se han comenzado a pronunciar sentencias más atentas no solamente a las modernas técnicas de la interpretación constitucional, sino también más conscientes del papel que los jueces tienen como garantes últimos de los derechos fundamentales.

Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.⁶

⁵ Hay que decir, sin embargo, que se comienza a apreciar un cambio de tendencia a partir de 1995, luego de una importante reforma judicial que —entre otras cuestiones— obliga a una renovación completa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A partir de entonces, aunque de forma muy tímida y lenta, comienzan a surgir algunos criterios en materia de derechos fundamentales. Véase la obra *Los derechos humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2 ts., México, SCJN, OACNUDH, 2010.

⁶ Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuen-

Entran en juego, entonces, las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los operadores jurídicos se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores”⁷ que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.⁸ Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el aplicador constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre tomada por él mismo. A partir de tales necesidades se genera y recrea una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.⁹

VIII. EL PAPEL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A finales del siglo XX México reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese reconocimiento supuso, en la práctica, no solamente una herramienta complementaria de defensa de los derechos fundamentales, sino también un poderoso incentivo para que los jueces mexicanos cambiaran (aunque fuera poco a poco) su forma de razonar, al emitir sentencias en materia precisamente de derechos.

Durante los primeros años de dicho reconocimiento la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de dictar distintas sentencias condenato-

tra en Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005. Una visión desde el constitucionalismo norteamericano está en Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁷ Peces Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984. Aunque el texto se refiere a la Constitución Española de 1978, contiene valiosas indicaciones que pueden ser aplicadas a otros contextos.

⁸ Gustavo Zagrebelsky se ha encargado de ilustrar esta dificultad en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 93 y ss.

⁹ Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional constitucionalmente correcta pueden verse las reflexiones de Perfecto Andrés Ibáñez, “El juez”, en Díez-Picazo, Luis María (ed.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169, y especialmente las pp. 152-155, en las que explica el modelo de juez dentro de “la alternativa neoconstitucional”.

rias en materias absolutamente centrales para la vida democrática de México.¹⁰ La Corte, a través de sus sentencias, nos ha indicado cuestiones que deben ser subsanadas en materia del debido proceso legal, en materia de derechos de participación política,¹¹ límites a la jurisdicción militar,¹² investigación de feminicidios,¹³ obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad,¹⁴ etcétera.

La jurisprudencia interamericana ha refrescado el debate jurídico mexicano alrededor de los derechos y ha supuesto una importante afirmación del signo garantista que puede tener la globalización. Gracias a la intervención de la Corte Interamericana de Derechos puede vislumbrarse un futuro mejor para el respeto de la dignidad humana de todas las personas que viven en México. Hay elementos que nos permiten señalar que estamos ante la posibilidad de que el siglo XXI sea mejor que el siglo XX en materia de derechos humanos.

IX. INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRINCIPIO PRO PERSONA

A partir de la importante reforma del 10 de junio de 2011, a la que ya hemos hecho diversas alusiones, en el artículo 1o. constitucional se recoge la figura de la “interpretación conforme”,¹⁵ al señalarse que todas las normas

¹⁰ Véase, al respecto, la obra de García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

¹¹ *Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184. Un análisis del caso puede verse en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

¹² *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209. Una explicación de la sentencia está en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

¹³ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205. El análisis respectivo en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

¹⁴ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220. Sobre los alcances de esta sentencia véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, cit., pp. 339 y ss.

¹⁵ En general, sobre este tipo de interpretación véase Gascón Abellán, Marina, “Inter-

relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales en la materia. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.¹⁶

Un ejemplo parecido a la regulación que contiene nuestro texto constitucional se encuentra en el artículo 10.2 de la Constitución Española, que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.¹⁷

Aunque la llamada “interpretación conforme” es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está de más hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa.¹⁸

La idea de la “interpretación conforme” también se encuentra recogida en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyos artículos 6o. y 7o. establecen lo siguiente:

Artículo 6o. La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7o. Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor

pretación conforme (con la Constitución)”, en varios autores, *Diccionario de Derecho Constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, t. II, pp. 796-801.

¹⁶ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, cit., pp. 103 y ss.

¹⁷ Los alcances y la interpretación de ese precepto se analizan en Saíz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, CGPJ, 1999. Véase, también, el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹⁸ Véase al respecto el muy documentado y profundo texto de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, cit., pp. 339 y ss.

eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

Además de la interpretación conforme, la reforma de junio de 2011 incorpora también en el párrafo 2 del artículo 1o. constitucional el principio de interpretación *pro personae*, muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos.

El principio *pro personae* supone que cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

Para decirlo en otras palabras, podemos afirmar que el principio *pro personae* tiene dos variantes principales:

- a) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir de entre todas las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera). Se debe entender que una interpretación “optimiza” más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho (el perímetro material equivale al ámbito de la realidad que el derecho regula).
- b) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables, ahora prevista por nuestro artículo 1o. constitucional, tiene uno de sus antecedentes en el artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como puede verse, el principio de preferencia interpretativa nos suministra una guía para que el aplicador de una norma jurídica que tiene varios significados pueda elegir correctamente el significado que mejor proteja el

derecho humano que dicha norma tutela. El intérprete, a la luz del principio *pro persona*, no es libre de elegir la interpretación que le parezca mejor, sino que tiene que optar necesaria y obligatoriamente por aquella interpretación que permita una protección más amplia del derecho humano.

Lo mismo cabe decir del principio de preferencia de normas. En este caso el intérprete debe resolver un caso al que resultan aplicables dos o más normas jurídicas. Lo que nos indica el principio *pro persona* es que el intérprete no es libre de elegir la norma que prefiera, sino que debe optar necesaria y obligatoriamente por aquella que proteja mejor el derecho humano en cuestión. Esta obligación debe ser atendida con independencia del lugar que cada una de las normas aplicables tenga en el ordenamiento jurídico, de modo que el aplicador debe buscar entre todo el material normativo aquella solución que optimice de mejor manera el derecho.

Sobre el principio *pro persona*, la Suprema Corte ha dictado una tesis interesante, que en buena medida refleja lo que se acaba de señalar. Es la siguiente:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio *pro persona*, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el

texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.¹⁹

Sobre el mismo principio, también es importante considerar el siguiente criterio jurisprudencial:²⁰

PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio *pro personae* que es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

El control de convencionalidad y los principios de interpretación conforme y pro persona no son invenciones de los jueces mexicanos ni tampoco de nuestros teóricos nacionales. Se insertan más bien en una poderosa co-

¹⁹ Amparo directo 28/2010. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro de votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Tesis aislada XIX/2011, Décima Época.

²⁰ Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 659, tesis aislada 1a. XXVI/2012 (10a.).

riente del pensamiento constitucional de nuestros días que ha ido tomando forma gracias a la circulación de las ideas constitucionales y al intercambio de experiencias académicas, legislativas y jurisprudenciales en diversos puntos del planeta. En realidad, muchos de los avances que hemos comentado son construcciones colectivas de nuevas formas de pensar sobre el derecho constitucional. Su comprensión y su debida aplicación requieren que los juristas estén atentos a lo que sucede más allá de sus fronteras. En pleno siglo XXI se vuelve indispensable pensar el derecho de forma global.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO MATERIAL A VÍCTIMAS DEL DELITO Y LA MEDIACIÓN PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL

Ariadna COQUIS VELASCO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Planteamiento del problema y justificación del tema.* III. *Marco jurídico.* IV. *Mediación penal.* V. *Objetivos de la mediación.* VI. *Esquemas de procedimiento penal y procedimiento de mediación penal.* VII. *Estadísticas criminales, penitenciarias y de mediación.* VIII. *Asuntos que se pueden resolver en mediación penal.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas nuestro país atraviesa por una crisis de credibilidad en el sistema de impartición, administración y procuración de justicia, ya que éste no es efectivo para solucionar los conflictos sociales que actualmente vivimos.

Y estos problemas no son únicamente los tradicionales de carácter civil, mercantil o penal, sino de otras índoles, que impactan en todos los ámbitos de la sociedad, como religiosos, económicos, políticos, agrarios, vecinales, familiares, escolares, justicia para adolescentes, etcétera, los métodos de impartición de justicia basados en “jueces letrados” son insuficientes para resolver los conflictos mencionados para el ámbito jurídico, por lo cual se trata de implementar los métodos alternos de solución de controversias, considerando a éstos como “aquellos mecanismos que sustituyen la decisión de un órgano jurisdiccional”.

Los métodos alternos de solución de controversias (MAS’C) pueden tener como sinónimos: justicia alternativa, justicia por la paz, justicia con-

* Maestra en Victimología por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Agradezco a los coordinadores de este homenaje al doctor Jorge Alberto Witker Velásquez por permitirme participar en tan honroso reconocimiento a un investigador con una gran trayectoria docente y apreciado por muchos en el ámbito jurídico.

sensada, métodos no adversariales, entre otros, y estos pueden considerarse como la gama de *procedimientos alternos* a los *procedimientos jurisdiccionales* y de *arbitraje* para la solución de controversias, que por lo general, aunque no necesariamente, involucran la intervención y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución.

Con lo anterior se delimita el campo de acción de estos métodos, al circunscribirse a los conflictos en donde no interviene un órgano jurisdiccional.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Se ha observado en la práctica que la sobrecarga de trabajo del Ministerio Público, como parte en la investigación, y de los órganos jurisdiccionales es una de las causas por las cuales las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia no han respondido a las exigencias de la sociedad.

Además, la concepción que se tiene del Ministerio Público, como un órgano corrupto, y los excesivos trámites burocráticos a los cuales se tienen que enfrentar las víctimas u ofendidos por el delito que acuden a las agencias ministeriales para denunciar un hecho delictivo, hacen que ésta o el ofendido se abstengan de denunciar, ya sea por razones prácticas, como no perder tiempo, dinero y esfuerzo, o por aspectos sustanciales, como el no ser revictimizada por una conducta negligente del representante social.

En el procedimiento penal, después de un largo y costoso juicio, en donde la víctima se expone a toda clase de peligros y vejaciones, no existe la seguridad de que sean resarcidos sus derechos patrimoniales, o sus derechos emocionales ni sus gastos médicos realizados. Por consiguiente, encontramos obstáculos para que las víctimas u ofendidos del delito exijan la reparación del daño que se les ocasionó.

Además, encontramos otros problemas u obstáculos que no permiten llegar a obtener una reparación del daño justa; entre ellas se encuentra la insolvencia económica del inculpado, que al no tener dinero o bienes para responder por la comisión del delito en que incurrió, elude el pago de los daños (patrimonial o moral) y perjuicios a su cargo. En algunas ocasiones el inculpado responde por una reparación del daño que realmente es insuficiente y hasta puede considerarse irrisoria, porque no ayuda a resarcir el daño causado por el delito cometido.

Al denunciar y solicitar la reparación del agravio, el daño material, que es uno de los que sufre la víctima, pone en operación la maquinaria juris-

dicional, y con las implicaciones que representa para el Estado, es un gasto público, uso de recursos humanos y materiales, que en muchas ocasiones es inútil porque la víctima abandona el procedimiento.

Para ello los órganos jurisdiccionales ya destinaron recursos innecesarios durante la tramitación del proceso, acumulando rezagos procesales de otros asuntos.

Las víctimas u ofendidos no cuentan con nuevas acciones de reparación del daño actual; por medio de la justicia alternativa en materia penal se pretende que puedan ser eficaces, claramente materializadas o concretizadas y no sólo un discurso oficial por parte del sistema judicial.

Con el ofendido del delito habrá menos fricciones porque se tomará como una justicia alternativa para poder llegar a una pronta y expedita procuración y administración de justicia.

El sistema penal debe apoyar a los programas de métodos alternos de solución de controversias para llegar a una respuesta favorable en pro de la víctima, victimario y del propio Estado.

La carga de trabajo, falta de personal capacitado, espacios y recursos materiales, así como la falta de experiencia del personal que se encuentra en el Poder Judicial, falta de capacitación de las autoridades, entre otros, son los obstáculos más comunes a los cuales las víctimas u ofendidos por el delito se enfrentan.

Por lo anterior, es necesario que el Estado implemente nuevas reformas legislativas a los códigos penales y de procedimientos penales que beneficien a las víctimas u ofendidos del delito, así como que establezca nuevas opciones para solicitar la reparación del daño causado por un delito de querrela, a través de procesos que originen una justicia pronta y expedita, ágil y sencilla, sin complejidades o trámites engorrosos que limiten o hagan nugatoria la justicia a las víctimas y a los demás involucrados en el proceso penal.

En este sentido, en el presente trabajo se analizará la mediación penal como un procedimiento alternativo o paralelo a los procedimientos jurisdiccionales para obtener la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por el delito.

III. MARCO JURÍDICO

La víctima u ofendido del delito tienen derecho a que se les repare el daño derivado de la comisión de un delito en su agravio, como lo destaca el artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las directrices internacionales en la materia

(Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder).

Además, en el Código Penal para el Distrito Federal encontramos regulada la reparación del daño en sus numerales: 37 a 52, 222, 349 bis y 349 ter. También en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los artículos 2o., fracción III; 9o., fracciones XI y XV; 9o. bis, fracción XIV; 35; 316; 394; 403; 477, fracciones I y III; 536, párrafo 2, a 540; 568; 569 y 572.

Derivado de la última reforma efectuada al artículo 17, párrafo 4, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 18 de junio de 2008 en materia penal, podemos dividir a los métodos alternos de solución de controversias en dos grandes rubros: los autocompositivos y heterocompositivos; los primeros son aquellos en los que, como su propio nombre lo indica, composición propia, depende de las partes solucionar el conflicto; los segundos son aquellos en los que la solución depende de la disposición de una tercera parte, ajena a la controversia, como se explica en el cuadro siguiente:

<i>Métodos</i>	
<i>Autocompositivos</i>	<i>Heterocompositivos</i>
Mediación (se desarrollará más adelante)	Arbitraje Como un mecanismo en el cual las partes en conflicto, o en posible litigio, designan a un tercero para que dirima la controversia. El laudo determina quién tiene la razón legal y en él se condena a quien obtiene fallo desfavorable a su cumplimiento.
Conciliación Se entiende, aquella acción mediante la cual dos posturas encontradas se ponen de acuerdo, y llegan a un arreglo beneficioso para todos, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial calificado, denominado: conciliador, y que <i>sí puede emitir opinión y dar soluciones.</i>	

Un aspecto a considerar se relaciona con el hecho de que los medios alternos de solución de controversias es un género que incluye: a) la mediación; b) la conciliación; c) la amigable composición; d) la negociación, y e) el arbitraje. Nosotros abordaremos la cuestión de la mediación como mecanismo para la reparación del daño material a víctimas del delito y la mediación penal en el Distrito Federal.

IV. MEDIACIÓN PENAL

1. *Definición*

Para construir una definición de la mediación penal podemos acudir, en primer lugar, a la idea que sobre ésta se plasma en la *Enciclopedia de la Real Academia Española*.

Según la Real Academia Española “mediar” es: “Llegar a la mitad de una cosa, interceder o rogar por uno, interponerse entre dos o más desavenidos que riñen o contienden procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.¹

Por su parte, Guillermo Pacheco Pulido considera que la mediación es:

Un procedimiento en el cual dos o más personas que tienen un problema en común, solicitan el apoyo de un tercero que facilita la comunicación entre ellos, para que de manera pacífica y equitativa, lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. El mediador conduce a las partes a que de ellas surja la decisión.²

También, al referirse a la mediación, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal destaca: “Es una forma de resolver los problemas derivados de la comisión de un delito sin que las personas involucradas tengan que ir necesariamente ante un Ministerio Público o juzgado”.³

Por lo anterior podemos concluir que la mediación penal es uno de los métodos a disposición de la víctima u ofendido por el delito y el victimario, para poder solucionar de manera pacífica y positiva el conflicto que los tiene en un enfrentamiento (delito), y reparar el daño ocasionado por un delito, con la asistencia de un tercero llamado mediador, neutral, y quien *no emite opiniones ni da soluciones*.

2. *Partes en la mediación*

Las partes en la mediación penal son la víctima u ofendido por el delito, el victimario y el mediador, que a continuación se define cada uno de ellos y que por obvias razones no podemos profundizar más a detalle.

¹ *Enciclopedia de la Real Academia Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 1345.

² Pacheco Pulido, Guillermo, *Mediación, cultura de la paz, medio alternativo de administración de justicia*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2004, p. 17.

³ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, visible en: http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/PDFs/org_dep/cja/penal2010.pdf (consultada el 7 de julio 2013).

A. *Victima del delito*

En la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder se entiende por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Para José Colón Morán, el común de la gente considera a la víctima como la persona que sufre una agresión y sobre todo si es de parte de la autoridad; en el derecho penal, las denomina sujeto pasivo, ofendido y víctima, pudieran considerarse como sinónimo; sin embargo, la tercera tiene una connotación más extensa, no sólo comprende al víctima directa, sino también a otras personas, ya que con motivo de la perpetración de delitos, si bien se causa daño al sujeto pasivo, es factible que también se vean afectadas otras personas.⁴

B. *Ofendido*

En el proceso penal del Distrito Federal se advierte que la víctima se denomina de diversas maneras, o sea, se distingue entre víctima y ofendido, víctima directa o indirecta. En nuestra opinión, no se debe distinguir entre víctima y ofendido.

La palabra “ofendido” proviene del latín *offendere*, participio pasado del verbo “ofender”. Así, ofendido “es quien ha recibido en su persona, bienes o en general, en su status jurídico, una ofensa, daño, ultraje, menoscabo, maltrato o injuria”.⁵

Como podemos advertir, no existe diferencia conceptual entre víctima y ofendido; es más, ambas se identifican a través de la palabra “daño”.

C. *Victimario*

En sentido contrario a la definición de víctima, “victimario” es el que lastima, daña o lesiona, en su patrimonio, sentimientos o inclusive física-

⁴ Véase Colón Morán, José, “Los derechos de la víctima del delito”, *Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa Aequitas*, México, Segunda Época, núm. 34, diciembre de 1998, p. 28.

⁵ Oñate Lavorde, Santiago, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 2005, t. 1, p. 2681.

mente, a otra persona o personas, y Rodríguez Manzanera reafirma: victimario en sentido victimológico es aquel que produce el daño, sufrimiento o padecimiento de la víctima.⁶

D. Mediador

El mediador “es una persona ajena, con ciertas características especiales, que participa en la mediación ayudando y dirigiendo a las partes, facilitando una buena comunicación y relación entre las mismas para que resuelvan sus diferencias y lleguen a una solución”.⁷

Según Gorjón Gómez y Sáenz López es un sujeto neutral que se encarga de establecer la dirección del procedimiento de mediación.⁸

Como se advierte, el mediador es una persona que coadyuva con las partes en la solución del problema es neutral porque no es parte en la controversia y constituye una parte fundamental en este método alternativo de solución de controversias; es quien va a dirigir a las partes en la comunicación y en el arreglo del conflicto para obtener una reparación del daño favorable para todas las partes.

Lo anterior establece la importancia de los elementos mencionados en este apartado, en virtud de que la realidad social actual requiere de la protección estatal a la víctima u ofendidos por el delito, permitiéndoles un fácil acceso a la administración, procuración e impartición de justicia, con una reparación del daño adecuada y proporcional al daño causado y equitativa, por lo que a continuación se aborda el tema de reparación del daño.

3. Reparación del daño

En materia civil existe, en forma muy amplia, lo que se denomina “derecho de daños”, como una parte especializada en la materia, pero en el ámbito penal no existe un derecho de “daño”, sólo una acción que se otorga a la víctima u ofendido para que se le repare el daño de manera incidental.

⁶ Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, 4a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 75.

⁷ Morán Navarro, Sergio, *Justicia alternativa en México, mediación, conciliación y arbitraje, un estudio referido al sistema jurídico mexicano*, México, Universidad Autónoma de Nayarit, Unidad Académica de Derecho, 2009, p. 12.

⁸ Gorjón Gómez, Francisco Javier y Sáenz López, Karla Anneti Cynthia, *Métodos alternos de solución de controversias*, México, CECSAUANL, 2009, colección Formación General Universitaria, p. 83.

En este sentido, únicamente se abordarán los conceptos de “daño material” y “daño moral” causados por la comisión de un delito dependiendo de la gravedad y de las consecuencias, para estar en posibilidad de definir la reparación de daño. En primer término habrá que determinar qué es el daño.

El vocablo daño proviene del latín *damnum*, que significa daño, “el cual es el detrimento, perjuicio o quebranto que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona”.⁹

“Jurídicamente, la palabra daño parte del concepto vulgar, pero tiene una acepción más restringida, pues comprende todos los perjuicios que el individuo sujeto del derecho sufra en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que irroge el propio perjudicado”.¹⁰

La segunda acepción puede criticarse, porque jurídicamente el daño se identifica con el menoscabo o detrimento que sufre en su persona o bienes jurídicos tutelados la víctima u ofendido; en cambio, el perjuicio son las ganancias lícitas que deja de percibir la víctima u ofendido por la acción dañina.

Así, el daño puede considerarse como el quebranto, la destrucción, la ofensa o el dolor provocado a una persona físicamente, en su patrimonio o valores morales y sociales, que llevan a la víctima u ofendido por el delito a cambiar su estado natural o de origen presente, antes de que se les haya causado el daño, con la consecuente afectación en su vida cotidiana y frente a la sociedad en general.

Una vez entendido el concepto de daño, se analizará el concepto de reparación del daño y su naturaleza jurídica, tomando como base el contenido de las siguientes definiciones.

El doctor Álvaro Bunster define a la reparación de daño como toda “pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el *statu quo* anterior y resarcir los perjuicios derivados de su delito”.¹¹

Por su parte, Fernández de León aduce: “En los delitos, toda reparación del daño material y moral debe resolverse por una indemnización pecuniaria que fija el juez, salvo el caso en que hubiera lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”.¹²

⁹ Fernández de León, G., *Diccionario Jurídico*, t.: C-E, 3a. ed., Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1972, p. 199.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Bunster, Álvaro, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t.: P-¿, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 3307.

¹² Fernández de León, G., *op. cit.*, p. 362.

En este sentido, la reparación del daño material a víctimas del delito aparece como una especie de indemnización a partir de la cual se restituyen las cosas al estado en que se encontraban antes del delito.

En el caso del Distrito Federal, el artículo 42 del Código Penal destaca los conceptos que se incorporan a la reparación del daño: *a)* el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de cometerse el delito; *b)* la restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado; *c)* la reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos; *d)* el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, y *e)* el pago de salarios o percepciones correspondientes.

A. *Daño material*

De acuerdo con Luis Rodríguez Manzanera, el daño material “es aquel que consiste en un menoscabo pecuniario al patrimonio de un tercero”.¹³

El daño material o patrimonial directo es el que sufren los bienes económicos destruidos o deteriorados, y el daño patrimonial indirecto son los gastos realizados para la curación de las lesiones corporales, o por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima.

Al efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió jurisprudencia respecto al daño material, en donde sostiene:

La reparación del daño... tiene el carácter de pena pública independientemente de la acción civil, y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, determinando su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso; dicha reparación comprende, entre otros, el daño moral y/o material, así como el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a las víctimas o a sus familiares; en concreto, se distinguen dos tipos de daños, el relativo a derechos de la personalidad y el patrimonial; los primeros se actualizan cuando existe una lesión sobre bienes de naturaleza extra patrimonial o inmaterial, esto es, en bienes que no pueden ser tasables en dinero, como son el honor y el sentimiento, o aquellos que tienen como fin afectar o dañar ese ánimo particular sobre determinada persona y que al verse lesionado también sufrirá una afectación; y en los últimos se comprenden los daños de carácter económico que se originan por la muerte o alteraciones en la salud del pasivo. La reparación del daño moral se encuentra prevista y sancionada en los artículos 1958 y 1995 del Código Civil de la misma entidad federativa, y en ellos se

¹³ Rodríguez Manzanera, Luis, *op. cit.*, p. 339.

establece, entre otras cosas, que será independiente de la indemnización de orden económico y se decretará aun cuando ésta no exista y no excederá del importe de mil días del salario mínimo general; por tanto, su aplicación en cuanto a la cantidad de condena, debe estar cuantificada atendiendo a las circunstancias de hecho, a la naturaleza del daño que sea preciso reparar y a las demás constancias que obren en el proceso, como puede ser el menoscabo a los derechos de personalidad, pues difícilmente podrá resarcirse un dolor, una deshonra o una vergüenza y, atendiendo a todo ello, debe determinarse el pago de la reparación del daño moral. La reparación del daño material, tratándose de los delitos de homicidio y lesiones, se establece de dos formas, una consistente en una indemnización económica previamente fijada por la ley... y la otra en la reparación material de los daños ocasionados; la primera se traduce en el pago de una cantidad de dinero a las víctimas, o bien, a los dependientes económicos del occiso, que respecto a las lesiones, no excederá de mil doscientos días de salario, dependiendo de la gravedad de éstas, así como al grado de incapacidad que se ocasiona y, en lo referente al diverso de homicidio, es el equivalente a mil doscientos días de salario; mientras que las segundas deben estar sujetas a la comprobación de los gastos efectuados por el lesionado o los ofendidos con motivo del delito, esto es, la restitución de las erogaciones que la víctima o los familiares de éstas hacen con motivo de la comisión de esos delitos.¹⁴

B. Daño moral

Nuestro análisis se encamina al estudio del “daño material”, por lo que las menciones al “daño moral” son para fines didácticos.

Álvaro Bunster define el daño moral como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.¹⁵

La diferencia entre daño moral y daño material consiste en que en el primero se lastima a la víctima inmaterialmente en sus sentimientos, creencias, costumbre e ideología, esto es, en bienes considerados no materiales; en cambio, el daño material impacta siempre en bienes tangibles. Aunado a lo anterior, el daño moral difícilmente puede ser valorado de manera económica, en cambio, el daño material sí puede ser valorado económicamente.

¹⁴ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, septiembre de 2011, t. XXXIV, p. 2029, de rubro: “REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y MATERIAL E INDEMNIZACIÓN ECONÓMICA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO O LESIONES. DIFERENCIAS Y BASES PARA SU CUANTIFICACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)”.

¹⁵ Bunster, Álvaro, *op. cit.*, p. 969.

Es importante aclarar que nuestro tema está delimitado por el daño material, que como ya vimos es el menoscabo o detrimento del patrimonio de una o varias personas, y a diferencia del daño moral, que es más difícil de comprobar, es susceptible de valoración económica.

V. OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN

La mediación puede buscar diversos objetivos: una justicia más expedita y pronta, un mejor atención a la víctima, medios no invasivos o traumáticos de resolver problemas, etcétera. Desde nuestro punto de vista, estos son algunos de los objetivos que busca la mediación para la solución de controversias en materia penal:

- 1) Hacer protagonistas a las víctimas del delito y a los victimarios, evitando que los ministerios públicos o jueces sean los actores principales en materia penal.
- 2) Disminuir la carga de trabajo de la administración de justicia.
- 3) Restablecer la comunicación entre personas en conflicto, potenciando la expresión de intereses y necesidades particulares.
- 4) Lograr una reconciliación entre las partes.
- 5) Restablecer la convivencia y el diálogo comunitario.
- 6) Otorgar a las personas la responsabilidad y el protagonismo en la solución de sus diferencias.
- 7) Asegurar una efectiva protección a la víctima mediante la reparación.
- 8) Cambiar la concepción negativa del conflicto como elemento de enfrentamiento hacia una visión positiva y necesaria en la convivencia de las personas.

1. *Principios de la mediación*

Son ocho los principios que establece el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que deben estar presentes en un procedimiento de mediación y que se mencionan a continuación:

1. Voluntariedad. La participación de los mediados deberá ser por su propia decisión, no por obligación y bajo su absoluta responsabilidad.
2. Confidencialidad. La información relacionada con los asuntos de la mediación no podrá ser divulgada.

3. Flexibilidad. El procedimiento deberá carecer de toda forma rígida para responder a las necesidades de los mediados.

4. Neutralidad. El mediador deberá mantenerse ajeno a sus propias inclinaciones o preferencias durante todo el procedimiento.

5. Imparcialidad. El mediador no puede tomar partido respecto de los mediados, por lo que deberá actuar libre de favoritismos, tratándolos sin hacer diferencia alguna, prohibiéndosele las alianzas con alguno de ellos.

6. Equidad. El mediador deberá generar condiciones de igualdad entre los mediados para que arriben a acuerdos mutuamente beneficiosos.

7. Legalidad. Sólo podrán ser objeto de mediación los conflictos derivados de los derechos que se encuentren dentro de la libre disposición de los mediados.

8. Economía. El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.¹⁶

Asimismo, consideramos necesario agregar estos dos principios para fortalecer a los anteriores.

9. Honestidad. El mediador deberá excusarse de participar en una mediación cuando reconozca que sus capacidades, limitaciones o intereses personales pueden afectar el procedimiento.

10. Gratuidad de los servicios prestados en una mediación penal.

2. *Ventajas*

Una de las ventajas que brinda la justicia alternativa es que permite a los sujetos que estén en un conflicto la opción de elegir e implementar métodos de solución de controversias, con las siguientes ventajas:

- 1) Atender la(s) necesidad(es) de las partes que intervienen.
- 2) Contribuyen a la paz social y arreglo de conflictos en forma pacífica y pronta.
- 3) Son modelos más humanos y directos al considerar las circunstancias personales de las partes.
- 4) Rapidez. Los procesos alternativos pueden concluirse en pocas sesiones, siendo siempre más breve que los procesos judiciales.
- 5) No hay ganadores ni perdedores, ya que los acuerdos alcanzados son satisfactorios para todas las partes.

¹⁶ Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, abril de 2011, *Boletín Judicial* del 6 de enero de 2009; Acuerdo 17-81/2008, *Boletín Judicial* del 8 de marzo de 2012, Acuerdo General 39-08/2012.

- 6) Al ser un proceso voluntario, existe una predisposición positiva a trabajar en común para llegar a acuerdos de forma pacífica.
- 7) Menor desgaste emocional.

Todas estas ventajas no las ofrecen los procedimientos jurisdiccionales, por no ser un sistema humanizado, sino mecanizado, que no vela por una justicia equitativa (de ganar-ganar), sino donde una parte gana y la otra pierde, siendo una autoridad la que resuelve el conflicto y no las partes que tienen el conflicto.

3. *Requisitos para ser mediador*

El mediador puede ser cualquier persona que cumpla ciertos requisitos y cualidades para apoyar, ayudar u orientar a las personas que tienen un conflicto de cualquier naturaleza. En este trabajo nos interesa el mediador penal, quien debe ser especialista en derecho penal y con experiencia en el ejercicio de esta rama del derecho.

Se entiende como la mejor de las soluciones que se institucionalice esta función a través de los servicios de mediación interviniendo personal diverso del adscrito al juzgado (juez o secretario), inclusive excluyendo a la policía o a la fiscalía. En este sentido habrá que tener en cuenta que la configuración de un servicio de mediación puede ser esencial para su buen actuar, pudiendo estar financiado. Ahora bien, nada impide que se trate de mediadores individuales tan sólo, que pudieran perfectamente asumir la función que se les atribuye en materia penal.

En cualquier caso es imprescindible la capacitación como mediador, lo que se exige de manera diversa dado que por un lado hay países en los que se ha establecido la necesidad de realizar entre 250 a 300 horas para obtener el título de mediador, en otros se habla de la necesidad de además introducir la exigencia de un riesgo de mediadores, o incluso se ha hablado de estar inscrito en alguna asociación de colectivo de mediadores, etcétera. Se trata de ofrecer esencialmente técnicas de comunicación y habilidades para el manejo de la gestión de conflictos.¹⁷

Otros autores hacen la siguiente lista de cualidades que debe tener el mediador:

¹⁷ Barona Vilar, Silvia, “Justicia penal consensuada y justicia penal restaurativa, ¿alternativa o complemento del proceso penal? La mediación penal, instrumento esencial del nuevo modelo”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, año III, núm. 24, invierno de 2009, pp. 11-113.

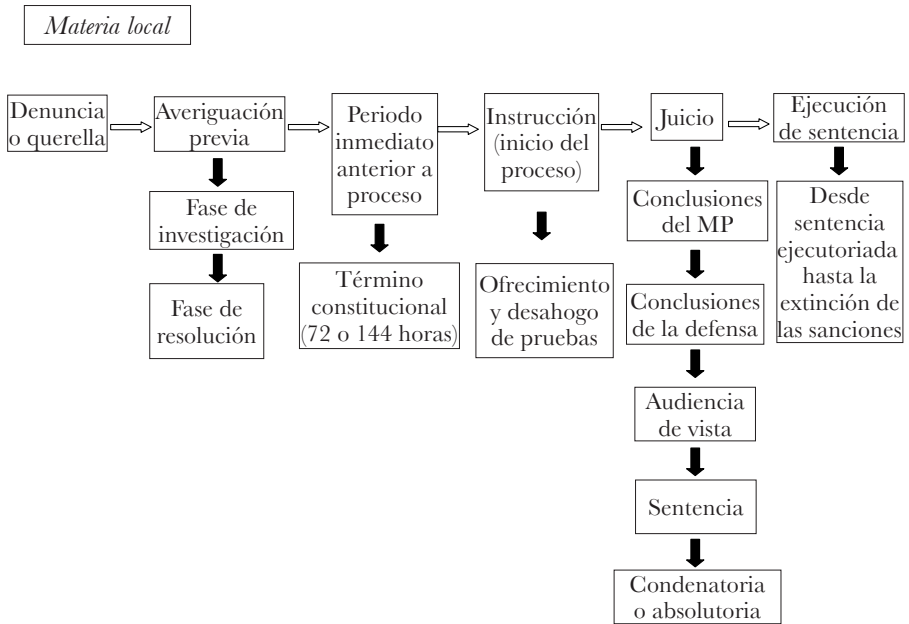
Imparcialidad Confidencialidad Capacidad de escuchar Flexibilidad Rectitud	Honestidad Creatividad Prudencia Humildad
Entre otras más que pueda tener un mediador penal, como la neutralidad, capacidad de manejo de la situación, habilidades para negociar y la comunicación.	

VI. ESQUEMAS DE PROCEDIMIENTO PENAL Y PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENAL

1. *Procedimiento penal*

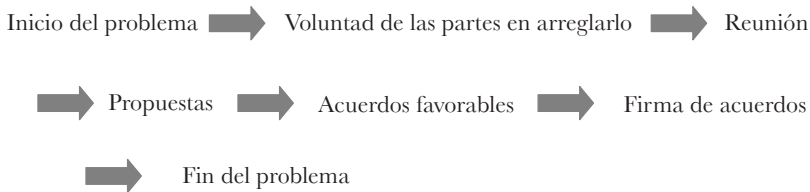
A continuación se muestra el esquema del procedimiento penal con detenido en el Distrito Federal de manera ejemplificativa para hacer una comparación con el esquema de un procedimiento de mediación penal.

PROCEDIMIENTO PENAL CON DETENIDO



Los litigantes en materia penal no me dejarán mentir que a simple vista se observa de manera sencilla dicho esquema, pero en la práctica conlleva tiempo, dinero y esfuerzo; un litigio de esta naturaleza, por muy simplificado que sea, estamos hablando de 6 meses como mínimo a diferencia del procedimiento de mediación penal, que por mucho que tardara dicho procedimiento estamos hablando de 30 días (un mes de duración).

2. *Procedimiento de mediación*



La esquema anterior ilustra el camino a seguir del procedimiento de una mediación penal, y de esta forma queda ejemplificado tanto el procedimiento ordinario penal como el procedimiento de mediación, resaltando que el último es más sencillo y eficiente para resolver las controversias entre la víctima y el infractor en una forma equitativa.

VII. ESTADÍSTICAS CRIMINALES, PENITENCIARIAS Y DE MEDIACIÓN

1. *Estadística delictiva del Distrito Federal*¹⁸

En las estadísticas anteriores de 2006 a 2010 se refleja la incidencia delictiva en el Distrito Federal y el número de averiguaciones previas iniciadas por año. Se refleja también el promedio diario en el Distrito Federal. En la tabla de datos generales encontramos diversos delitos como de alto y bajo impacto, con y sin violencia, entre los que podemos encontrar robo de auto, accesorios de auto, robo de celulares, robo a casa habitación, negocio, entre otros, que son denunciados a petición del interesado (querrela) y que son susceptible de una mediación.

¹⁸ Clasificación de acuerdo con el Catálogo Único de Delitos implementado por la DG-PEC, con base en las averiguaciones previas iniciadas.

2. Estadísticas de la población penitenciaria en el Distrito Federal

De acuerdo con Marcelo Bergman y Elena Azaola, las cifras oficiales de la población penitenciaria total hacia fines de 2006 superó los 250,000 reclusos en todo el país, y fue el Distrito Federal la entidad que concentró el mayor número de internos (32,500). Los datos más desagregados fueron de 2004. Cabe mencionar que en 2005 y 2006 hubo un incremento importante en la población carcelaria.¹⁹ En la tabla siguiente se muestran dichas cifras.²⁰

<i>Número total de internos según estado del proceso y fuero (2004)</i>			
	<i>Común</i>	<i>Federal</i>	<i>Total</i>
En proceso	66,071	15,876	81,947
Sentenciados	76,598	33,345	109,943
Total	142,669	49,221	191,890

De la tabla anterior se desprende que la población penitenciaria del fuero común en 2004 era de 66,071 personas en proceso y 76,598 sentenciados, haciendo un total de 142,669; así lo indicaban las cifras de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal.

La tabla anterior nos muestra que en proceso existe un porcentaje elevado, casi similar al de los sentenciados; esto nos da una opción de aplicar con ellos un método alternativo de solución de controversias.

3. Estadística del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal, en materia penal

El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal realizó un “récord” de los expedientes asignados en mediación penal, de los cuales se desprende que la justicia alternativa puede lograr importantes acuerdos que benefician tanto a la víctima como al agresor.

En el Centro se realiza la justicia alternativa a través del método de la mediación en materia penal, que muestra su funcionalidad de dicho centro de justicia alternativa, por lo que se propone dar una mayor difusión a la solución de controversias mediante estos métodos. El “récord” de los expedientes asignados en mediación penal del 2 de mayo de 2007 al 15 de

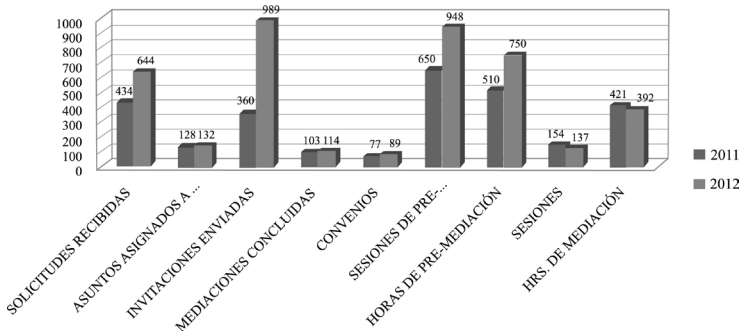
¹⁹ Bergnam, Marcelo, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Quito, núm. 1, mayo de 2007, p. 75.

²⁰ *Idem.*

diciembre de 2012, distribuidos por el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal,²¹ se muestra en la tabla siguiente:

Número de expedientes	2,142
Asuntos asignados	481
Asuntos en trabajo actual de mediación	4
Asuntos que no iniciaron mediación	64
Asuntos cerrados y que sí entraron a sesiones de mediación	409
Asuntos concluidos con acuerdo y/o convenio	327
Asuntos cerrados por desinterés de los mediados en concluir el proceso con convenio	82
Asuntos en premediación	13
Asuntos en premediación concluidos con acuerdo y/o convenio	13
Asuntos cerrados por desinterés de los mediados en concluir proceso de remediación	0
Total de convenios de mediación y remediación	340
Sesiones de premediación realizadas	1454
Horas de premediación realizadas	1182
Sesiones de mediación realizadas	580
Porcentaje de mediaciones cerradas con convenio y/o acuerdos	80%
Porcentaje de mediaciones cerradas por desinterés de los mediados en concluir el proceso con acuerdo y/o convenio	20%

Gráfica comparativa de las actividades desarrolladas del 2 de enero al 15 de diciembre de 2012 EN MEDIACIÓN PENAL



²¹ Véase http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/CENTRO_DE_JUSTICIA_ALTERNATIVA (consultada el 16 de junio de 2011).

La tabla y la gráfica anteriores ejemplifican que la mediación penal en el Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal ha avanzado de manera favorable, que quisiéramos que fueran más las mediaciones y bajar la tasa de la población penitenciaria, favoreciendo a la víctima del delito, al victimario y a la propia sociedad.

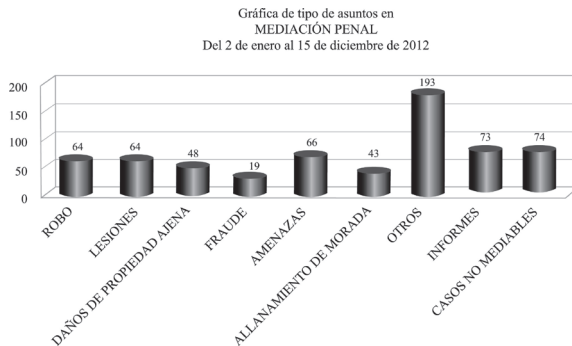
La tabla muestra las estadísticas de mediación penal, recibiendo 2,142 solicitudes; el 80% de esos casos tuvo una mediación favorable y el otro 20%, por diversas situaciones, como el no tener la voluntad de someterse a una mediación, el no llegar a acuerdos favorables, no se llegó a una mediación exitosa. A continuación damos un vistazo general sobre qué asuntos pueden ser mediados.

VIII. ASUNTOS QUE SE PUEDEN RESOLVER EN MEDIACIÓN PENAL

En primer término están los delitos que se denuncian a petición de parte, es decir por querrela, donde esté presente una posible reparación del daño material, y que sean susceptibles de una mediación para solicitar la reparación del daño causado por el delito.

Una de las inquietudes del público que visita la página web del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal es saber si pueden o no mediar sus conflictos en materia penal, y estas pueden ser “en el marco de la justicia restaurativa, las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida y en cualquier caso no considerado grave perseguible de oficio, en cuanto a la reparación del daño.”²²

La gráfica siguiente ejemplifica los delitos que pueden ser mediados:



²² Véase http://www.poderjudicialdf.gob.mx/en/PjDF/Preguntas_Frecuentes (consultada el 7 de julio de 2013).

La gráfica muestra cuáles son los delitos más comunes que en el Centro de Justicia Alternativa solicitan la mediación para la pronta solución del conflicto y la reparación del daño más conveniente para las partes.

IX. CONCLUSIONES

Primera. En el presente trabajo demostramos que la reparación de daño es una realidad, no un mito; que en muchas ocasiones no es satisfactoria para las víctimas u ofendidos por el delito.

Segunda. También argumentamos que el victimario en muchas ocasiones no repara el daño por no tener los recursos económicos para reparar dicho daño.

Tercera. Advertimos que los métodos alternos de solución de controversias son una alternativa no sólo para las víctimas del delito, sino para el victimario y la propia sociedad, por lo que pueden generar beneficios sociales.

Cuarta. Destacamos que entre los beneficios que traen consigo los métodos alternos de solución de controversias (mediación) está el dar protagonismo a las víctimas del delito al pactar la reparación del daño con el victimario, lo que evita juicios largos.

Quinta. También advertimos que estos métodos benefician al victimario al permitirle pactar de qué forma puede reparar el daño a su víctima.

Sexta. Destacamos que los métodos alternos son procedimientos más humanizados, ágiles, flexibles, pronto y expedito que los procedimientos tradicionales. Que la víctima puede tener mejor posibilidad de que se le repare el daño en el corto plazo a través de los medios alternos, de manera más equitativa y justa que en un juicio.

X. BIBLIOGRAFÍA

ADATO GREEN, Victoria, “La víctima del delito, sus garantías y derechos en el sistema penal de: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y México”, *Criminalia*, México, año LXX, núm. 1, enero-abril de 2004.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La conciliación como medio para solucionar conflicto de intereses”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Uruguay, núm. 3, 1986.

BARAJAS MONJARÁS, María Raquel, “Justicia restaurativa”, *Revista Nexo Jurídico, Locus Regis Actum*, México, año IV, núm. 11, abril-junio de 2010.

- BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal consensuada y justicia penal restaurativa, ¿alternativa o complemento del proceso penal? La mediación penal, instrumento esencial del nuevo modelo”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año III, núm. 24, invierno de 2009.
- BERGNAM, Marcelo y AZAOLA, Elena, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Quito, núm. 1, 2007.
- BORJÓN NIETO, José Jesús, *La reforma penal constitucional 2007-2008*, México, El Colegio de Veracruz, 2009.
- BUNSTER, Álvaro, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- CASTRO, Máximo, *Curso de procedimientos penales*, Buenos Aires, Ediar, 1946.
- COLÓN MORÁN, José, “Los derechos de la víctima del delito”, *Aequitas. Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, núm. 34, diciembre de 1998.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A., *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, UNAM, 2001.
- Enciclopedia de la Real Academia Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, G., *Diccionario jurídico*, 3a. ed., Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1972.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1981.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier et al., *Métodos alternos de solución de controversias*, México, CECSAUANL, 2009, colección Formación General Universitaria.
- GUIRADO LÓPEZ, Jesús Salvador, “La justicia restaurativa en México: una propuesta del estado a la sociedad”, *Revista Nexo Jurídico, Locus Regli Actum, Justicia Restaurativa*, México, año IV, núm. 11, abril-junio de 2010.
- KALA, Julio César, *La ruptura de la linealidad en la estadística criminal. Un ensayo caótico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1994.
- MONARQUE UREÑA, Rodolfo, *Derecho procesal penal esquemático*, México, Porrúa, 2002.
- MORÁN NAVARRO, Sergio, *Justicia alternativa en México, mediación, conciliación y arbitraje, un estudio referido al sistema jurídico mexicano*, México, Universidad Autónoma de Nayarit, Unidad Académica de Derecho, 2009.
- OÑATE LAVORDE, Santiago, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 2005.

PACHECO PULIDO, Guillermo, *Mediación cultura de la paz, medio alternativo de administración de justicia*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2004.

POSADAS ESTRADA, Claudia Elizabeth, *La justicia alternativa como un modelo de justicia accesible y de reforma penal en México*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, año II, núm. 2, abril de 2009.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, 4a. ed., México, Porrúa, 1998.

VIZCAÍNO ZAMORA, Álvaro, *Relatoría. Jornadas Iberoamericanas Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa*, México, Instituto Nacional de Ciencia Penales, 2003.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

DERECHO HUMANO DE MANIFESTACIÓN PÚBLICA: LIMITACIONES Y REGULACIÓN*

Edgar CORZO SOSA**

SUMARIO: I. *Introducción. Derecho humano.* II. *Limitaciones al derecho de manifestación pública.* III. *Intentos de regulación.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN. DERECHO HUMANO

Las manifestaciones públicas constituyen un fenómeno social que actualmente ha adquirido una gran importancia, no tanto por el contenido de los derechos que entran en juego sino más bien porque se han erigido como un mecanismo importante de protesta social. Inclusive algunos juristas hablan de un derecho a la protesta social,¹ aun cuando debemos indicar que las manifestaciones públicas no encierran únicamente muestras de enfado, sino también puede tratarse de manifestaciones de júbilo.

Cualquiera que sea el origen de la manifestación pública, hay que advertir que normalmente damos por cierto que estamos frente a un derecho humano, y lo es, sólo que no lo encontramos reconocido literalmente en la Constitución Política de nuestro país. En el texto constitucional no existe un artículo que diga que tenemos derecho a manifestarnos públicamente. Sin embargo, hay dos derechos humanos que sí están expresos y en los que está

* Este documento constituye una primera reflexión para configurar el derecho de manifestación pública. Queremos dejar constancia de nuestro aprecio y reconocimiento a la carrera del investigador doctor Jorge Witker Velásquez, de quien hemos aprendido en diversas áreas del derecho, pero especialmente en el campo de la investigación y metodología jurídicas, el derecho económico y recientemente respecto de los juicios orales.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y director de *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional.*

¹ Véase Gargarella, Roberto, *El derecho de protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, UBA-Editorial Ad-hoc, 2005; Ferreyra, Gustavo, *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 23 y ss.

incluido el derecho a manifestarnos públicamente, por lo que son su fundamento y a ellos hay que hacer referencia.

Uno de estos derechos humanos es el derecho a la libertad de expresión, en el que se encuentra la manifestación de las ideas. Este derecho está reconocido en el artículo 6o. constitucional, que expresa: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público”.²

El otro de los derechos humanos es el derecho de reunión previsto en el artículo 9o. del texto constitucional, en el que se dice: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito... No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto o una autoridad...”.³

Por lo que hace a la libertad de expresión, si entendemos por manifestación pública la expresión de un reclamo o de una protesta en un lugar al que todos pueden acceder, sin importar el número de personas que asistan a ella,⁴ es lógico suponer que en este caso está implícita la libertad de expresión. Todos tenemos derecho a expresar en público nuestras ideas, y su manifestación, con un reclamo o protesta, es precisamente una vía para darlas a conocer, es una forma en que se concreta la libertad de expresión. Lo anterior nos lleva a sostener que el derecho a manifestarnos públicamente, aun cuando no está reconocido expresamente, forma parte del derecho a la libertad de expresión regulado en el artículo 6o. constitucional.

También podemos sostener que la manifestación pública la encontramos prevista en el derecho de reunión reconocido en el artículo 9o. constitucional, al decirse que no debe considerarse ilegal una reunión que tenga

² Para Hugo Saúl Ramírez y Pedro de Jesús Pallares el objeto de la libertad de expresión es la capacidad de comunicar ideas, opiniones, sentimientos e informaciones sin censura previa, poniendo énfasis en la característica de “comunicar”. Véase su obra *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011, p. 249.

³ En España, la libertad de reunión va unida a las manifestaciones públicas, ya que se regulan en un mismo artículo constitucional y están concebidas de forma conjunta. El artículo 21.2 que lo regula dice textualmente: “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

⁴ Si, por el contrario, tomamos en cuenta el número de personas, tenemos que 1, 2, 10 o más personas pueden ejercer la libertad de expresión en una manifestación pública, pero el derecho de reunión sólo lo pueden ejercer por lo menos dos personas, ya que es de ejercicio colectivo. En consecuencia, una sola persona al manifestarse públicamente estará ejerciendo la libertad de expresión pero no así el derecho de reunión.

por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto o una autoridad.

Entonces, si un grupo de personas se reúne en un lugar público para presentar una protesta, podemos afirmar que están realizando una manifestación pública, pues no cabe duda que están exponiendo un reclamo en un lugar al que todos pueden acceder. En consecuencia, el derecho a manifestarse públicamente forma parte del derecho de reunión.⁵

Los derechos humanos no son parcelas que estén separadas por completo; todos los derechos humanos están relacionados, unos más que otros; es el caso del derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión, a los que podemos denominar derechos conexos, terminología empleada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y con la cual coincidimos.⁶ Es más, la conexidad mostrada nos indica que estamos en presencia de la concretización del principio de interdependencia de los derechos humanos.

El derecho de manifestación pública se ejerce en todas partes de nuestro país, incluso puede decirse que hoy mismo en la ciudad de México hay gente realizando manifestaciones públicas. Es raro el día en que no encontramos en el periódico la noticia de alguna manifestación pública, esto es, personas que están reclamando o protestando porque no se les ha hecho caso o porque simple y sencillamente están hartas de la inseguridad o porque el gobierno tomó una medida que les afecta.

En una sociedad democrática como la nuestra, en la que se busca que todos participemos en la toma de decisiones, las manifestaciones públicas son producto del ejercicio de nuestros derechos de libertad de expresión y de reunión.⁷ Así es como podemos expresar nuestro descontento o nuestra alegría. Así es como podemos reafirmarnos como personas, como gente pensante y que vive. Así es como la gente puede crear una opinión y saber

⁵ Tan es así que en opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión. Véase Corte EDH, *Caso Vogt c. Alemania*, sentencia del 26 de septiembre de 1995, párrafo 64.

⁶ Véase CIDH, *Informe Anual 2002*, capítulo IV, vol. III, “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 5 rev. 1, párrafo 31.

⁷ En términos de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades”. Véase CIDH, *Informe Anual 2005*, capítulo V, vol. II, “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II.124, Doc. 7, párrafo 91. En opinión de Hugo Saúl Ramírez y Pedro de Jesús Pallares, estos derechos son pilares de las sociedades democráticas, toda vez que en ellos se pone de manifiesto la capacidad humana de interpretar el mundo y de construirlo junto con otros, convirtiéndose así en los principales constructores de la vida de una comunidad. Véase su obra *Derechos humanos, cit.*, p. 248.

lo que está pasando. Ver que el pueblo realice manifestaciones públicas es reconocer que estamos en un país libre, sin ataduras, en donde temas de trascendencia se discuten y en los que queda claro el interés social. Por eso, no es de extrañar que un grupo de personas se manifieste en contra de la reforma energética, ya que sencillamente está exponiendo su parecer respecto de unas medidas tomadas por el gobierno. Tampoco debe extrañarnos que un grupo de profesores proteste por la reforma educativa, pues está dando a conocer su parecer y tratando de crear opinión pública. En el mismo sentido, ya estamos acostumbrados que ante el triunfo de un equipo de fútbol se realice una manifestación pública en alguna glorieta de la Avenida Reforma.

II. LIMITACIONES AL DERECHO DE MANIFESTACIÓN PÚBLICA

El derecho de manifestación pública no es absoluto, o lo que es lo mismo, no puede concebirse sin limitaciones.

Es cierto que se tiene el derecho a manifestarse públicamente, pero también es cierto que el ejercicio de este derecho debe realizarse en armonía con nuestra vida en sociedad. El derecho de manifestación pública no puede perturbar el desarrollo normal de nuestra vida diaria. Ningún derecho está previsto de esa manera. En ningún momento la Constitución reconoció que el derecho de manifestación pública pueda pasar por encima del correcto desarrollo de nuestra vida diaria.

La experiencia de tantas manifestaciones públicas nos ha hecho ver que al realizarse se producen excesos que hacen que nos preocupemos por la forma en que se están llevando a cabo, las consecuencias que están provocando y la frecuencia con que se están presentando. Marchas, plantones y cierre de vialidades han puesto en jaque al Distrito Federal. Por ejemplo, la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de la Ciudad de México (CANACO) calculó pérdidas por 767 millones de pesos por dos meses de plantones; o la Cámara de Comercio, Servicios y Turismo en Pequeño de la Ciudad de México (CONACOPE), que reportó pérdidas por 650 millones de pesos en ventas no realizadas, así como más de un millón 800 mil horas/hombre de trabajo perdidas y 28 mil comercios y pequeñas empresas afectadas. El sector restaurantero también ha sufrido, ya que de acuerdo con la información proporcionada por la Cámara Nacional de la Industria de Restaurantes y Alimentos Condimentados (CANIRAC), se registraron pérdidas de 300 millones en 15 días de marchas.

La frecuencia con que se presentan también es alarmante. Mientras que en 2002 se registraron 778 movilizaciones en la vía pública, en 2010 llegaron a 6,294 y en 2012 ascendieron a 7,319, según datos de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal.⁸

Por eso, debemos reconocer que el derecho de manifestación pública tiene limitaciones. De otra manera, se estaría autorizando que quienes ejercen este derecho pisoteen los derechos que tenemos el resto de las personas y se produzcan consecuencias económicas, sociales y culturales que ponen en entredicho la armonía de nuestra vida en sociedad.

La existencia de limitaciones al derecho de manifestación pública es algo que está reconocido en nuestro texto constitucional y en tratados internacionales ratificados por México.

1. *Nivel constitucional*

Si el derecho de manifestación pública forma parte del derecho a la libertad de expresión en su faceta de manifestación de las ideas, el mismo artículo 6o. constitucional reconoce que está limitado cuando ataque a la moral, la vida privada, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público.

Estas limitaciones, además de lógicas, son necesarias. No debe permitirse que un grupo de personas, por más molestas o indignadas que estén, se manifieste públicamente y al mismo tiempo vaya agrediendo a las personas que se encuentren a su paso, incluso lesionándolas. ¿Qué pasaría si nosotros mismos nos encontramos desafortunadamente en la calle por donde va pasando una manifestación pública y nos agreden físicamente? Si nos lesionan es a todas luces un delito, y calificar esa acción como delito es una forma de limitar el derecho a manifestarse. Tampoco debe permitirse que los manifestantes dispongan de autobuses de transporte público, bajen a sus usuarios, los utilicen para deambular por la ciudad y finalmente los incendien. Se estaría incurriendo igualmente en un acto delictivo. Como tampoco debe permitirse que un grupo de personas, al realizar su protesta, disponga de las casetas de peaje y evite el cobro respectivo, o lo que recientemente ha pasado, que ellas mismas cobren el peaje y tomen el dinero para

⁸ Esta información ha sido manejada en la exposición de motivos de la iniciativa presentada por la senadora Gabriela Cuevas Barrón de Ley de Manifestaciones Públicas en el Distrito Federal. Véase <http://www.pan.senado.gob.mx/2013/10/sen-gabriela-cuevas-barron-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-expide-la-ley-de-manifestaciones-publicas-en-el-distrito-federal/> (consultado el 6 de febrero de 2014).

su causa; actitud contraria al derecho y que estaría perturbando el orden público, otra limitación más a este derecho.

Las manifestaciones públicas también pueden llegar a constituir verdaderos bloqueos a la circulación, ya sea peatonal o vial. Una o varias calles pueden quedar cerradas, y no de manera temporal debido al paso de la manifestación, sino se forma permanente porque sencillamente decidieron quedarse asentados en ese lugar. Aquí, por supuesto, ya no estamos en el ejercicio de un derecho de manifestación pública, sino en un bloqueo, lo que por supuesto está transgrediendo los derechos de terceros, en concreto el derecho al libre tránsito establecido en el artículo 11 de nuestra Constitución.⁹ Además, no cabe duda que a los dueños de los comercios que están alrededor de un plantón, que dejó de ser una manifestación pública al no ser temporal y pasajera, se les está afectando su derecho al trabajo y a la libertad de comercio, situación que debe evitarse a toda costa.¹⁰

Esto es un ejercicio abusivo del derecho de manifestación pública, abuso que por supuesto no está reconocido en la Constitución. Por el contrario, en la Constitución lo que encontramos son límites muy precisos a este derecho, que en todo momento deben respetarse.

¿Qué pasaría, por ejemplo, si en una manifestación pública las personas que la conforman van profiriendo discursos incitando a la violencia, ya sea física o verbal, o menospreciando o discriminando a las personas? Este discurso del odio, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹¹ sobrepasa lo que es una molestia y va más allá de la expresión de una idea,

⁹ Que a la letra dice: “Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país...”.

¹⁰ Cuando en apariencia se contraponen un derecho humano a otro derecho humano surge la dificultad de ponderar ambos derechos, pero para entrar al ejercicio de ponderación hay que determinar si efectivamente ambos derechos se encuentran en conflicto. Suele suceder que en los extremos de la contraposición no siempre se encuentran dos derechos humanos, sino que quedan enfrentados un derecho humano y un bien jurídico distinto. En el caso del derecho de reunión y de expresión en las manifestaciones públicas no es que se contraponga con el derecho de libre tránsito, que sí lo llega a afectar, sino más bien quedan enfrentados a la seguridad pública, lo que implica un análisis jurídico de la situación muy diferente, y en el cual no podemos abundar en este momento.

¹¹ Véase la tesis que lleva por rubro “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ACTUALIZACIÓN, CARACTERÍSTICAS Y ALCANCES DE LOS DISCURSOS DEL ODIOS”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, t. I, p. 545.

por lo que no forma parte de la libertad de expresión; de aceptarlo se estaría atacando la moral y los derechos de terceros.

Lo mismo puede decirse de lo que algunos han llamado el derecho al insulto, que no existe como tal, pues si bien es cierto que en una manifestación pública normalmente se utiliza un lenguaje exagerado, no debe llegarse al extremo de ofender o poner en entredicho el honor de las personas, pues en ese caso se estará transgrediendo la moral como uno de los límites a la libertad de expresión establecidos en nuestro texto constitucional, situación que también ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹²

Encontramos más límites al derecho de manifestación pública en el artículo 9o. constitucional, al considerarlo parte del derecho de reunión. Allí se establece que las reuniones deben ser pacíficas, deben tener un objeto lícito, sin injurias contra la autoridad, sin armas, sin uso de violencia o amenazas para intimidar. Esto significa que en la manifestación pública no pueden portarse armas, como también lo impide el artículo 10 constitucional,¹³ ni podrá utilizarse un lenguaje injurioso, violento, o incluso intimidatorio. Las manifestaciones públicas, entonces, están limitadas y su correcto ejercicio depende del respeto a estos límites.

Como quiera que sea, basta dar una ojeada al texto constitucional para advertir que todos los derechos humanos tienen limitaciones, de otra manera no se podrían ejercer, y el derecho de manifestación pública no es la excepción.

No puede ponerse como pretexto para quienes quisieran sostener la inexistencia de límites, el hecho de que al día de hoy no exista una ley específica que regule el derecho de manifestación pública, ya que las normas constitucionales tienen eficacia jurídica directa y no dependen de la existencia de las leyes, pues es un texto que está por encima de todas las normas jurídicas; para establecer límites no hace falta una ley, puesto que los límites están establecidos en la propia Constitución, si acaso la ley ayudaría a concretarlos, lo cual es algo muy diferente. Pero también debe considerarse que en algunos supuestos, como cuando la manifestación pública llega a incurrir en delitos, ya hay ley que desarrolla ese límite, como lo es el Código Penal.

¹² Consúltese la tesis que lleva por rubro “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XI, abril de 2013, t. I, p. 537.

¹³ Cuyo texto dispone: “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”.

2. *Nivel de tratados internacionales*

En el ámbito del derecho internacional, los tratados internacionales también establecen límites al derecho de manifestación pública.

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁴ en el que se reconoce el derecho a la libertad de expresión, establece como límites el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

En los artículos IV y XXI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también se encuentran reconocidos la libertad de expresión y el derecho de reunión, con sus límites respectivos.

Lo mismo se reconoce en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en él se establece la libertad de expresión; sin embargo, se dice que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previas censuras sino a responsabilidades ulteriores, lo que en ningún momento puede significar la ausencia de limitaciones, sino que más bien la censura viene a ser la prohibición del ejercicio del derecho. El derecho a la libertad de expresión debe ejercerse, pero en su ejercicio deben respetarse los límites establecidos en el mismo artículo 13.¹⁵

¹⁴ Que a la letra dice: "...Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

¹⁵ En el texto se indica: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2".

Si hacemos referencia al derecho de manifestación pública como parte del derecho de reunión, en el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶ se reconoce que el ejercicio de ese derecho puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, o lo que es lo mismo, a las limitaciones establecidas en la Constitución y leyes nacionales. Aquí, sin embargo, se dice que sólo son admisibles las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud, la moral pública o los derechos o libertades de los demás.

En el ámbito internacional no resulta fácil determinar lo que son las mejores prácticas o el estándar mínimo de protección del derecho humano a la manifestación pública. Sin embargo, conviene indicar algunos aspectos que ya han sido construidos por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, los que desde luego deberán ser tomados en cuenta al momento en que en nuestro país se expida una ley que desarrolle este derecho.¹⁷

Un estándar que debe tenerse muy presente consiste en que la regulación del derecho de manifestación pública no debe constituir, por ningún motivo, una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida, como podría suceder al aplicarse el orden público sin mayor análisis o ponderación. Otro estriba en que las limitaciones que se establezcan en ley no deben depender del contenido de lo que se vaya a expresar a través de la manifestación; tales limitaciones deben, más bien, servir a un interés público y dejar otras vías alternativas de comunicación.

En cuanto a las regulaciones administrativas que se efectúen al derecho de manifestación pública, resalta la consideración según la cual una notificación previa de la realización de la manifestación pública no transgrede los derechos en cuestión, sobre todo bajo la consideración de que, como bien lo indica la Corte Constitucional colombiana, el aviso previo tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes para facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades comunitarias.¹⁸ Lo que no es aceptable

¹⁶ Que a la letra dice: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

¹⁷ Los siguientes estándares fueron elaborados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su *Informe Anual 2005*, al que ya nos referimos.

¹⁸ Consúltese Corte Constitucional de Colombia, T-456-92, sentencia del 14 de julio de 1992.

es que el aviso o notificación se convierta en un permiso, pues el ejercicio del derecho de manifestación pública no puede quedar sujeto a una decisión discrecional de una autoridad. En todo caso, el aviso puede llegar a la negativa de una manifestación sólo cuando en realidad no se puedan evitar amenazas serias e inminentes, que pongan en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos.

Por lo que hace a las limitaciones judiciales, no debe considerarse que la penalización de las manifestaciones en las vías públicas constituyen *per se* una violación a los derechos de libertad de expresión y de reunión, además, también debe analizarse si la imposición de una sanción penal es el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión a través del derecho de reunión.

En último lugar, en lo que corresponde a las fuerzas públicas, el despliegue policiaco no debe desincentivar el derecho de manifestación pública, sino más bien resguardarlo, razón por la cual la disolución de una manifestación sólo es admisible como deber de protección de las personas. Es importante que los manifestantes ejerzan su derecho sin tener miedo de sufrir violencia física por parte de sus opositores.

Éstas son algunas de las mejores prácticas que a nivel interamericano han quedado de manifiesto en la protección de los derechos humanos, en particular de los derechos de libertad de expresión y de reunión concretados en las manifestaciones públicas.

III. INTENTOS DE REGULACIÓN

Las manifestaciones públicas no han sido objeto de una regulación especial. Sin embargo, eso no quiere decir que adolezcan de una regulación. En nuestro sistema jurídico la encontramos dispersa en varios ordenamientos a los que nos vamos a referir, en el entendido de que después de exponerlos haremos referencia a las iniciativas que están presentadas en diversos órganos legislativos, al menos de las que tenemos conocimiento.

1. *Regulación dispersa*

Ni duda cabe que es muy intensa la frecuencia de las manifestaciones públicas en el Distrito Federal, lo que no cohonesta con la existencia de una regulación dispersa, y mucho menos al advertir que se trata únicamente de dos ordenamientos legales. Por un lado, la Ley del Transporte y Vialidad del

Distrito Federal y, por otro, la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, lo que quiere decir que las manifestaciones públicas han sido vistas como un problema de vialidad y como una cuestión de cultura cívica, que lo son, pero hace falta dimensionarlas como un derecho humano para fortalecer su realización, respetando, por supuesto, los derechos del resto de las personas.

En el primero de estos ordenamientos, la noción que se maneja de manifestaciones públicas resulta ser poco conceptual y muy ejemplificativa, ya que en ella se indica que son manifestaciones públicas los desfiles, caravanas, peregrinaciones o cualquier otro tipo de concentración humana de carácter político, religioso, deportivo, recreativo o social, que se efectúen en la ciudad (artículo 106).

En este ordenamiento legal se establece el requisito de un aviso con 48 horas de anticipación al acto que se va a realizar, con base en el cual la Secretaría de Seguridad Pública brindará las facilidades necesarias y garantizará la seguridad de los manifestantes, evitando el bloqueo en vías primarias de circulación continua (artículo 108). Con base en este aviso, las autoridades informarán a la población, a través de los medios de comunicación masiva, sobre el desarrollo de manifestaciones, actos o circunstancias que alteren la vialidad, proponiendo alternativas para el tránsito de las personas o vehículos (artículo 97).

En lo que corresponde a la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, en su artículo 25, fracción II, se establece como infracción contra la seguridad ciudadana el hecho de impedir o estorbar de cualquier forma el uso de la vía pública, la libertad de tránsito o de acción de las personas, lo que podría suceder con las manifestaciones públicas. Sin embargo, se establece como excepción a la aplicación de la infracción la existencia de un permiso o una causa justificada para ello.

El contenido de las excepciones no parece del todo correcto, pues con independencia de cuestionar en este momento el requerimiento de un permiso, su existencia en ningún momento autorizaría que se impidiera o estorbara el uso de la vía pública o la libertad de tránsito o de las personas, no en términos que fueran contradictorios al orden o seguridad pública. Si acaso, con el permiso habría un impedimento o estorbo que fuera proporcional al correcto ejercicio de una manifestación pública.

En cuanto a la causa justificada, el mismo precepto nos aclara que ello sería así siempre que la obstrucción a la vía pública, la libertad de tránsito o la acción de las personas fuera inevitable y necesaria, y no constituyera en sí misma un fin sino un medio razonable de manifestación de las ideas, de asociación o de reunión pacífica. Lo anterior significa que el hecho de obstruir una vía pública por días, y no como consecuencia del paso tempo-

ral de la manifestación pública por las calles, está sancionado por la Ley de Cultura Cívica.

Como puede advertirse, la regulación dispersa que encontramos sobre la manifestación pública sólo aborda aspectos muy específicos y no hace de la manifestación pública un derecho humano.

Llama la atención que los excesos en que pueden incurrir las manifestaciones públicas no han sido vistos como un ilícito que amerite sanción penal. En nuestro país no se ha optado por la criminalización de la protesta social, ya que en los delitos en materia de vías de comunicación no se introduce un tipo que tuviera que ver con las manifestaciones públicas, ni en el Código Penal para el Distrito Federal ni en el Código Penal Federal. En lo particular, consideramos que no es un camino en el que debemos incurrir, sobre todo que actualmente en materia de derechos humanos no todos los actos ilícitos merecen una sanción penal, sino que hay algunos, como el que nos ocupa, que con una infracción puede enmendarse el actuar incorrecto, siempre que no se llegue a la violencia.¹⁹

2. *Intentos de regulación especial*

En el Distrito Federal no ha habido cambios trascendentales en la regulación de las manifestaciones públicas. La normativa legal se ha quedado en una cuestión dispersa. No obstante ello, a últimas fechas, y quizá como respuesta al incremento notable de protestas sociales en el último año, se han presentado tres iniciativas promovidas por diputados y grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional; una ante la Cámara de Diputados, otra ante la Cámara de Senadores y una última ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. De igual manera, diputados integrantes de los grupos parlamentarios del PAN, PRI, PVEM y PRD en la Cámara de Senadores presentaron, el 20 de noviembre de 2013, una iniciativa de Ley General de Regulación de Manifestaciones Públicas, impulsada por la senadora Mariana Gómez del Campo.

Como esta última iniciativa parte de un alcance nacional, diferente a lo previsto por las iniciativas del PAN, y tomando en cuenta cuestiones de

¹⁹ Resulta evidenciador el análisis de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien sostiene, desde el punto de vista penal, que existen protestas atípicas en cuanto se mantienen dentro de los cauces institucionales y no es posible su prohibición penal; protestas institucionales típicas, pues si bien exceden los límites no se convierten automáticamente en conductas típicas y, finalmente, la protesta que se manifiesta en conductas típicas, al configurar delitos de daños no insignificantes como lesiones, resistencia a la autoridad y otros más. Véase su artículo “Derecho penal y protesta social”, *Ajuris*, Brasil, núm. 100, diciembre de 2005.

espacio y tiempo de este artículo, a continuación trataremos de reseñar únicamente el contenido de los aspectos que consideramos básicos de las iniciativas del PAN, para tenerlos presentes al momento de entrar a una regulación mayor. Dejamos para mejor ocasión el análisis de la iniciativa de Ley General.²⁰

Las iniciativas del PAN fueron presentadas de manera simultánea en los diferentes órganos legislativos el 3 de octubre de 2013. El diputado Jorge Francisco Sotomayor Chávez, del grupo parlamentario del PAN, la presentó en la Cámara de Diputados. La senadora Gabriela Cuevas Barrón, del grupo parlamentario del PAN, hizo lo propio en la Cámara de Senadores, no obstante hay que indicar que ella ya había presentado anteriormente otra iniciativa respecto del mismo tema, cuando era diputada federal y presidió la Comisión del Distrito Federal. Por último, el diputado Federico Döring, del grupo parlamentario del PAN, presentó una iniciativa en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Las tres iniciativas son similares y toman como punto de partida la presentada por la entonces diputada federal Gabriela Cuevas Barrón, en su momento presidenta de la Comisión del Distrito Federal. Como dos de las tres iniciativas mantienen un contenido similar (la de la Cámara de Diputados y la de la Cámara de Senadores), analizaremos la presentada por el diputado Sotomayor Chávez, en el entendido de que esta iniciativa fue la que mayormente avanzó, logrando la aprobación de la Cámara de Diputados pero ahí se quedó, por tanto, lo que se exponga respecto de ella es aplicable a la otra iniciativa de la Cámara de Senadores, aun cuando trataremos de indicar algunos aspectos en los que la iniciativa presentada en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) toma distancia.

En la iniciativa de la Cámara de Diputados se parte de una noción conceptual de manifestación pública, refiriendo que se trata de la concurrencia concertada y transitoria de personas en espacios públicos con alguna finalidad lícita que puede perturbar el tránsito en las vialidades, la paz y tranquilidad de la población de la ciudad, dando, además, algunos ejemplos (artículo 2o., fracción V). La iniciativa de la ALDF, en cambio, parte de la noción de manifestación como la expresión libre de ideas o demandas en el espacio público o la vialidad por un grupo de personas, y propone la noción de “marcha” en lugar de la de “manifestación pública”, indicando que se trata de cualquier desplazamiento organizado de un conjunto de individuos

²⁰ Queremos aclarar que no pretendemos realizar un análisis pormenorizado del contenido de las iniciativas de ley, sino sólo destacar los aspectos generales que consideramos de especial relevancia para el tema. En posterior ocasión realizaremos el estudio detallado de estas iniciativas.

por la vialidad hacia un lugar determinado (artículo 5o., fracciones XIV y XV). No obstante, en el resto del cuerpo de esta iniciativa se utiliza la expresión manifestación pública.

En la parte medular de la regulación del derecho, el contenido de la iniciativa en la Cámara de Diputados se pronuncia por señalar las conductas que no deben realizar los manifestantes. Así, expresamente se indica la prohibición de proferir insultos o amenazas, emplear violencia en contra de las personas y sus bienes, intimidar u obligar a la autoridad a resolver algún asunto en el sentido que deseen, así como bloquear las vías primarias en el Distrito Federal (artículo 5o.). Como sanción a estas conductas se prevé la disolución de la manifestación, sobre lo cual queremos llamar la atención.

Ya habíamos indicado que un estándar mínimo en el caso de la disolución de una manifestación pasa necesariamente por imponerla cuando en realidad se busque proteger a las personas, lo que constituye uno de los supuestos previstos en este artículo de la iniciativa, pero no en los restantes.²¹ Por tal motivo, la disolución de la manifestación parece ser una sanción a la que se llega fácilmente, lo que rompe con el estándar mínimo indicado.

Otra prohibición impuesta a los manifestantes consiste en la realización de toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (artículo 6o.).

Una parte más de elementos esenciales en esta iniciativa estriba en la previsión del aviso que por escrito debe dirigirse a la autoridad 72 horas antes de la realización de la manifestación. En dicho aviso deberán indicarse los siguientes elementos: lugar de la manifestación, puntos de concentración y recorrido cuando se prevea la circulación por alguna vialidad; el día y hora; el objeto de la reunión; el número aproximado de participantes; las medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten a la autoridad, y las demandas sociales o de carácter político que motivan la realización de la manifestación pública (artículo 8o.).

De estos elementos dos son los que pudieran preocupar: el objeto de la reunión y las demandas sociales o de carácter político que motivan la manifestación pública, sobre todo porque ya señalamos que una mejor práctica en el ejercicio de este derecho estriba en que las limitaciones que pudieran

²¹ Se observa con mayor claridad esta situación en el artículo 16 de la iniciativa, donde se establecen otros supuestos de disolución de las manifestaciones, como en el caso de portar armas, comportamientos violentos que perturben el orden público, pongan en riesgo la integridad física de las personas o causen perjuicios materiales a terceros.

aplicársele no deben depender del contenido de lo que se expresará, por tanto, exigir como contenido del aviso la indicación del objeto de la reunión y de las demandas sociales o políticas que motiven la manifestación pública puede dar lugar a un tratamiento incorrecto de este derecho por parte de las autoridades, llegando incluso a impedirla, siendo que los únicos supuestos previstos para proceder así son los de riesgo de protección civil y contingencia ambiental por alta concentración de contaminantes en la atmósfera (artículo 11). Cabe hacer la aclaración, que en la iniciativa de la ALDF se excluyeron estos dos elementos del aviso y no se prevé la negativa de realización de la marcha o manifestación pública (artículo 32).

Una consecuencia de cumplir con el aviso es que la autoridad queda comprometida a brindar las facilidades necesarias para la realización de la manifestación pública, y dentro de las 24 horas siguientes a su recepción emitirá las razones por las cuales no podrá celebrarse la manifestación o las modificaciones a las que queda sujeta. Debe recordarse que un estándar mínimo de protección de este derecho indica que su regulación no puede constituir por sí misma una base para su prohibición.

Se indica, también, que las manifestaciones públicas sólo podrán tener lugar entre las 11:00 y las 18:00 horas (artículo 9o.). En la iniciativa de la ALDF se pone como horario de las 10:00 hasta las 18:00 horas, y de las 21:00 horas a las 06:00 horas del día siguiente (artículo 28).

Llama la atención que en esta iniciativa se introduce un capítulo relacionado con los derechos y obligaciones de los manifestantes y de los terceros, en donde más bien se establecen obligaciones, como las de no obstruir más de la mitad de los carriles de las vialidades o la prohibición de manifestaciones en vialidades de un solo carril (artículo 19), o bien que los terceros eviten alterar el carácter pacífico de las manifestaciones a través de provocaciones (artículo 22). Este capítulo está ampliamente detallado en la iniciativa de la ALDF (artículos 6o. y 7o.), iniciativa que se centra en buena parte en detallar las facultades de las autoridades del Distrito Federal involucradas en las manifestaciones públicas (artículos 18 a 25).

Estos son algunos aspectos esenciales de las iniciativas, en las cuales existen algunas preocupaciones en relación con los estándares mínimos de protección del derecho de manifestación pública.

IV. CONCLUSIÓN

Como hemos procurado exponer, somos de la opinión de que podemos hablar de un derecho de manifestación pública con base en los derechos de

libertad de expresión y de reunión, sin que sea obstáculo para ello que no esté expresamente reconocido en el texto constitucional ni en los textos de los tratados internacionales.

Este derecho constituye una importante expresión de nuestra vida cotidiana en sociedad. Sin su reconocimiento y ejercicio muchas necesidades sociales no hubieran podido lograrse. La existencia de manifestaciones públicas, entonces, ha implicado un avance en los derechos humanos.

El ejercicio de este derecho, sin embargo, ha dado lugar a múltiples discusiones, ya sea por el exceso en su realización o bien porque entra en conflicto con otros derechos humanos, e inclusive con cuestiones de seguridad pública. Por tal motivo, no es descabellado sostener que debe existir una regulación especial en la que se indiquen los parámetros en los que deben realizarse las marchas. No con la intención de prohibirlas, pues ello sería una regresión, sino con la intención de facilitar su correcto ejercicio y, al mismo tiempo, proteger los derechos de terceros.

Debe reconocerse que el derecho de manifestación pública está limitado tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales ratificados por México, y es que no puede ser de otra manera, pues no se trata de un derecho absoluto. Es un derecho humano que debe tener límites para poder ejercerlo y para que las personas no se vean afectadas por otras que ejercen su derecho a manifestarse. En muchas ocasiones esta situación pasa desapercibida o se quiere olvidar.

Hasta ahora ha habido diversos intentos por regular el derecho de manifestación pública, intentos que no han mayormente prosperado en su trámite legislativo. La última andanada de iniciativas fue presentada a finales de 2013 por diversos legisladores del PAN. El contenido de estas iniciativas constituye un esfuerzo y referencia que debe ser tomado en cuenta a la hora en que surja la voluntad política por entrar a regular el derecho de manifestación pública.

EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN Y EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

Arturo Luis COSSÍO ZAZUETA*

En honor al doctor Jorge Witker Velásquez

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Auto de formal prisión.* III. *Auto de vinculación a proceso.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el procedimiento penal mexicano ha habido un cambio radical en relación con la regulación constitucional que establece el marco procesal penal. Dicha modificación del esquema procesal aconteció con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante decreto publicado el 18 de junio de 2008.

Con dicha reforma se establece que el procedimiento penal será acusatorio y oral. Por las características establecidas en la ley fundamental se dice que el modelo es acusatorio adversarial.

Uno de los cambios es motivo de análisis en este trabajo y es el relacionado con el auto de plazo constitucional, pasando del de formal prisión y del de sujeción a proceso al de vinculación a proceso. Hay quienes opinan que es un simple cambio de denominación. En estas líneas se justificará la idea contraria, pues se trata de un cambio de gran importancia para el sistema de justicia penal y no de simple denominación.

Se analizará la importancia que tiene el auto de formal prisión para el sistema penal mixto y la del de vinculación a proceso en el acusatorio, los requisitos para su emisión, así como las consecuencias principales de cada uno de ellos.

* Profesor de carrera en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Es pertinente aclarar que se hará el análisis tomando en cuenta el auto de formal prisión y no el de sujeción a proceso por lo que hace al auto de plazo constitucional propio del sistema acusatorio. Ello para evitar una extensión mayor del trabajo, pues los requisitos y algunas de las consecuencias son iguales. Se reconoce, por supuesto, que la principal diferencia entre formal prisión y sujeción a proceso es que en éste no se justifica la prisión preventiva.

II. AUTO DE FORMAL PRISIÓN

En el sistema penal mixto, es decir, el anterior a la reforma publicada el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), se estructuraba el procedimiento penal de la siguiente forma:

- 1) Una etapa de investigación, a cargo del Ministerio Público, con el auxilio de la policía y de los servicios periciales. Esta etapa, administrativa, con una finalidad de preparación de la acción penal (que bien puede decirse también funciona para la preparación del no ejercicio de la acción penal).

Es una etapa en la que se habla de la preparación de la acción penal porque el Ministerio Público, como titular de la pretensión punitiva estatal, se allega de los elementos para proceder ante un juez a pedir el procesamiento y, en su caso, la imposición de las penas correspondientes.

- 2) La preinstrucción, en la que se prepara el proceso. Ya ante la autoridad judicial se realizan los trámites tendentes al desahogo de la declaración preparatoria y al desahogo de pruebas, en su caso, para dejar en aptitud al juez para que dicte auto de procesamiento (formal prisión o sujeción a proceso) o de no procesamiento (libertad por falta de elementos para procesar, o bien la no sujeción a proceso).
- 3) Instrucción. Es una etapa eminentemente probatoria (ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de pruebas), tendente a la acreditación plena de la verdad histórica de los hechos señalados en el auto de procesamiento.
- 4) Juicio (primera instancia en términos del Código Federal de Procedimientos Penales). En esta etapa las partes formulan sus conclusiones, con lo que definen sus pretensiones y el juez resuelve el asunto en primera instancia.

- 5) Apelación (segunda instancia), que es una etapa de impugnación en la que se revisa si en el procedimiento y al dictar el fallo se aplicó correctamente la ley y si se respetaron los principios relativos a la valoración de la prueba.

En términos de lo dispuesto por el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales, el proceso penal federal se integra por las etapas de preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia.

Habiendo descrito a grandes rasgos la estructura del procedimiento penal mixto, de corte acusatorio, que prevalece en el sistema mexicano hasta junio de 2008, corresponde analizar la importancia del auto de formal prisión dentro del proceso.

Considerando que la averiguación previa es una etapa de investigación administrativa en la que el Ministerio Público prepara el ejercicio de la acción penal en forma unilateral, pues actúa como autoridad administrativa guiando un procedimiento que no tiene forma de juicio, es evidente que la consignación que hace ante los tribunales debe ser revisada para ver si reúne los méritos necesarios para iniciar el proceso penal. Es evidente que la autoridad judicial, que a partir de la consignación toma el papel de autoridad en el procedimiento, brinda más confianza al justiciable en torno a la imparcialidad, pues el Ministerio Público se torna en parte acusadora. Por ello, es frecuente que esta autoridad deje de actuar en la averiguación previa de forma imparcial para ir sesgando la investigación, pensando en lo que requerirá para la acusación más adelante.

Así, el juez debe analizar en la preinstrucción si el Ministerio Público acreditó los elementos base de la acción penal (cuerpo del delito y probable responsabilidad). En caso de que los considere demostrados el juez dictará auto de procesamiento (formal prisión o sujeción a proceso, reiterando que en el presente trabajo se analiza específicamente el primero).

Con el auto de formal prisión se define la situación jurídica del inculgado para tenerlo ya como procesado, con una serie de consecuencias y problemáticas que se analizarán posteriormente. Además, esta resolución justifica la medida cautelar de la prisión preventiva, por lo que constituye un acto de molestia muy grave contra la persona a la que se le dicta. Posee también un efecto que tiene que ver con la congruencia que debe existir entre consignación, auto de procesamiento, acusación y sentencia, pues se fija la *litis* al señalarse los hechos materia del proceso.

Los puntos mencionados serán comentados más adelante, pero se hace referencia para resaltar la importancia del auto de formal prisión en el proceso penal.

1. *Requisitos*

El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto previo a la reforma de 2008) dispone:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

En términos de lo dispuesto por el párrafo transcrito, el auto de formal prisión debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe dictarse a más tardar a las 72 horas (144 si se pide y acuerda favorablemente la petición de ampliación del plazo) a partir de la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.
- b) Aunque no lo establece expresamente el dispositivo constitucional en comento, debe haberse realizado la diligencia de declaración preparatoria, prevista en el artículo 20, apartado A, fracción III, del texto constitucional¹ (previo a la reforma de 2008).
- c) Deben expresarse el delito que se imputa al procesado, así como las circunstancias de su ejecución.
- d) Debe tratarse de delitos sancionados con pena privativa de la libertad (sólo prisión o conjuntamente con otra).
- e) Deben estar acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del procesado.

Por lo que hace al requisito de ser dictado en la temporalidad establecida, es evidente que la finalidad de la misma es evitar que se tenga arbitrariamente detenida a una persona mientras se define si se le sujeta a un

¹ “Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

...

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria...”.

proceso o no. Si bien es cierto que se autoriza a que se pueda molestar a la persona en cuanto a su libertad, no es menos cierto que por la gravedad de la afectación al gobernado, debe ser una restricción a su libertad durante el tiempo estrictamente indispensable para que el juzgador determine si ha lugar a seguirle proceso.

El señalar el delito que se imputa al gobernado y las circunstancias de ejecución tiene como finalidad que haya certeza respecto a los hechos y la forma, lugar y tiempo en que se desarrollaron, para permitir una real posibilidad de defensa respecto a su existencia o características.

La diligencia de declaración preparatoria es fundamental para el proceso penal, pues es la actuación de la autoridad en que se informa al sujeto sobre la imputación, sobre la persona que la realiza y sus derechos (esto conforme a lo dispuesto por la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución federal,² antes de la reforma de junio de 2008). Además, en la segunda parte de la diligencia se permite al entonces indiciado que conteste el cargo, si así lo desea, en lo que es propiamente su declaración preparatoria.

Con la declaración preparatoria se busca que el juez escuche lo que el inculcado tiene que decir respecto a la consignación que hizo el Ministerio Público, y de esa forma estar en aptitud de resolver si dicta el auto de procesamiento o no.

En lo tocante al fondo del asunto, el requisito consiste en tener por acreditados los elementos base de la acción penal, que son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Con estos elementos se justifica la procedencia del proceso al haber un hecho de relevancia penal y un posible autor o partícipe.

Como se tratará más adelante, éste es uno de los aspectos más importantes que fueron modificados con la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia y seguridad, ya que se establecen nuevos elementos para poder acudir ante un juez para solicitar una orden de aprehensión o para decretar la vinculación a proceso (artículos 16 y 19, respectivamente). No

² “Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

...

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...”.

sólo se modifica la base para realizar lo anterior, sino que también hay un cambio en el estándar probatorio.

Al hablar de cuerpo del delito y de probable responsabilidad estábamos ante una exigencia de demostración de tales elementos, por lo que la averiguación previa se concibe con una gran carga probatoria que, desde el inicio del procedimiento, marca casi en definitiva la forma en que se resolverá el caso.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en lo que nos ocupa, dispone:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad...

Decía que la demostración de los elementos necesarios para justificar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado prácticamente marca la forma en que se resolverá el procedimiento, toda vez que, conforme a los requisitos mencionados, se integra por los elementos objetivos³ y los normativos⁴ si la descripción típica los requiere. Haciendo una interpretación sistemática con el artículo 134 del mismo ordenamiento podemos incluir dentro de los puntos a demostrar a los elementos subjetivos específicos, si el tipo los describe, aclarando que éstos se tienen que expresar, sin necesidad de acreditarlos plenamente, por lo que la exigencia probatoria es distinta respecto de los elementos objetivos y normativos.

Lo anterior porque el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone, en lo conducente:

Artículo 134. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en

³ Son los elementos del tipo que se pueden constatar por los sentidos.

⁴ Para constatar los elementos normativos no basta con la percepción mediante los sentidos, pues hace falta alguna valoración cultural o jurídica.

los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea...

La probable responsabilidad, como indica el Código de Procedimientos mencionado, se tendrá por demostrada cuando se deduzca la participación del sujeto en el evento, la realización dolosa o culposa del mismo, además de que se constate la no existencia de causas de licitud o de inculpabilidad.

Analizando lo anterior podemos afirmar que para la demostración del cuerpo del delito prácticamente hay que acreditar la tipicidad del evento, con lo que la mayor parte de la carga de la prueba para el órgano de acusación (Ministerio Público) la tiene que cumplir desde la averiguación, dejando una tarea mínima para el proceso, pues los demás elementos para lograr la convicción del delito prácticamente se acreditan en forma negativa (si no están excluidos se tienen por probados).

En lo que toca a la probable responsabilidad, el estándar probatorio ya era meramente indiciario, por lo que se habla de deducir la existencia de la participación o del dolo o la culpa y de la acreditación hasta ese momento, en forma negativa, de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Se han descrito los requisitos para el dictado del auto de formal prisión, de los que se desprende que para poder dictarlo tiene que estar demostrada la causa probable pero con un alto estándar probatorio, lo que afecta seriamente la posibilidad de defensa del procesado, ya que se enfrenta a un cúmulo probatorio importante desahogado en su ausencia o sin su intervención durante la averiguación previa.

2. *Consecuencias principales*

A partir del dictado del auto de formal prisión inicia formalmente el proceso, quedando fijada la *litis* por lo que hace a los hechos, mismos que no podrán ser modificados posteriormente, aun cuando se llegare a la reclusión del delito en conclusiones.

Al respecto, el artículo 19 constitucional, en el texto previo a la reforma, dispone en lo relativo a este punto:

Artículo 19... Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que

se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente...

La etapa procesal que comienza tras el dictado del auto de formal prisión es la instrucción, por lo que es lógico que, abriéndose el proceso a prueba respecto a los hechos señalados en la resolución en comento, no se permita su modificación.

Se ordena la identificación administrativa del procesado, lo que permite tener en forma clara y precisa la información correspondiente a cada procesado, así como su fotografía y huellas dactilares a efecto de evitar confusiones por homonimias.

Se solicita un informe de ingresos a prisión del procesado y que se le practiquen estudios de personalidad. Se entiende que se busque saber si el procesado es primodelincuente o si tiene condenas previas. Los estudios de personalidad han sido muy criticados porque en múltiples ocasiones no se practican con seriedad, además de que el juez les otorga demasiada fuerza al resolver sobre la individualización de la pena.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos todavía prevé que con el dictado del auto de formal prisión por delito doloso se suspenden los derechos políticos del ciudadano.⁵ Esto se considera cambiará pronto, pero por el momento, al ser derecho positivo vigente, debe aplicarse.

Finalmente, el auto de formal prisión justifica la prisión preventiva, que en términos de lo dispuesto por el primer párrafo, procede únicamente para delitos con pena privativa de la libertad, pero es importante que quede dicho que es para todos los delitos con dicha sanción, independientemente de si son de los que permiten gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución.

III. AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

El procedimiento penal se modificó en cuanto a su regulación constitucional para incorporarse a nuestro sistema un procedimiento acusatorio y oral, y al que se le califica como adversarial. Dicho procedimiento tiene un diseño que ayuda a resolver fallas en el del anterior (mixto de corte acusatorio).

⁵ “Artículo 138. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

...

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión...”.

En el sistema acusatorio adversarial se inicia con una investigación administrativa, a la que se ha llamado como investigación no formalizada. Durante esta etapa la policía, bajo la conducción del Ministerio Público y con el apoyo de peritos, procede a recabar datos de prueba para buscar acudir ante el juez a formular la imputación.

Dependiendo de si hay persona detenida o no, se requerirá de una audiencia de control de detención o del libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia. Una vez que se formule la imputación y se tramiten las diligencias ordenadas dentro del plazo de 72 horas (o 144 en caso de ampliación) a que se refiere el artículo 19 de la Constitución (ahora ya nos referimos al texto reformado en 2008) el juez debe dictar auto de vinculación a proceso o resolución por la que no se acuerde favorablemente la solicitud del Ministerio Público. Es muy importante aclarar que la vinculación a proceso no inicia propiamente el proceso, a pesar de su nombre, pues da lugar a una segunda etapa de la investigación, ésta ya formalizada. Más importante es aclarar que la vinculación a proceso no determina la prisión preventiva, pues esta medida cautelar, en caso de proceder, debe imponerse en otra resolución.

A partir de la vinculación a proceso el Ministerio Público debe terminar la investigación dentro del plazo que le haya sido concedido por el juez para tal efecto.

Si al concluir la investigación el Ministerio Público decide acusar da inicio a la etapa intermedia, en la que se resolverá lo relativo a pruebas (ofrecimiento, admisión, exclusión —en caso de ilicitud de la misma o de haberse desahogado en forma anticipada sin haber justificación para ello—), además de que se pueden todavía lograr salidas alternas al juicio. Con el auto de apertura del juicio oral termina la etapa intermedia y el siguiente paso es el juicio oral, que necesariamente debe tramitarse y resolver ante un juez o tribunal que no haya intervenido antes en ese procedimiento.

En la audiencia del juicio se formulan alegatos de apertura, se procede al desahogo de pruebas y a los alegatos de clausura. Al finalizar se debe pronunciar el sentido del fallo para posteriormente realizar nueva audiencia para lo relativo a la individualización de la pena.

Es oportuno señalar que lo anterior se observa de la forma en que se ha reglamentado el procedimiento tanto en la Constitución como en algunos códigos de procedimientos de entidades que implementaron (total o parcialmente) el sistema acusatorio.

Estando en trámite una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tendente a dotar al Congreso de la Unión de facul-

tades para legislar en forma exclusiva en materia de procedimientos penales, en adelante haremos referencia a algunas disposiciones del Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República Mexicana (en adelante PCPPRM) que supuestamente se enviará al Legislativo federal en caso de aprobarse la reforma mencionada. Para el caso de que no se logre la modificación constitucional, los aspectos previstos en el proyecto mencionado no difieren en lo fundamental de los códigos de las entidades federativas que ya contemplan el sistema acusatorio.

Así como el auto de formal prisión era muy importante en el procedimiento mixto, en el acusatorio la tiene el de vinculación a proceso. Ello porque sujeta al imputado a la investigación formalizada, toda vez que, a partir de la resolución que se analiza, el Ministerio Público tiene un plazo para llevar a cabo y concluir la investigación para que defina si acusará o no.

1. *Requisitos*

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece requisitos de forma y de fondo para dictar el auto de vinculación a proceso. Los primeros son:

- a) Debe dictarse a más tardar a las 72 horas (144 si se pide y acuerda favorablemente la petición de ampliación del plazo) a partir de la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.
- b) Deben expresarse el delito que se imputa al inculpado, así como las circunstancias de su ejecución.

Los requisitos de fondo son la existencia de datos que establezcan que se ha realizado una conducta que la ley señala como delito y que una persona pudo haberla cometido o participado en su comisión.

Lo anterior tomando en cuenta que la Constitución federal, en el artículo 19, párrafo 1, del texto reformado dispone:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Es evidente que el cambio más importante es el que se observa en el requisito de fondo (pasando de la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad a que haya datos que establezcan la existencia del hecho que la ley prevé como delito y de que una persona lo cometió o participó en la comisión).

Hay otro aspecto importante y que debe señalarse en forma crítica. Es desafortunada la redacción de primer párrafo del artículo 19, pues parece que el auto de vinculación justifica la detención ante autoridad judicial (estableciendo la prisión preventiva). Eso es incorrecto, pues la resolución que lo hace es la que decreta la prisión preventiva en términos de los párrafos segundo y cuarto del mismo precepto, que a la letra dicen:

Artículo 19...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

...

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decrete la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad...

Así, es evidente que de ser necesaria la imposición de la prisión preventiva o, en su caso, si procede de oficio, debe ser decretada en resolución distinta a la vinculación a proceso.

Volviendo al cambio de estándar probatorio y los elementos base de la acción, reiteramos que se abandona la necesidad de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y se requiere de justificar la existencia

de datos de prueba relacionados con la existencia del hecho y su posible autor.

El PCPPRM, en relación con lo anterior, dispone en la exposición de motivos:

Hecho que la ley señala como delito

La reforma constitucional permite que sea a través del código adjetivo como se defina al hecho delictivo, el cual implica la existencia de elementos objetivos o externos, así como los normativos y subjetivos, que requiera la descripción típica en particular, considerándose existente ese hecho cuando existan datos de prueba que así lo establezcan.

...

En ese sentido, se advierte que el Constituyente varió en cuanto al estándar probatorio, requiriendo solamente datos de prueba, para determinar la existencia del hecho delictivo o el grado de intervención del activo en el mismo, sin embargo, quiso conservar los supuestos relativos a los elementos integrantes de la descripción típica, a efecto de evitar vulneración a las garantías de los gobernados, de manera que aquellos datos probatorios deberán ser suficientes para establecer la existencia de los elementos objetivos o externos, así como los normativos y subjetivos, según lo requiera la descripción típica.

Se entiende por elementos objetivos la descripción que el legislador hace de los aspectos materiales de la conducta, que son aquellos que se pueden apreciar a través de los sentidos, y de igual forma, los elementos normativos se consideran aquellos conceptos que requieren de una valoración cultural o legal para ser comprendidos, y por último, los aspectos subjetivos, comprenden el dolo o la culpa, así como los ánimos, propósitos o finalidades del imputado al momento de desplegar su conducta. Tanto los elementos normativos como los subjetivos sólo se requiere establecerlos cuando la ley penal lo exige.

Ya en el cuerpo del proyecto, el PCPPRM dispone:

Artículo 426. Requisitos para vincular a proceso al imputado

El juez decretará la vinculación a proceso del imputado siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se haya formulado la imputación e informado de sus derechos;
- II. Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Para los efectos de determinar la existencia del hecho que la ley señale como delito, se estará a lo previsto en el artículo 231 de este Código, y
- III. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, pero el juez podrá no admitir alguno de ellos u otorgarles libremente una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público, misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.

El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Artículo 427. Del auto de vinculación a proceso

La vinculación a proceso se decretará por auto debidamente fundamentado y motivado, en el cual se exprese:

I. Los datos personales del imputado;

II. Los datos que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señale como delito que se le imputa, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, en los términos del artículo 426 de este Código;

III. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y

IV. El plazo de la investigación complementaria.

Concretamente, en relación con la idea del “dato de prueba”, el PCP-PRM señala, en la exposición de motivos:

...el concepto “dato de prueba”, por ejemplo, está referido al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, pero que se advierte idóneo, pertinente y suficiente para establecer, con base en él y de acuerdo con las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Los datos de prueba solamente serán considerados para establecer la existencia o no del hecho delictivo y la probabilidad de su comisión o participación por el imputado, para resolver el conflicto penal por alguna de las formas de terminación anticipada del proceso previsto en el Código o cuando deba resolverse cualquier cuestión distinta a la sentencia definitiva en juicio oral. De igual forma se prevé la utilización de datos de prueba para medidas cautelares, formas de terminación anticipada, como el proceso abreviado y el simplificado, así como todas aquellas que implican audiencias preliminares. También se determina que los datos de prueba deberán ser reproducidos por medios lícitos. Es decir, los datos de prueba, en estas etapas aún no adquieren la calidad de pruebas, la cual sólo sucederá hasta su desahogo en la audiencia de juicio...

Es decir, el dato de prueba se debe entender relacionado con “determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, pero que se advierte idóneo, pertinente y suficiente para establecer, con base en él y de acuerdo con las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”.

Así, no se desahogan los medios de prueba sino hasta el juicio oral, y antes y para resoluciones diversas a la sentencia del juicio se trabaja con datos de prueba.

Es evidente que es muy diferente el estándar probatorio anterior respecto al establecido por la reforma de junio de 2008.

Respecto de los requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso, y corroborando lo aquí señalado, tribunales federales han establecido:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO QUE DEBE CONTENER DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL).

En términos de los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el auto de vinculación a proceso debe contener los siguientes elementos de forma: primero, que se haya formulado imputación, según el caso, esto es, que exista el comunicado del Ministerio Público en presencia del juez, en el sentido de que desarrolla una investigación en contra del imputado respecto de uno o más hechos determinados, en un plazo que no exceda de ocho días, cuando obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito; exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial; segundo, que el imputado haya rendido su declaración preparatoria o manifestado su deseo de no declarar, en el entendido de que, en la audiencia correspondiente, después de haber verificado el juez que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del proceso penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, deberá ofrecerse la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente el delito que se le imputare, la fecha, el lugar y el modo de su comisión, el grado de intervención que se atribuye al imputado, así como el nombre de su acusador; tercero, únicamente podrá dictarse por hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el juez puede otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público y, cuarto, que se establezca el lugar, el tiempo y la circunstancia de ejecución de tales hechos. Elementos de fondo: que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público en la audiencia correspondiente, se adviertan datos

que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y no se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación, es decir, que no existan elementos objetivos perceptibles y verificables, dentro de la carpeta de investigación, que demuestren alguno de esos extremos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 22/2010. 16 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 110/2010. 2 de julio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 147/2010. 19 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 267/2010. 13 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 316/2011. 26 de enero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Martínez Calderón. Secretario: Jorge Luis Olivares López.⁶

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INCULPADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).

De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el dieciocho de junio de dos mil ocho, se advierte que el Constituyente, en el dictado del auto de vinculación a proceso, no exige la comprobación del cuerpo del delito ni la justificación de la probable responsabilidad, pues indica que debe justificarse, únicamente la existencia de “un hecho que la ley señale como delito” y la “probabilidad en la comisión o participación del activo”, esto es, la probabilidad del hecho, no la probable responsabilidad, dado que el proveído de mérito, en realidad, sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio. Consecuentemente, en el tratamiento metódico del llamado auto de vinculación a proceso, con el objeto de verificar si cumple con los

⁶ Registro: 160331, Décima Época, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro V, febrero de 2012, t. 3, tesis: XVII.1o.P.A.J/26 (9a.), p. 1940.

lineamientos de la nueva redacción del referido artículo 19, no es necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal, es decir, el denominado cuerpo del delito, sino que, para no ir más allá de la directriz constitucional, sólo deben atenderse el hecho o los hechos ilícitos y la probabilidad de que el indiciado los cometió o participó en su comisión; para ello, el juez de garantía debe examinar el grado de razonabilidad (teniendo como factor principal, la duda razonable), para concluir si se justifican o no los apuntados extremos, tomando en cuenta como normas rectoras, entre otras, la legalidad (si se citaron hechos que pueden tipificar delitos e información que se puede constituir como datos y no pruebas), la ponderación (en esta etapa, entre la versión de la imputación, la información que la puede confirmar y la de la defensa), la proporcionalidad, lo adecuado y lo necesario (de los datos aportados por ambas partes) para el dictado de dicha vinculación.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 22/2010. 16 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 110/2010. 2 de julio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 147/2010. 19 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 267/2010. 13 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 282/2010. 27 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Juan Fernando Luévano Ovalle.

Nota: Por ejecutoria del 19 de septiembre de 2012, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 176/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva.⁷

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO LA ACREDITACIÓN DEL REQUISITO “HECHO ILÍCITO” DEBE LIMITARSE AL ESTUDIO CONCEPTUAL (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).

⁷ Registro: 160330, Décima Época, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro V, febrero de 2012, t. 3, tesis: XVII.1o.P.A.J/25 (9a.), p. 1942.

Este Tribunal Colegiado, en la jurisprudencia XVII.1o.P.A.J/25 (9a.), publicada en la página 1942, Libro V, Tomo 3, febrero de 2012, Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA)”, estableció que para dictar un auto de vinculación a proceso el juez de garantía no necesita acreditar el cuerpo del delito ni justificar la probable responsabilidad del inculcado, sino únicamente atender al hecho ilícito y a la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Ahora bien, atento al artículo 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, por hecho ilícito no debe entenderse el anticipo de la tipicidad en esta etapa (acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo) con la ya de por sí reducción del estándar probatorio, sino que su actualización debe limitarse al estudio conceptual (acreditar los elementos esenciales y comunes del concepto, desde la lógica formal), esto, a fin de evitar una anticipación a la etapa de juicio sobre el estudio técnico-procesal de los elementos del tipo, no con pruebas, sino con datos; pues en esta fase inicial debe evitarse la formalización de los medios de prueba para no “contaminar” o anticipar juicio sobre el delito y su autor, y el juez de garantía debe, por lo común, resolver sólo con datos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 724/2012. 1o. de febrero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Juan Fernando Luévano Ovalle.

Amparo en revisión 811/2012. 28 de febrero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretaria: Rosalba Salazar Luján.⁸

2. *Consecuencias principales*

Se ha dicho que hay un cambio en requisitos de fondo y forma entre el auto de formal prisión y el auto de sujeción a proceso respecto del de vinculación a proceso. Es claro que no es un simple cambio de nombre.

⁸ Registro: 2003232, Décima Época, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIX, abril de 2013, t. 3, tesis: XVII.1o.P.A.7 P (10a.), p. 2046.

Ya se habló de los requisitos y ahora se hará referencia a los principales efectos.

Hay algunas consecuencias similares entre los que tenía la formal prisión y los que tendrá la vinculación a proceso, entre ellos el que se fije la *litis* (señalándose los hechos delictuosos por los que se deberá seguir el proceso), que se ordene la identificación administrativa y que se pidan informes de ingresos anteriores a prisión.

Hay otros distintos, como el hecho de que, si bien se pasa a otra etapa del procedimiento, no se abre el proceso a prueba todavía, pues, como se dijo, se fija al Ministerio Público el plazo en que debe terminar la investigación y, principalmente, que no impone la medida cautelar de la prisión preventiva.

Respecto a la fijación de la *litis*, el quinto párrafo del artículo 19 constitucional dispone:

Artículo 19...

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente...

Por lo que hace a que no se decide sobre la prisión preventiva en la vinculación a proceso, los párrafos segundo y cuarto, previamente transcritos, establecen que debe ser mediante resolución por separado.⁹

⁹ “Artículo 19... El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

...

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad...”.

Por su parte, el PCPPRM respecto a los efectos del auto de vinculación a proceso, en el artículo 429, dispone:

Artículo 429. Efectos de la vinculación a proceso

La vinculación a proceso producirá los siguientes efectos:

- I. Sujetar al imputado al proceso;
- II. Fijar el plazo para el cierre de la investigación complementaria para formular la acusación, y
- III. Establecer el hecho o los hechos delictivos sobre los cuales se continuará el proceso o para determinar las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento.

Artículo 430. Identificación administrativa

Dictado el auto de vinculación a proceso se identificará al imputado por el sistema adoptado administrativamente, a fin de integrar la información a la base de datos del Sistema Nacional de Seguridad Pública en los términos de la Ley de la materia.

Las constancias de anteriores ingresos a prisión y los documentos o fichas en que conste la identificación de individuos imputados con motivo de cualquier proceso penal, sólo se proporcionarán por la instancia facultada para ello, cuando lo requiera una autoridad competente, fundando y motivando su requerimiento, o cuando se solicite por ser necesarias para ejercer un derecho o cumplir un deber legalmente previstos.

La identificación administrativa y la información sobre los anteriores ingresos a prisión del imputado no prejuzgan su responsabilidad penal en el proceso en trámite.

En todo caso se comunicarán a las unidades administrativas correspondientes las resoluciones que pongan fin al proceso y que hayan causado ejecutoria para que se que (*sic*) hagan las anotaciones respectivas.

Lo relativo a “para determinar las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento” que se incluye en la fracción III del artículo 429 del PCPPRM debe considerarse por si existe alguna situación que produzca el sobreseimiento, pero es importante recordar, por lo que hace a las formas anticipadas de terminación del proceso y la apertura a juicio, que al hablar del sistema acusatorio adversarial se pretende que se esclarezca la verdad, que se proteja al inocente, que el culpable no quede impune y que se repare el daño,¹⁰ y que para ello no se contempla

¹⁰ “Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

que deba llegarse necesariamente al juicio oral, por lo que se buscaría fomentar las salidas alternas al juicio y la terminación anticipada del mismo.¹¹

IV. CONCLUSIONES

Primera. El auto de vinculación a proceso sustituye al de formal prisión en cuanto a fondo, forma y efectos, por lo que no es una simple denominación distinta.

Segunda. El auto de vinculación a proceso ofrece mayores posibilidades de lograr el debido proceso en virtud de que no se desahoga la prueba con anticipación y por tanto no se contamina la misma antes de llegar al juicio.

Tercera. El auto de vinculación a proceso lo dicta un juez de control, que por ningún motivo podrá conocer después del juicio oral, lo que ayuda a evitar prejuzgamiento.

Cuarta. El auto de vinculación a proceso no impone la prisión preventiva, por lo que si es necesaria debe ser establecida en resolución por separado.

V. BIBLIOGRAFÍA

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, McGraw-Hill, 2009.

BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, México, Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2012.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal*, Chile, Librotecnia, 2009, t. I.

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen...”.

¹¹ “Artículo 17...”

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...”.

El artículo 20, en el apartado A, por ejemplo, dispone: “VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculcado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad...”.

COSSÍO ZAZUETA, Arturo Luis, *Manual sobre el proceso penal*, México, Ediciones Jurídicas Alma, 2007.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Proceso penal*, México, Jurídica de las Américas, 2007.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, México, Jurídica de las Américas, 2008, t. I.

ORTEGA RIBERO, Germán, *Diccionario del Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá, Themis, 2010.

VALADEZ DÍAZ, Manuel *et al.*, *Diccionario Práctico del Juicio Oral*, México, Ubi-jus, 2011.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO MEXICANO

Ivonne Nohemí Díaz*

A un ilustre investigador, distinguido docente y maravilloso mentor, nuestro querido doctor Jorge Wilker

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cambio de paradigmas en el sistema jurídico mexicano.* III. *Unificación de la legislación penal y debate sobre el federalismo.* IV. *Facultad del Congreso de la Unión para expedir un código penal único.* V. *Trabajos para una legislación procesal penal única: avances y retrocesos desde el Senado de la República.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional sobre el nuevo sistema de justicia penal, misma que adquirió vigencia al día siguiente. En el párrafo segundo del artículo segundo transitorio se estableció como plazo improrrogable el de ocho años para que la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, expidan y pongan en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean pertinentes a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución. Es así que para el año 2016 en toda la República deberá de estar implementado el nuevo sistema de justicia procesal penal.

Desde el inicio de la implementación de la reforma, para una armonización legislativa —que debe estar completa dentro de poco menos de tres

* Investigadora colaboradora en la Universidad Fluminense de Brasil y asesora jurídica en el Senado de la República.

años—, el tema de un código penal para toda la República ha sido motivo de análisis y debate. En este trabajo de investigación reflexionaremos sobre la viabilidad de una legislación penal única y los avances del Congreso de la Unión sobre la materia. El objetivo es analizar si los trabajos del Poder Legislativo federal representan un avance o retroceso en la implementación de la reforma constitucional de 2008 en su esencia garantista.

II. CAMBIO DE PARADIGMAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Durante la última década han concurrido múltiples factores nacionales e internacionales que han inmerso a nuestro país en una dinámica de cambio y redefinición de paradigmas en el sistema de impartición de justicia. Se trata de una serie de reformas constitucionales de corte garantista y a favor de los derechos humanos que ha permeado en su totalidad a la epistemología y hermenéutica del sistema jurídico nacional.

Como hitos representativos de esta dinámica, encontramos tres reformas constitucionales de gran calado; se trata de la reforma al sistema de justicia penal del 18 de junio de 2008 y las reformas en materia de derechos humanos del 6¹ y 11 de junio de 2011.

1. *Reforma constitucional al sistema de justicia penal*

Como factores que propiciaron la reforma constitucional de 2008, consideramos los siguientes como los más importantes:

- a) Los Estados latinoamericanos, casi en su totalidad, se encontraban en un proceso de cambio en sus sistemas jurídicos. Aquellos con tradición inquisitiva, heredada de España, con influencia del modelo mixto, proveniente de Francia, mostraban un cambio hacia un siste-

¹ A esta reforma constitucional, y parte importante del cambio de paradigmas referido, se suma el proceso de creación de una nueva Ley de Amparo que concluyó el 2 de abril de 2013 con la publicación del decreto que contiene la nueva redacción del texto reglamentario de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de las modificaciones a cinco leyes secundarias, que en conjunto habilitan competencias y posibilitan la aplicación de las nuevas disposiciones. Las leyes secundarias modificadas fueron: a) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; b) Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos; c) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; d) Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y e) Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ma de justicia penal respetuoso del debido proceso y de los derechos humanos.²

- b) Descontento social generalizado, baja efectividad y poca credibilidad en las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia.
- c) Impacto importante de los resultados de la llamada que hiciera la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano.³
- d) Observaciones que México recibió por parte de organizaciones internacionales respecto a la evaluación de la situación de los derechos humanos.⁴

Para el sistema penal, la reforma estableció con rango constitucional los principios de presunción de inocencia,⁵ concentración, continuidad, publicidad, contradicción, oralidad e inmediatez.⁶

Las particularidades de la reforma son:

- No se basa en una doctrina determinada —causalismo, finalismo, funcionalismo— (artículo 16 constitucional).

² Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, CEJA 2008, reimpresso en *Revista de Derecho Procesal Penal*, número extraordinario II: *El Proceso Penal Adversarial*, Buenos Aires, núm. 53, 2009, pp. 4 y ss.

³ *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006. Sobre la crisis del sistema de justicia penal véanse los pronunciamientos de Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, 1999, pp. 27 y ss., 51 y ss., y 138 y ss. Del mismo, “Retos del sistema procesal penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal”, tomado de la conferencia dictada en el foro: “El Futuro del Ministerio Público ante los Retos en la Procuración e Impartición de Justicia y la Seguridad Pública en México”, celebrado en el Auditorio “Franco Sodi” de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, del 10 al 14 de noviembre de 2003, especialmente en sus pp. 26-41.

⁴ Sobresalen las realizadas por el Relator Especial sobre Independencia de Magistrados y Abogados, efectuada del 13 al 23 de mayo de 2001; la del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, llevada a cabo del 27 de octubre al 10 de noviembre de 2002, y el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México.

⁵ Por no ser materia central del presente estudio, omitimos ahondar en el régimen de excepción que se contempló en la misma reforma del 18 de junio de 2008. Para conocer nuestra postura sobre el tema se recomienda consultar trabajos de la misma autora de esta investigación, respecto a las contradicciones de un derecho penal del enemigo y un derecho garantista en la reforma del sistema de justicia penal mexicano.

⁶ Artículo 20, párrafo primero, de la Constitución Política mexicana.

- Fortalece la Defensoría Pública: servicio profesional de carrera de los defensores públicos (artículo 17, párrafo 6, constitucional).
- Considera la extinción de dominio para combatir los recursos de procedencia ilícita en forma efectiva (artículo 22 constitucional).
- Hace explícita la presunción de inocencia a nivel constitucional (artículo 20, apartado B, fracción I, constitucional).
- Establece un cambio de sistema procesal, de uno deficientemente acusatorio (mixto) a uno preponderantemente acusatorio (artículo 20, apartado A, constitucional).
- Contempla mecanismos alternativos de solución de conflictos (artículo 17, párrafo 3, constitucional).
- Se establece que la prisión preventiva sólo se aplicará cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, los testigos o de la comunidad. Sólo será oficiosa en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro o delitos cometidos con medios violentos, delitos graves en contra de la seguridad de la nación y contra el libre desarrollo de la personalidad y de la salud (artículo 19, párrafo 2, constitucional).
- Crea la figura de los jueces de control, encargados, entre otras cosas, de cuidar la legalidad de las medidas cautelares como el arraigo y la intervención de comunicaciones, cuando así lo solicite el Ministerio Público (artículo 16, párrafo 13, constitucional).
- Establece la posibilidad de que, en ciertos casos, las víctimas puedan ejercer la acción penal sin necesidad de acudir ante el Ministerio Público, sino directamente ante el juez (artículo 21, párrafo 2, constitucional).
- Establece la adopción de criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal (artículo 21, párrafo 7, constitucional); éstos serán regulados en la legislación secundaria, lo que permitirá al Ministerio Público no ejercer acción penal en caso de delitos no graves o de poca cuantía.
- Establece bases mínimas para la coordinación y los objetivos del sistema nacional de seguridad pública (artículo 21, párrafos 9 y 10, constitucional).
- Se establece la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada (artículo 73, fracción XXI, constitucional).

Sin lugar a dudas, los cambios que implicó la reforma constituyen las bases de un esquema de justicia que puede llegar a consolidarse como garantista, que privilegia la transparencia, la intermediación, la justicia restaurativa, la presunción de inocencia y que ponga, sobre todo, la dignidad humana como finalidad del sistema.

2. *Reformas constitucionales en materia de derechos humanos*

En cuanto a las reformas en materia de derechos humanos de junio de 2011, sus causas fueron mayoritariamente internacionales y efecto del fortalecimiento del derecho internacional de los derechos humanos.

La causa inmediata fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se condena al Estado mexicano por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco.

Con fecha 6 y 10 de junio de 2011 se promulgaron importantes reformas constitucionales que impactan directamente en el sistema de justicia mexicano. La primera refiere al juicio de amparo. Adiciona figuras importantes al ordenamiento jurídico nacional como el amparo adhesivo y el interés legítimo, el individual y el colectivo; la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades; la declaratoria general de inconstitucionalidad, cuyos alcances y condiciones se determinarán en la ley reglamentaria; la creación de los juzgados plenos de circuito, y una nueva forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”.

La segunda, de fecha 11 de junio de 2011, se relaciona directamente con la obligación de las autoridades mexicanas —con independencia del orden de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas— a respetar, garantizar y promover los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales.

La incorporación de los derechos humanos al texto constitucional no es sólo un cambio en el lenguaje. Con estas reformas se reconoce un vasto cuerpo normativo internacional, pero sobre todo implica una forma novedosa de entender la relación entre Estado y gobernados, donde el derecho está orientado a la ampliación del ámbito de protección de la persona.

Conforme al nuevo texto constitucional, la interpretación y aplicación del derecho deberá hacerse de acuerdo con el principio *pro persona*, lo que significa que toda autoridad deberá preferir la disposición que favorezca los derechos de la persona, la más extensiva cuando se trate de reconocerlos y la más restrictiva cuando se deban limitar.

La obligación de las autoridades y el principio *pro persona* deben llevarse a cabo bajo la directiva de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por tanto, los derechos humanos:

- 1) Deberán ser siempre entendidos como iguales para todos.
- 2) Dependen unos de otros y por ello deberá vigilarse que tanto para su protección como para su limitación no se lastimen otros derechos.
- 3) No son divisibles porque comparten un núcleo esencial, la dignidad humana.
- 4) Son constantemente perfectibles. Su desarrollo no puede detenerse.

Los puntos que deben resaltarse de esta reforma constitucional son los siguientes:

- 1) En el artículo 1o. constitucional se cambia la terminología, *otorgar* es reemplazado por *reconocer*. A partir de la reforma se reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales.
- 2) El mismo artículo contempla la figura de la “interpretación conforme”, señalando que todas las normas relativas a derechos humanos, sin importar la jerarquía, deberán interpretarse a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales.

Sobre este punto, debemos tener presente también la reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver una contradicción de tesis respecto a la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico mexicano. Es así que nuestro máximo tribunal aprobó el 3 de septiembre de 2013 un nuevo criterio jurisprudencial en el que se reconoce que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México es parte tienen la misma jerarquía que la Constitución, pero si ésta restringe alguno de esos derechos deberá prevalecer ese último límite.⁷

⁷ La votación fue de 10 votos a favor y 1 en contra. Antecedentes: el Pleno de la Corte realizó una interpretación del artículo 1o. de la Constitución, el cual fue reformado en junio de 2011, y que textualmente establece que en México “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”. El mismo numeral prescribe en su segundo párrafo que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

- 3) Se incorpora al párrafo segundo del artículo 1o. constitucional el principio de interpretación *pro persona*, consistente en que en caso de existir diversas interpretaciones sobre una norma jurídica, o bien diversidad de normas posibles de aplicación al mismo caso, deberá atenderse aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Esto es extensivo a la interpretación de las normas.

Al existir distintas *interpretaciones* posibles de una norma jurídica se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano, y cuando en un caso concreto se puedan *aplicar* dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de la mejor manera a los titulares de un derecho humano.

- 4) El párrafo 3 del artículo 1o. impone la obligación al Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos con independencia del nivel de gobierno de que se trate o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas las autoridades estatales.
- 5) Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

Todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del orden de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.

Discusión: originalmente, el proyecto del ministro ponente, Arturo Zaldívar, establecía que los derechos humanos provenientes de los tratados debían prevalecer si éstos beneficiaban a la persona, a pesar de que contradijeran a la Constitución mexicana. Sin embargo, ante la oposición de por lo menos siete ministros, Zaldívar modificó su propuesta para obtener el consenso de la mayoría.

Resolución: en el proyecto modificado y aprobado se resolvió que “se conserva el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero se establece también que cuando hay una restricción expresa en la Constitución, se tendrá que estar a lo que marca la norma constitucional”.

Voto en contra: el ministro José Ramón Cossío consideró que la interpretación aprobada contradice a la reforma de derechos humanos de 2011 y a otros criterios que ya había expresado la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Me parece también que hay una regresión respecto a lo que habíamos nosotros mismos votado en anteriores asuntos, cuando la propia Constitución [en] el párrafo tercero nos habla de la no regresión en estos elementos”, señaló el ministro Cossío al fundamentar su voto en contra.

Debate en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 3 de septiembre de 2013, transmitido por el Canal Judicial.

- 6) Obligación adicional para el Estado mexicano es la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones de derechos humanos.
- 7) Se otorga rango constitucional al asilo para toda persona que sea perseguida por motivos políticos, y se reconoce de la misma forma el “derecho de refugio” para toda persona por razones de carácter humanitario.
- 8) Se faculta a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para realizar la investigación de violaciones graves de derechos humanos.⁸

La ampliación de los derechos, aunada a la obligación expresa de observar los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, miran hacia la *justiciabilidad* y eficacia de los derechos, que a la postre tiende al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.⁹

Es un hecho que ambas reformas se complementan sustancialmente en la formación de un nuevo paradigma de impartición de justicia en el país. El cambio no sólo es responsabilidad de las autoridades, la información y exigencia por parte de los gobernados (como individuos, sociedad civil, estudiantes, profesionales y más) respecto a sus derechos y garantías, así como la exigencia de una adecuada aplicación y respeto del texto constitucional garantizarán una operatividad fáctica del nuevo modelo de justicia.

III. UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y DEBATE SOBRE EL FEDERALISMO

Frente al contenido del artículo segundo transitorio de la reforma constitucional de 2008 —sobre la obligación de la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, para expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean pertinentes a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio— se generó un debate que, como bien podemos identificar, tuvo dos aristas principales.

La primera consistía en discernir: de ser competencia de cada una de las partes de la Federación, en el ámbito de sus competencias, expedir su

⁸ Véase <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml> (consultada el 5 de abril de 2013).

⁹ Secretaría General de Acuerdos. Coordinación de Asesores de la Presidencia. Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/> (consultada el 5 de abril de 2013).

legislación penal bajo el nuevo sistema penal acusatorio-adversarial, ¿cómo se aseguraría el respeto de los nuevos principios constitucionales en las 32 diferentes legislaciones?¹⁰

La segunda arista comprendía dos interrogantes: optar por una unificación en la legislación penal, ¿vulnera los principios federalistas que rigen a la República mexicana?, y ¿tiene el Congreso de la Unión facultades para emitir un código penal único?

En 2011, con la mitad del plazo constitucional vencido, los avances en la implementación eran pocos.

TABLA 1. AVANCES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA ACUSATORIO-ADVERSARIAL EN LA REPÚBLICA MEXICANA

<i>Estados etapa inicial (1)</i>	<i>Estados etapa planeación (2)</i>	
1. Aguascalientes 2. Baja California Sur 3. Coahuila 4. Nayarit 5. Quintana Roo 6. Sinaloa 7. Veracruz	1. Campeche 2. Chiapas 3. Colima 4. Distrito Federal 5. Guerrero 6. Jalisco 7. Michoacán	8. Nuevo León 9. Querétaro 10. San Luis Potosí 11. Sonora 12. Tabasco 13. Tamaulipas 14. Tlaxcala
<i>Estados etapa en operación (4)</i>	<i>Estados etapa entrada en vigor 2011 (3)</i>	
1. Chihuahua (funcionando) 2. Oaxaca 3. Durango 4. Zacatecas 5. Estado de México 6. Morelos 7. Baja California	1. Hidalgo 2. Guanajuato 3. Yucatán 4. Puebla	

FUENTE: SETEC, http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/docs/CoCo/VII_Sesion_INFORME_AVANCES ESTRATEGIA-VF.pdf.

La falta de compromiso de algunos sistemas locales —principalmente Poder Ejecutivo y Legislativo—; la disparidad en el contenido de aquellas

¹⁰ Esta preocupación también se generaba ante una de las causas mismas que generó el cambio de sistema inquisitivo con tendencia mixta, a uno acusatorio oral: la desconfianza social generalizada en las instituciones, sobre todo por las deficiencias de transparencia y profesionalización de los sistemas de justicia estatal.

legislaciones que ya habían legislado sobre la materia, y los pocos avances en la profesionalización de los operadores jurisdiccionales en el nuevo modelo, llevaron a que el debate se centrara en la segunda arista a efecto de dar una solución eficiente.

Federalismo vs. legislación penal única

El respeto a una República federal es el argumento que generalmente se objeta ante las propuestas de codificación única;¹¹ es por ello que es pertinente entender ¿qué es el federalismo?

Un Estado federal posee rasgos esenciales que lo distinguen de alguna otra posible forma estatal. Sus elementos distintivos son:

- 1) División vertical del poder estatal entre el plano nacional y los locales, por lo menos, con su respectiva autonomía en el ámbito que les corresponda.
- 2) La participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad federal.¹²

Una legislación penal única no anula la participación de las entidades en la toma de decisiones nacionales, como no lo es la vigente legislación mercantil. La atribución al Congreso de la Unión de facultades legislativas “generales” en materia penal, sea en el aspecto sustantivo o procesal, requiere de una reforma constitucional en términos del artículo 135 del mismo ordenamiento, con la aprobación de las mismas entidades a través del Senado de la República y el consentimiento de la mayoría de las legislaturas locales.

Conforme a la legislación vigente hasta hace pocos meses —como veremos más adelante—, las diferentes legislaciones, en cuanto se apeguen en algún grado a las normas fundamentales, estaban en la facultad de legislar en materia del nuevo sistema de justicia acusatorio-adversarial, siempre que atendieran los objetivos que los preceptos constitucionales disponen para la regulación del proceso penal. No obstante, no se contaba con la garantía de que la manera en que lo hicieran otorgaría la máxima eficacia. Y establecer múltiples disposiciones con carácter de “reglas” —que no admitan más que

¹¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 296 y 297.

¹² Braun, Dietmar, “Hat die vergleichende Föderalismusforschung eine Zukunft?”, *Jahrbuch des Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, vol. 3, 2002, pp. 97-116.

observancia categórica—¹³ en el texto constitucional, desnaturalizaría este ordenamiento jurídico.¹⁴ A esto se suman, las diferentes lecturas que los legisladores ordinarios, y aun los operadores judiciales, den a las disposiciones fundamentales, e incluso pueden llegar a ser inconstitucionales en ejercicio de una autorizada discrecionalidad¹⁵ que no dé cumplimiento *pleno* a principios constitucionales. Si un principio constitucional es observado en un grado inferior al máximo posible de acuerdo con las circunstancias fácticas y normativas, se incumple el “mandato de optimización” que le subyace y por tanto se le contraviene; pese a que dicho cumplimiento parcial lo armonice con las demás legislaciones.¹⁶

Ante este panorama, concluimos que la propuesta de armonizar una legislación en materia de procedimiento penal no atenta contra los principios fundamentales del Estado federal, y su ventaja principal es que marca la “ruta a seguir”, manteniendo “[l]a diversidad legislativa propia del Estado federal”, sin imponer “una camisa de fuerza a las entidades federativas”.¹⁷ No hay que perder de vista que la discusión versa únicamente sobre el código adjetivo, manteniendo la facultad de las legislaturas locales de expedir sus códigos penales sustantivos.

IV. FACULTAD DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA EXPEDIR UN CÓDIGO PENAL ÚNICO

Tuvieron que pasar casi cinco años, del plazo de ocho, para que el Congreso de la Unión tomara medidas con dirección certera.

¹³ Por ejemplo, el plazo de 72 horas que prevé el artículo 19 constitucional para dictar el auto de vinculación a proceso.

¹⁴ Ante tal circunstancia, la Constitución perdería la calidad de norma fundamental, porque ya no “disciplin[aría] la producción normativa”. Cfr. Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, p. 165.

Así, la Constitución se desnaturalizaría y “se convertiría prácticamente en un código [...] procesal penal”. Ozuna Solsona, Rodrigo Arturo, *Por una política criminal coherente, unificada e integral: codificación penal única*, en Fundación Miguel Estrada Iturbide, Investigar para Legislar, México, Tatevari, 2009, p. 68.

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 136.

¹⁶ Al respecto, son amplios los estudios sobre la “teoría de los principios” de Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, Alemania; dicho autor se explicó primordialmente en su *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

¹⁷ Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2010, pp. 84 y 85.

El 2 de octubre de 2012 se presentó en el Senado una iniciativa de Proyecto de Decreto por el que se expedía el Código de Procedimientos Penales único. Cabe destacar que el senador Pablo Escudero, protagonista en el diseño de esta iniciativa, venía trabajando esta idea desde que fue diputado en la LXI Legislatura.¹⁸ A esta iniciativa se sumarían varias sobre la misma materia en el propio Senado, que en el momento de su discusión originaron una pregunta adicional: ¿tiene el Legislativo federal facultades para legislar sobre legislación penal única?

En los términos del entonces texto constitucional no había prohibición alguna, no obstante, ante la posible reticencia de las legislaturas locales acudiendo al argumento —por cierto ya superado— de respeto al pacto federal, desde el Senado se tomaron medidas estratégicas —por tiempo y contenido— que facultaran explícitamente al Legislativo federal para expedir un código de procedimientos penales único.

En efecto, durante el periodo ordinario de sesiones, al Pleno del Senado de la República, el miércoles 24 de abril de 2013, se presentó una iniciativa de reforma constitucional sobre el tema del Código de Procedimientos Penales Único y las bases generales para legislar en materia penal federal.

Se trató de la iniciativa con proyecto de decreto que reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por la senadora Arely Gómez González, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, y por los senadores Roberto Gil Zuarth, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, Manuel Camacho Solís, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática y por Pablo Escudero Morales, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México.

Sobresale lo siguiente:

- La iniciativa no estaba listada en el orden del día de la sesión.
- Está suscrita por senadores importantes e influyentes de las diferentes bancadas: Pablo Escudero del PRI, Manuel Camacho Solís del PRD y Roberto Gil Zuarth del PAN, y que en lo particular o en conjunto habían presentado ya un proyecto sobre código de procedimientos único.
- En la tarde-noche del mismo día en que se presentó, se cabildeó realizar una reunión al día siguiente para su dictamen.

¹⁸ Véase http://sitl.diputados.gob.mx/LXI_leg/curricula.php?dipt=454 (consultada el 29 de mayo de 2013).

- A menos de 24 horas de haberla turnado, mas no presentado en tribuna, existía dictamen listo para su discusión.
- El lunes 22 de abril, durante la 7a. reunión ordinaria de trabajo de la Comisión de Justicia, su presidente Roberto Gil Zuarth exhortó a las fracciones parlamentarias a llegar a un acuerdo para avanzar en los trabajos del Código Penal Único, y dar pasos firmes, antes de concluir el periodo ordinario de sesiones.
- En palabras del senador Roberto Gil Zuarth, había que dar una señal clara a los estados de lo que viene, esto ante la apatía que varias entidades federativas han mostrado para cumplir el plazo que señaló la reforma constitucional de 2008, y que vence en 2016.¹⁹

La iniciativa de la senadora Arely Gómez se relaciona con otras dos presentadas anteriormente:

- a) Iniciativa presentada por el senador Roberto Gil Zuarth, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, el 14 de febrero de 2013. Turnada a las comisiones de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Primera.
- b) Iniciativa presentada por la senadora María del Pilar Ortega Martínez, y por los senadores Roberto Gil Zuarth, Raúl Gracia Guzmán, Carlos Mendoza Davis y José María Martínez Martínez, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, el 9 de abril de 2013. Turnada a las comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos Segunda.

En convocatoria publicada después de las diez de la noche del mismo 24 de abril, y mencionando que se fundamentaba en el artículo 139, numerales 1 y 3, del Reglamento del Senado, se convocó a reunión de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos Segunda, a celebrarse el 25 de abril de 2013, a las diez de la mañana, para la discusión y en su caso aprobación del dictamen a las tres iniciativas mencionadas. La intención era clara: se buscaba pasar el dictamen aprobado a la reunión de Pleno del Senado de ese mismo día para someterlo a primera lectura, y previendo su segunda lectura, discusión y aprobación en la sesión del lunes 29 de abril, antes del cierre de sesiones del segundo periodo ordinario del primer año de la LXII Legislatura.

¹⁹ Séptima reunión ordinaria de la Comisión de Justicia, Sala de Protocolo del Senado de la República.

De aprobarse en el Congreso se pondría punto final a la discusión que cuestionaba trastocar el federalismo al permitir una legislación penal única en materia procedimental, y lo siguiente sería el diseño de una ley general que establezca las bases para legislar en materia penal a nivel federal, estatal y del Distrito Federal, así como un Código Penal único.

El dictamen que recoge las tres iniciativas mencionadas prácticamente venía en los términos de la iniciativa de la senadora Arely Gómez.

El contenido del dictamen se resume en lo siguiente: reformas al artículo 73 constitucional, fracción XXI, para incluir en las facultades del Congreso la de expedir:

- a) Ley penal general que establezca las bases para legislar en materia penal a nivel federal, estatal y del Distrito Federal.
 - b) Leyes generales en materia de secuestro y trata de personas que incluyan como mínimo tipos penales y sanciones.
 - c) Legislación que tipifique faltas contra la Federación y sus penas; así como en materia de delincuencia organizada.
 - d) Legislación única en materia procedimental penal y ejecución de penas.
- Autoridades federales conocerán del fuero común en caso de conexidad con delitos federales, periodistas o en casos que atenten contra la libertad de expresión o derecho a la información.

En los transitorios se establece:

- a) El Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.
El Congreso de la Unión deberá expedir la ley penal general dentro del plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor del decreto, y la misma entrará en vigor en un plazo que no podrá exceder de dos años contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto.
- b) La Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal deberán ajustar su legislación penal y las demás leyes que establezcan los tipos penales y sanciones dentro del plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de la ley penal general.
- c) La legislación única en las materias procedimental penal y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis.
- d) La legislación vigente en la materia procedimental penal y de ejecución de penas expedida por el Congreso de la Unión, las legisla-

turas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal continuará en vigor hasta que inicie la vigencia de la legislación que respecto de cada una de dichas materias expida el Congreso de la Unión conforme Decreto.

- e) Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación procedimental penal que establece el Decreto, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes al momento de iniciarse dichos procedimientos.

Durante la reunión de comisiones unidas, los presidentes de dichas comisiones que se reunían: Raúl Cervantes de Puntos Constitucionales; Roberto Gil Zuarth de Justicia y Alejandro Encinas de Estudios Legislativos Segunda, mostraron su beneplácito y fueron secundados por todos los senadores miembros de dichas comisiones. En general no hubo debate, pero sí un cambio significativo a los términos del dictamen.

Se suprimió el inciso a de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, en consecuencia se recorrieron los subsecuentes y adaptaron los transitorios al cambio. La reforma quedó en los siguientes términos:

Se incluyó en las facultades del Congreso, legislar para expedir:

[(a) Ley penal general que establezca bases para legislar en materia penal a nivel Federal, estatal y DF (Se elimina inciso y el resto se recorre)].

a) Leyes generales en materia de secuestro y trata de personas que incluyan como mínimo tipos penales u sanciones.

b) Legislación que tipifique faltas contra la Federación y sus penas; así como en materia de delincuencia organizada.

c) Legislación única en materia procedimental penal, mecanismos alternativos de solución de controversias (lo resaltado se agregó) y ejecución de penas.

Autoridades federales conocerán del fuero común en caso de conexidad con delitos federal, periodistas o en casos que atenten contra la libertad de expresión o derecho a la información.

Las razones de eliminar el inciso a, que compartieron los presidentes de las comisiones unidas, fue evitar la generación de confusiones en los acuerdos que se han concretado. No se ha logrado un consenso para expedir un código penal sustantivo (que incluye las penas) único.

En este sentido, el senador Raúl Cervantes mencionó que de conservar el inciso a, se podría enviar un mensaje equivocado. Incluso afirmó que para él no es conveniente crear un catálogo único de delitos porque no se podrían atender todas las necesidades de cada entidad; sin embargo, sí se

deben considerar para determinadas conductas los mismos elementos para ser integrados en los elementos del tipo penal, por ejemplo unificar qué se entiende por secuestro.²⁰

La estrategia en tiempo y contenido se había logrado; el dictamen aprobado en comisiones quedó de primera lectura en la sesión en Pleno del Senado ese mismo jueves 25 de abril, y fue sometido a segunda lectura, discusión y aprobación en la sesión del lunes 29 de abril, justo antes del cierre del periodo ordinario. La estrategia en la presentación, tanto en tiempo como en contenido, había sido exitosa.

La minuta proveniente de la Cámara de Senadores, en la de Diputados tuvo una tramitación casi igual de ágil, pues fue discutida y aprobada en periodo extraordinario. Se avaló con 453 votos a favor, tres en contra y dos abstenciones. Al fundamentar el proyecto en tribuna, el legislador perredista Julio César Moreno, presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, precisó que la reforma pretende establecer un modelo jurídico único de legislación procesal penal, de justicia alternativa y de ejecución de sanciones, para evitar así la existencia de distintas maneras de procurar y administrar la justicia penal, así como de cumplir las penas.

“En nuestro país existe una pluralidad de legislaciones procesales que propician situaciones de injusticia y de arbitrariedad que en su aplicación atentan contra el derecho fundamental de la igualdad, ya que actualmente a quien se le imputa la comisión de un delito es tratado de manera diferente, dependiendo del lugar en que lo cometió”, adicionó.²¹

El proyecto de decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia procedimental penal, fue turnado a las legislaturas locales para su aprobación, de conformidad con el artículo 135 de la misma Constitución.

El 5 de septiembre de 2013, la Cámara de Diputados emitió la declaratoria de reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política en materia de legislación procesal penal única. Se recibieron diecinueve oficios de Congresos estatales mediante los cuales se informa de la aprobación de las reformas a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de legislación proce-

²⁰ Declaraciones realizadas por el senador presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, Raúl Cervantes, durante la reunión de comisiones unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos Segunda, jueves 25 de abril de 2013, salón de sesiones de la Comisión Permanente, ubicado en el sótano 1 del Hemiciclo del Senado de la República.

²¹ Damián, Fernando, “Aprueban diputados reforma para expedir código procesal único”, *Milenio*, 17 de julio de 2013, versión electrónica disponible en <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/eb3fa972ba56a0318e4776895695126e> (consultada el 5 de agosto de 2013).

sal penal única. En dichas reformas se aprueba facultar al Congreso de la Unión para expedir: 1) las leyes generales en materia de secuestro y trata de personas, a fin de establecer como mínimo los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios; 2) la legislación en materia de delitos federales y delincuencia organizada, previendo las penas y las sanciones que por ellos deban imponerse, y 3) la legislación única en materia procesal penal unificada para toda la República, así como el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en el orden federal y en el fuero común. Asimismo, prevé en sus artículos transitorios que la presente reforma entre en vigor el 18 de junio de 2016. Las entidades federativas que dieron a conocer su voto aprobatorio fueron: Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Estado de México, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.²²

V. TRABAJOS PARA UNA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ÚNICA: AVANCES Y RETROCESOS DESDE EL SENADO DE LA REPÚBLICA

Como hemos mencionado, a partir de octubre de 2012, en la LXII Legislatura del Senado de la República, diversos grupos parlamentarios presentaron sus proyectos de iniciativas con códigos procesales penales únicos.

Con motivo del trabajo dentro del Senado, para el análisis de los proyectos presentados podemos dividir en dos bloques las iniciativas turnadas a comisiones.

1. *Primer bloque*

- 1) Proyecto de decreto por el que se expide el Código de Procedimientos Penales único, presentado por el senador Pablo Escudero del Partido Verde Ecologista de México y otros senadores, el 2 de octubre de 2012.²³

²² Para el seguimiento de esta reforma constitucional se sugiere consultar el siguiente vínculo: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sen&mn=9&sm=2> (consultada el 6 de septiembre de 2013).

²³ Disponible en http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias_Publicas_Iniciativa_PEM.pdf (consultada el 3 de mayo de 2013).

- 2) Proyecto de decreto del Código Federal de Procedimientos Penales presentado por el senador Roberto Gil Zuarth y Manuel Camacho Solís, de los partidos Acción Nacional y de la Revolución Democrática, respectivamente, el 5 de febrero de 2013. Cabe mencionar que esta iniciativa fue elaborada por diversas organizaciones civiles y fueron los senadores mencionados quienes la aprobaron como propia y presentaron ante el Pleno del Senado.²⁴

A. Metodología de análisis

A efecto de someter a escrutinio de expertos las iniciativas, la Comisión de Justicia organizó, durante el mes de marzo, cuatro audiencias públicas²⁵ a las que asistieron autoridades, profesionales y representantes de la sociedad civil. Los objetivos principales fueron enriquecer el análisis técnico, profundizar en los dilemas que presentan las iniciativas turnadas ante el Pleno, así como abrir el propio espacio de la discusión pública, y se llevó a cabo a través de la comparación entre ambas.²⁶ En seguida algunas conclusiones.

Diferencias y convergencias entre las iniciativas:

- El planteamiento del proyecto del senador Escudero es más adecuado, toda vez que trata los principios del proceso desde el título primero, y el de las organizaciones sociales lo hace en el título

²⁴ Disponible en http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias_Publicas_Iniciativa_OSC.pdf (consultada el 3 de mayo de 2013).

²⁵ Acuerdo por el que se aprueba la convocatoria y metodología para la celebración de audiencias públicas respecto de las iniciativas presentadas para la expedición del nuevo código de procedimientos penales, a fin de enriquecer el trabajo legislativo con opiniones técnicas y la participación de expertos, autoridades, profesionales y representantes de la sociedad civil.

²⁶ La Junta Directiva de la Comisión de Justicia conformó un Consejo Técnico con el propósito de otorgar a la Comisión de Justicia la asistencia técnica necesaria, así como el análisis de las iniciativas a dictaminar. Sus propósitos fundamentales fueron: 1) coadyuvar con la Comisión de Justicia en la selección de personas y autoridades para comparecer; 2) coadyuvar con la selección de temas diseño de preguntas para el desarrollo de las audiencias; 3) elaborar un documento de síntesis de cada audiencia; 4) elaborar, al concluir las cuatro audiencias, un documento final donde se viertan las conclusiones de todos los ejercicios, y 5) asistir a la Comisión de Justicia durante el proceso de audiencia pública, análisis y dictamen de las iniciativas sobre un nuevo Código de Procedimientos Penales.

El consejo técnico está conformado por: María de los Ángeles Fromrow Rangel; José Nieves Luna Castro; José Antonio Caballero Juárez; Diana Cristal González Obregón; Rodolfo Félix Cárdenas; Javier Cruz Angulo Nobara; Rafael Estrada Michel; Miguel Sarre Iguíniz; Pablo Ojeda Cárdenas; Carlos Ríos Espinoza; Alonso Aguilar Zinser; Alejandro Ramírez Verdugo; Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz; Moisés Moreno Hernández y Roberto Hernández.

cuarto del libro segundo, con lo cual se presta a la confusión de que los principios del acusatorio adversarial no son observables durante todo el tiempo que lleve el proceso.

- Respecto a la secuencia lógica: sujetos, actos procesales, investigación, acción penal, vinculación, audiencia intermedia, acusación, juicio oral, sentencia, impugnación y procedimientos especiales, el proyecto del senador Escudero se muestra más apegado a los principios del proceso acusatorio al entender que la investigación comienza con la denuncia o querrela y concluye en cada caso con la acusación; que después de la investigación se abre la etapa intermedia; que posteriormente se da el juicio oral y la sentencia; que entonces deben reglamentarse los recursos y finalmente los procedimientos especiales. Es decir, contiene un planteamiento estructural que deja claras las diferencias con el sistema inquisitivo mixto.
- Por su parte, el proyecto de la sociedad civil muestra una adecuada técnica procesal en la manera en que regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el título tercero del libro segundo, también destinado a la acción penal y a los criterios de oportunidad. En tanto el senador Escudero los desarrolla en el título destinado a la ejecución de sanciones, limitándose a la conciliación y mediación. Además, establece los procedimientos especiales para miembros de las comunidades indígenas, aun y cuando ello no sea propiamente un procedimiento especial.

B. *Avances y retrocesos*²⁷

Rodolfo Félix Cárdenas, de la Secretaría del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, mencionó que lo ideal sería aprobar un Código de Procedimientos Penales único, con reglas claras de competencia para que todas las entidades lo puedan aplicar.

Es muy importante destacar los grandes tropiezos de las propuestas, sobre todo del proyecto presentado por las organizaciones y presentado por legisladores del PAN y el PRD, pues pretende sostener la figura del arraigo y la libertad provisional bajo caución conforme al viejo sistema penal, y esto no tiene cabida en un modelo acusatorio.

²⁷ Para este tema se incluyen las intervenciones más destacadas durante la audiencia pública del 6 de marzo de 2013. Reunión de trabajo de las comisiones de Justicia, Anticorrupción y Participación Ciudadana, Estudios Legislativos y Estudios Legislativos Segunda. Planta Baja del Hemiciclo, Senado de la República.

Samuel González, consultor internacional de seguridad pública y delincuencia organizada, afirmó que el nuevo ordenamiento debe garantizar los derechos de víctimas e imputados en un proceso equilibrado. La propuesta ciudadana pareciera que lo hace, sin embargo, de un análisis más detallado, la propuesta más destacable es la presentada por el senador Escudero.

Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz, consultor especializado en el sistema penal acusatorio, aseveró que la iniciativa de las organizaciones sugiere otorgarles fe pública a los agentes del Ministerio Público, pero esto “vulnera el principio de igualdad del debido proceso”.

Este proyecto ciudadano poco se apega a los postulados de la reforma penal aprobada en 2008, ya que establece que el proceso se tiene que sustanciar bajo expediente y no bajo un régimen de audiencias, situación que se agravaba por el otorgamiento de fe pública al Ministerio Público.

Jorge N. Kuri, del Instituto Nacional de Ciencias Penales, planteó la emisión de un Código Federal de Procedimientos Penales aplicable en toda la República, con independencia de los ordenamientos procesales que puedan expedir los estados.

La dinámica de audiencias públicas con participación de expertos fue muy prolija. Aunado al estudio en particular del texto de las iniciativas, concluimos lo siguiente:

- 1) El proyecto del senador Pablo Escudero es más apegado a la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia y a criterios internacionales.
- 2) Muchos de los errores se cometen en ambas propuestas. Los más graves son:
 - a) Se sigue dotando al Ministerio Público de fe pública en sus actuaciones. Se atenta contra el principio de inocencia, pues el inculpa-do tendrá que probar que no es culpable, frente a los argumentos que ya han sido dotados de validez por el propio sujeto que lo acusa.
 - b) Se reconoce la participación activa de un secretario del juzgado en las audiencias. Actualmente es él quien, indebidamente, sustituye al juez que no acude a los juicios. Si se le reconoce una participación activa en el nuevo modelo se atenta contra el principio de inmediación, que establece que el juez y las partes deben estar presentes en todas las audiencias. La ausencia del juez es motivo de nulidad de la audiencia.

- c) Se conservan figuras como el arraigo y la libertad provisional bajo caución, el sistema de expedientes y no se da la debida importancia al sistema de audiencias.

Este par de iniciativas fue un buen ensayo, afortunadamente no se siguió su análisis para integrarse en el proyecto de dictamen final por las múltiples contradicciones que representaban a los principios constitucionales del sistema acusatorio-adversarial. De permitir estos desaciertos se crearía un nuevo sistema, más inquisitivo que el actual.

2. *Segundo bloque*

Fue así que durante la realización de las audiencias públicas, observando las deficiencias de los proyectos existentes y tomando propuestas que presentaban los expertos, hubo nuevas iniciativas que ameritaron un nuevo análisis.

Las propuestas que conforman este bloque de trabajo y análisis son:

- 1) Iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por las senadoras Cristina Díaz Salazar, Diva Hadamira Gastélum Bajo e Hilda Esthela Flores Escalera, presentada el 4 de abril de 2013, que de ahora en adelante identificaremos como iniciativa A.
- 2) Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el nuevo Código Único de Procedimientos Penales, presentada por el senador Pablo Escudero Morales el 29 de abril de 2013, que de ahora en adelante identificaremos como iniciativa B.
- 3) Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Procesal Penal para la República Mexicana presentada por los senadores y las senadoras Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero, Angélica de la Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando Melgar Bravo, Dolores Padierna, Layda Sansores San Román, presentada el 30 de abril de 2013, que de ahora en adelante identificaremos como iniciativa C.

A. *Metodología de análisis*

El 14 de mayo de 2013, en la sede del Senado de la República, se llevó a cabo la primera reunión de trabajo del Consejo Técnico de la Comisión de

Justicia para la expedición de un nuevo código procesal penal. Los objetivos fueron: 1) la explicación de la metodología de trabajo; 2) la identificación de temas nodales, y 3) la configuración de mesas de trabajo a cargo del Consejo Técnico.²⁸

En seguida presentamos el análisis a temas enfocados en las tres iniciativas de este bloque.

a. Naturaleza y función

Finalidad u objetivos del código: la iniciativa A, pese a cumplir con los lineamientos constitucionales, se observa que aborda el tema de manera exacerbada. La iniciativa B no lo define y la iniciativa C no toca el tema de manera específica o textual.

Finalidad u objetivos del proceso: la iniciativa B requiere un apego más estricto a los lineamientos constitucionales. La iniciativa C no se ocupa del tema.

Estructura general: la iniciativa A cumple con los lineamientos constitucionales. Debe excluir de la redacción la acreditación de la no culpabilidad, cambiarla en función de la presunción de inocencia. Se debe probar la culpabilidad mas no la inocencia. Por su parte, la iniciativa C no cumple con este requerimiento.

En síntesis, para cumplir con sus funciones metodológicas y pedagógicas, el código en elaboración: *a)* debe describir el objetivo del proceso, y *b)* debe describir y definir las etapas, así como adoptar la terminología de proceso, y no de procedimiento.

En ningún caso estos elementos pueden considerarse redundantes de lo establecido en la Constitución, son necesarios para el cambio cultural y filosófico que se pretende lograr.

b. Principios y reglas de interpretación

Prohibición de delegar de acuerdo con el principio de inmediación: todos los códigos lo tienen. Prevéen que se delegue para la práctica de diligen-

²⁸ Fueron quince temas los ejes temáticos de las mesas de trabajo: naturaleza y funciones; principios y reglas de interpretación; competencia y jurisdicción; actos procesales; sujetos procesales; relación Ministerio Público-policía; formas anticipadas de terminación del procedimiento y criterios de oportunidad; procedimientos especiales; providencias precautorias y medidas cautelares; fases; la prueba; deliberación y sentencia; recursos; mecanismos alternativos de solución de controversias; régimen transitorio y mecanismo de transición.

cias. Se sugiere que los tres deberían ocuparse de que la delegación debe matizarse, el juez con competencia legal no debe delegar; no obstante, en ciertas situaciones de poco impacto y trascendencia para el resultado del proceso sí, como son los exhortos.

Pertinencia de regular la videoconferencia: todos la incluyen. Se cumple con la intermediación. No obstante, la redacción de la iniciativa C podría limitar la posibilidad de las videoconferencias, ya que menciona que “se permitirán siempre que se apege a lo establecido en este código...”.

Presunción de inocencia: las tres iniciativas hacen referencia expresa; el retroceso es cuando mencionan que debe existir sentencia *firme* para que opere la inocencia plena.

Interpretación restrictiva: sólo lo contiene la iniciativa C. Este principio regula el que todo lo que deba interpretarse en medidas que afecten la libertad (*vr. gr.*, prisión como medida cautelar) se interprete de manera restrictiva, es decir, en el menor de los casos y siempre beneficiando la libertad.

En función de lo anterior, en el diseño del código de procedimientos único:

- a) La posibilidad de que se deleguen tareas propias del juez debe ser compatible con la competencia auxiliar, por lo que no debe ser prohibida tajantemente. No obstante, no debe permitirse la delegación a quien no tenga tarea jurisdiccional directa.
- b) Los códigos no deben definir qué es la intermediación.
- c) La regulación de las videoconferencias debe remitirse a principios y parámetros constitucionales, mas no limitarse a los que estén en el código.
- d) La presunción de inocencia no debe restringirse a que exista sentencia firme. Debe omitirse el adjetivo de *firme*, porque incluso es mayor a lo que determina la Constitución.
- e) No debe incluirse el principio de interpretación restrictiva en perjuicio de las víctimas.

c. Competencia y jurisdicción

No hay calificación en ninguna iniciativa. Por tanto:

- a) Se debe dotar a los jueces de una herramienta de validación de acciones ante el cambio de la causa a una competencia de un juez diferente que maneje un sistema penal distinto al con el que se inició el proceso.

- b) Competencia por razón de seguridad. Establecer una regla que permita al Poder Judicial que ellos mismos resuelvan los problemas de competencia y no llevarlos a otro órgano como el Consejo de la Judicatura.

Las mesas siguientes fueron de temas más específicos. A continuación incluimos los temas a debate por parte de los consejeros que formaron el Consejo Técnico de la Comisión de Justicia, con algunas consideraciones propias al respecto.

d. Providencias precautorias y medidas cautelares

Providencias precautorias o medidas cautelares en la etapa de investigación: los consejeros concluyeron que la iniciativa C contiene un desarrollo adecuado del tema, por lo cual la estructura base será la ahí establecida.

Se determinó que debe haber diferenciación entre medidas precautorias y cautelares. Asimismo, se propone que en lo relativo a la excepción prevista en el artículo 139,²⁹ se sustituya el término de 12 horas por el de cinco días cuando no exista detenido. Lo anterior bajo los siguientes razonamientos:

- 1) Sólo como excepción a la judicialización, y bajo su responsabilidad, se faculta al Ministerio Público a ordenar medidas protectoras para las víctimas.
- 2) Tratándose de supuestos sin detenido, el plazo para la sanción judicial será de 5 días, de otra forma no habría tiempo de ejecutar la medida, o no en todos los casos.
- 3) Replantear la redacción del artículo 139 de la iniciativa C y establecer “la ejecución de medidas de protección previstas en otros ordenamientos”.
- 4) Se debe distinguir entre medidas de protección, medidas precautorias y medidas cautelares. Por ello, el capítulo relativo debe denominarse: “Procedencia de providencias precautorias y otras medidas de protección”.

²⁹ Artículo 139. Cuando el Ministerio Público estime que existe riesgo inminente de que ocurran los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 135 (procedencia de las providencias precautorias) podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar la aplicación de providencias precautorias idóneas. Doce horas después de la aplicación de la providencia se celebrará una audiencia ante el juez de control para que la ratifique, modifique o cancele, de conformidad con las reglas generales previstas en este código.

- 5) El artículo 138 debe reformarse en consecuencia. Al respecto, el Ministerio Público debe continuar con la facultad de emitir medidas precautorias de carácter real. Esto debe estar regulado y tener control judicial.

Facultad de que el Ministerio Público pueda otorgar la libertad al imputado si el delito que investiga no amerita prisión preventiva oficiosa: sobre esta posibilidad, se indicó que la iniciativa A no la desarrolla expresamente, aunque sí prevé la libertad provisional bajo caución ante el juez de control en su artículo 352. Por su parte, la iniciativa B prevé la posibilidad de que el imputado solicite al juez de control la libertad; sin embargo, no faculta al Ministerio Público para hacerlo directamente, según lo establecido en el artículo 223. La iniciativa C prevé la posibilidad de que mediante acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público se acuda al juez a que se otorgue la libertad; pero sigue sin permitir directamente al Ministerio Público que decida al respecto.

Conforme a la discusión, los consejeros sugirieron lo siguiente:

Redacción de artículo propuesto: El Ministerio Público podrá no agotar el término de la retención cuando no se advierta la necesidad de solicitar la prisión preventiva, sin perjuicio de que pueda fijarle una garantía económica o alguna otra providencia precautoria a fin de asegurar su comparecencia ante la autoridad. Transcurridos cinco días de haberse determinado la garantía económica o medida precautoria, sin que se haya solicitado la orden de aprehensión o la audiencia inicial, el imputado podrá solicitar una audiencia ante el juez de control a fin de que se revoque o modifique la medida precautoria.

e. Idoneidad del catálogo de delitos graves o de aquellos que ameritan prisión preventiva oficiosa en el Código Único de Procedimientos Penales

La Mesa señaló que la iniciativa A posee un catálogo de delitos graves en el artículo 211 y genéricamente señala aquellos en los que procede la prisión preventiva oficiosa en el artículo 347. La iniciativa B, tiene un catálogo de delitos respecto de los cuales procede prisión preventiva oficiosa, en su artículo 264, pero no menciona nada sobre delitos graves. La iniciativa C hace una mención genérica de los delitos en los que procede prisión preventiva oficiosa en su artículo 172, pero tampoco menciona delitos graves.

Los consejeros acordaron que sí debe existir un catálogo de delitos graves o de aquellos que ameritan prisión preventiva oficiosa en el Código

Único de Procedimientos Penales, pero deberá ser un catálogo mínimo basado en el marco constitucional. Ante la indefinición respecto de la posibilidad de que existan facultades residuales en materia procesal penal, el catálogo de delitos deberá establecerse en los códigos sustantivos, tanto federal como locales.

Momento a partir del cual se pueden imponer medidas cautelares: la Mesa indicó que la iniciativa A, en su artículo 335, prevé que las medidas cautelares se pueden imponer en la audiencia de vinculación a proceso, aunque se acota en relación con la libertad bajo caución que ocurra en la audiencia de acusación preliminar, conforme establece en el artículo 352. Por otra parte, la iniciativa B no prevé el momento procesal para imponerlas, sólo alude que será en audiencia en su artículo 248. Por último, la iniciativa C, en el artículo 156, indica que se pueden imponer desde el auto de vinculación a proceso.

Asimismo, los consejeros acordaron que se podrán imponer medidas cautelares a partir de la vinculación a proceso. En el mismo sentido, en el artículo que hable sobre control de la detención se deberá agregar que la calificación legal que se haga de la detención implicará la prorrogación de la detención.

f Fases del procedimiento

Divergencia entre las fases del procedimiento previstas por las iniciativas: las fases del procedimiento en la iniciativa A, en su artículo 119, son las de investigación del delito (preliminar y perfeccionamiento), proceso (plazo constitucional, preparación a juicio oral y juicio oral) y ejecución de las sentencias condenatorias. En la iniciativa B, en su artículo 164, se prevé: investigación inicial, control previo, investigación formalizada, intermedia o de preparación a juicio oral, juicio oral, y una segunda instancia para el tema de ejecución de sanciones. En cambio, la iniciativa C, en su artículo 202, prevé: investigación (inicial y complementaria), intermedia o de preparación a juicio, y juicio. Los consejeros acordaron que la estructura de etapas prevista en la iniciativa C es la más adecuada.

Acción penal: los consejeros señalaron la importancia de desarrollar el tema de la acción penal en el nuevo Código Procesal Penal, y coincidieron en que las iniciativas A y B prevén un capitulado sobre la acción penal en sus artículos 250-254 y 234-240, respectivamente. Pero, por el contrario, la iniciativa C no desarrolla capitulado alguno al respecto, pues se trata de un tema transversal.

Los consejeros acordaron por mayoría que no era necesario que existiera un capítulo especial que desarrolle la acción penal en el nuevo Código Procesal Penal.

g La prueba

Valoración de pruebas conforme a la sana crítica y las máximas de la experiencia: en relación con este tema los consejeros coincidieron en que los tres proyectos prevén la valoración de la prueba; la iniciativa A la prevé en su artículo 418, la iniciativa B en su artículo 293 y la iniciativa C en el 249.

También se analizó la idoneidad de hacer una valoración conforme a la tradicional y necesaria fundamentación y motivación. Los consejeros acordaron que la valoración de pruebas debía hacerse conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

B. Presentación de una iniciativa de código de procedimientos penales único

Han concluido los trabajos de análisis de las iniciativas. De conformidad con declaraciones de los senadores involucrados, se tiene previsto que en el mes de septiembre de 2013 se presente ante el Pleno del Senado la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expida el código procesal penal único, que consideramos tendrá una gran ventaja por la ruta seguida en su elaboración, contará con la aprobación de la mayoría de los partidos políticos, por lo menos en el Senado. Previendo fechas y tiempos legislativos, y partiendo del ritmo acelerado en la dinámica de trabajo de la Comisión de Justicia en el Senado, muy probablemente en enero de 2014 pueda estarse discutiendo en la Cámara de Diputados un proyecto de código.

VI. REFLEXIONES FINALES

En este trabajo hemos presentado los esfuerzos que desde el Senado de la República en la LXII Legislatura se han realizado para cumplir con la tarea de implementar el nuevo sistema de justicia penal. No hay duda de que se han realizado avances importantes y se ha logrado formar acuerdos entre las cámaras del Congreso, lo que facilita en mucho la labor. Sin embargo, falta aún mucho trabajo, y estamos a menos de tres años de que venza el plazo. Con esto no insinuamos que el tiempo debe ser factor preeminente; el diseño de un código que pone en funcionamiento un nuevo sistema de

justicia penal en toda la República no puede tomarse a la ligera ni *legislarse al vapor*.

También hemos dado cuenta del riesgo de retrocesos. Otorgar fe pública al Ministerio Público, permitir la delegación de tareas jurisdiccionales a funciones menores, negar la presunción de inocencia al exigir la acreditación de la no culpabilidad, la figura del arraigo y la libertad provisional bajo caución, son errores graves que sin embargo se corre el peligro de que por descuido u omisión intencionada se conserven en el nuevo sistema.

En efecto, hay aspectos que en la construcción de un código de procedimientos penales único que active el andamiaje de un sistema penal más garantista y transparente debe atender ineludiblemente los aspectos siguientes:

- Apego a los postulados constitucionales y a tratados internacionales.
- Consistencia con el sistema acusatorio-adversarial.
- Evitar remanentes del modelo inquisitorio.

Debe aprovecharse el momento de voluntad política, participación ciudadana y apertura a la opinión y asesoría de expertos especialistas en la conformación de un código adjetivo único. Los actores encargados deben aprovechar el momento, dotar de congruencia y consistencia a la normatividad en construcción, integrar la experiencia teórica y práctica de operadores directos en el sistema acusatorio mexicano, y atender a cabalidad los principios constitucionales del sistema acusatorio, configurar un proceso penal acorde a la realidad mexicana para que finalmente se construya un modelo eficaz y eficiente que genere confianza y credibilidad en la sociedad. Para asegurar la gobernanza, es ineludible la confianza en las instituciones.

Más allá de estar a menos de tres años del vencimiento de un plazo constitucional, nos encontramos en un momento clave para la consolidación de una transformación jurídica histórica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- BRAUN, Dietmar, “Hat die vergleichende Föderalismusforschung eine Zukunft?”, *Jahrbuch des Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, vol. 3, 2002.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2010.
- LANGER, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, CEJA 2008, reimpreso en *Revista de Derecho Procesal Penal*, número extraordinario II: *El Proceso Penal Adversarial*, 53, Buenos Aires, 2009.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, 1999.
- OZUNA SOLSONA, Rodrigo Arturo, *Por una política criminal coherente, unificada e integral: codificación penal única*, Fundación Miguel Estrada Iturbide, Investigar para legislar, México, Tatevari, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

TECNOLOGÍAS UTILIZADAS EN SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA

Vanessa DÍAZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Clasificación de tecnologías y sistemas de inteligencia*. III. *Otras fuentes de información en servicios de inteligencia y contrainteligencia*. IV. *Diversas tecnologías utilizadas para actividades de seguridad nacional*. V. *Sociedad proactiva en actividades de video-vigilancia*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliohemerografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La proliferación de tecnologías utilizadas en actividades de inteligencia y contrainteligencia ha tenido dos etapas, básicamente: durante la Guerra Fría y tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. En la Guerra Fría se vivió una de las carreras armamentistas más importantes en la historia de la humanidad; sin embargo, el desarrollo tecnológico de las últimas décadas ha permitido un avance significativo en áreas de inteligencia y contrainteligencia.

Por cuestiones metodológicas debemos establecer el marco referencial de servicios de inteligencia, el cual, para fines de esta investigación, se entiende como toda actividad que proporciona al gobierno información útil a través de la recolección, procesamiento y análisis de la información. Las actividades de inteligencia se dividen en estratégica y operacional o táctica. A su vez, la inteligencia se clasifica por sectores: exterior, interior, militar, criminal, económica, tecnológica, empresarial, etcétera.¹

* Candidata a doctora en derecho por la Universidad de Tasmania; académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (diazd@postoffice.utas.edu.au).

¹ *Cfr.* Johnson, Loch K., “Ethical Intelligence: A Contradiction in Terms?”, *Intelligence and National Security*, 24 de junio de 2009, pp. 367 y 368; Johnson, Loch K., “Preface to a Theory of Strategic Intelligence”, *International Journal of Intelligence and Counterintelligence*, núm. 16, invierno de 2003-2004, pp. 638-663.

En este trabajo se desarrollan —de manera enunciativa, mas no limitativa— algunas tecnologías utilizadas en actividades de inteligencia y contrainteligencia. La investigación se centra en la clasificación de productos y tecnologías utilizados en actividades de inteligencia y de defensa a partir de los trabajos de Johnson,² Haggerty,³ Clancey⁴ y Lyon.⁵ Además, se incluyen tecnologías químicas, biológicas, geofísicas y biométricas, por considerarlas relevantes en la discusión de este estudio.

Cabe señalar que no son objeto de estudio las medidas de control armamentista ni de desarme implementadas por diversas organizaciones internacionales; sin embargo, por cuestiones metodológicas, en los apartados sobre tecnología química, biológica y geofísica se mencionan los convenios relativos a la prohibición, destrucción y almacenamiento de armas de destrucción masiva (ADM). Ahora bien, en relación con la tecnología biométrica, se resalta la omisión de convenios o tratados internacionales relativos a la implementación de este tipo de tecnología.

En este mismo sentido, es importante resaltar las recientes actividades de vigilancia llevadas a cabo por la sociedad civil de una manera proactiva. Esta situación es una fase importante dentro del reposicionamiento del ciudadano como presupuesto básico de cualquier democracia. Sin embargo, debe reconocerse que el factor tecnológico ha impulsado este reposicionamiento.

El trabajo está dividido en cinco secciones. La primera sección (II) se identifica con la clasificación de tecnologías y los sistemas de información utilizados en las diferentes etapas de los servicios de inteligencia y contrainteligencia. La segunda sección (III) versa sobre otras fuentes de información implementadas. Mientras que en la tercera (IV) se identifican las diferentes tecnologías utilizadas para cuestiones de seguridad nacional. En la cuarta (V) se abordan versa sobre los diferentes proyectos desarrollados para

² Johnson, Loch K. (ed.), *The Oxford Handbook of National Security Intelligence*, Oxford University Press, 2010, 886 pp.; Johnson, Loch K. y Wirtz, James, *Intelligence and National Security: The Secret World of Spies-An Anthology*, 2a. ed., Oxford University Press, 2007, 564 pp.; Johnson, Loch K., *National Security Intelligence: Secret Operations in Defense of the Democracies*, Cambridge, Polity, 2012; Johnson, Loch K., *Bombs, Bugs, and Thugs: Intelligence and America's Quest for Security*, New York University Press, 2002, 298 pp.

³ Haggerty, Kevin D. y Ericson, Richard V. (eds.), *The New Politics of Surveillance and Visibility*, Canadá, University of Toronto Press, 2006, pp. 386.

⁴ Clancey, Garner y Lulham, Rohan, "Natural Surveillance", conferencia presentada en The Surveillance in/and Everyday Life Conference, Australia, Universidad de Sydney, 20-21 de febrero de 2012.

⁵ Lyon, David, "Surveillance after September 11 2001", *Sociological Research Online*, núm. 6, vol. 3, 2001.

una sociedad proactiva en actividades de video-vigilancia. Finalmente, en la quinta sección (VI) se brindan las conclusiones.

II. CLASIFICACIÓN DE TECNOLOGÍAS Y SISTEMAS DE INTELIGENCIA

Existen diversas tecnologías y sistemas de inteligencia utilizados en las distintas etapas de los servicios de inteligencia, los cuales pueden clasificarse en un núcleo básico, planificación, recolección, procesamiento, incluido el análisis, difusión y seguridad:⁶

- 1) En el núcleo básico se comprende la arquitectura y diseño de los sistemas, su interoperabilidad y compatibilidad; generalmente está compuesto por software y hardware, que constituyen las plataformas tecnológicas para productos de cifrado o encriptado.

Aquí se puede destacar la función, por ejemplo, de las siguientes agencias: la estadounidense *National Security Agency* (NSA),⁷ la británica *Government Communication Headquarters* (GCHQ),⁸ la española Centro Criptológico Nacional (CCN),⁹ y la australiana *Defence Signals Directorate* (DSD).¹⁰

Para la Oficina Federal alemana para la Seguridad de la Información (BSI, por sus acrónimos en alemán), la empresa Secunet desarrolló el núcleo básico —la arquitectura de red— que permite el procesamiento, almacenamiento y transmisión de documentos clasificados, así como de otros datos sensibles de manera segura. El producto es conocido como SINA, y cuenta con la aprobación para su procesamiento y transmisión de documentos clasificados de la OTAN y de la Unión Europea.¹¹

- 2) En la planificación se utilizan sistemas para dirigir y priorizar las tareas o necesidades, tanto para los usuarios como para los destinatarios.

⁶ Johnson, Loch K., *Bombs, Bugs, and Thugs: Intelligence and America's Quest for Security*, cit., p. 298.

⁷ Véase <http://www.nsa.gov/index.shtml> (consultada el 9 de agosto de 2013).

⁸ Véase <http://www.gchq.gov.uk/Pages/homepage.aspx> (consultada el 9 de agosto de 2013).

⁹ Véase <https://www.ccn.cni.es/> (consultada el 9 de agosto de 2013).

¹⁰ Véase <http://www.dsd.gov.au/index.htm> (consultada el 9 de agosto de 2013).

¹¹ Para mayor información sobre SINA puede verse el portal oficial de la empresa Secunet: <http://www.secunet.com/en/products-services/high-security/sina/> (consultada el 10 de agosto de 2013). La traducción es nuestra.

Un claro ejemplo es el Sistema Informático de Coordinación de Operaciones Antiterroristas (SICOA) de España. El SICOA es un programa y base de datos que sigue “de forma permanente” las investigaciones de la policía, la guardia civil y el Centro Nacional de Inteligencia, para evitar duplicidades y establecer caminos de coordinación en las operaciones antiterroristas.

En este mismo sentido, encontramos el Sistema Único de Información Criminal (SUIC) de México. El SUIC concentra y correlaciona diversas bases de datos que tiene el Estado en sus distintos órdenes de gobierno con el objetivo de coordinar las investigaciones criminales, especialmente en la lucha contra el narcotráfico.

Los sistemas de recolección son múltiples y variados, operan diversas plataformas.

Este tipo de sistemas se basa en redes de comunicación:

- Comunicaciones tradicionales: teléfono móvil y fijo, radio, transmisores, Internet, etcétera.
- Detección de la presencia de objetos o superficies y ubicación de su posición exacta, movimiento a distancia y acústica en algunos casos: radares, sistemas de posicionamiento global —GPS, GMS, GPRS—, etcétera.

Pero se complementa con la información proporcionada y recolectada por imágenes a través de cámaras o videocámaras, satélites y aviones no tripulados —conocidos como *Drones*—.

También se incluyen los sistemas electro-ópticos, los cuales abarcan láseres en la longitud de onda azul-verde —capaz de traspasar el agua, para las comunicaciones entre satélites y submarinos—, cables de fibra óptica e infrarrojos; estos últimos son utilizados para detectar camuflajes.

La empresa Getac¹² ofrece software especialmente para fotografías con aplicaciones de GPS. Mientras que la empresa AOPTIX Technologies colaboró con la fuerza aérea norteamericana para perfeccionar el programa Air-Ground Lasercom System.¹³ Por su parte, la

¹² Véase http://en.getac.com/products/Getac-Camera/Getac-Camera_overview.html (consultada el 16 de agosto de 2013).

¹³ Para conocer más del proyecto consúltese el portal oficial de la empresa AOPTIX Technologies: <http://www.aoptix.com/news-events/press-releases/71-defense-lasercom-news-air-force-flight-test-complete> (consultada el 16 de agosto de 2013).

empresa Thales provee a la fuerza armada francesa productos para el sistema global de navegación por satélite (GNSS).¹⁴

- 3) Para el procesamiento y análisis se utilizan sistemas que reciben, convierten e interrelacionan los datos, efectuando un análisis de los mismos.

Uno de los sistemas más completos de recolección de información es el denominado proyecto ECHELON;¹⁵ sistema mundial de interceptación de comunicaciones (COMINT) creado por los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda para vigilar rutinariamente y de manera indiscriminada, y registrar todas las formas de comunicaciones electrónicas en todo el mundo (tanto militares como civiles), supervisado por la *National Security Agency* (NSA).

Las agencias de estos países seleccionan la información que les sea útil a través de dos sistemas: el sistema de inteligencia artificial, llamado Memex, que utiliza palabras clave,¹⁶ y el programa de reconocimiento automático de voz, llamado Oratory, para interceptar llamadas telefónicas.

La *National Security Agency* (NSA) desarrolló dos programas para mejorar las capacidades de ECHELON. Uno de estos programas es *Oasis*, el cual crea automáticamente, legibles por máquina, transcripciones de emisiones de televisión y de audio; puede distinguir los ponentes individuales y detectar las características personales (como género). El otro programa es *Fluent*, el cual permite búsquedas de palabras clave de los materiales que no están en inglés. Esta herramienta no sólo busca los documentos pertinentes, sino que también los traduce, aunque el número de lenguas que actualmente se pueden traducir, al parecer, es limitado (en ruso, chino, portugués, serbo-croata, coreano y ucraniano). Además, *Fluent* muestra la frecuencia con la que se utiliza una palabra dada en un documento y puede manejar alternos deletreos en un plazo de búsqueda.

Actualmente existen algunas versiones muy similares de ECHELON: el español “Programa Santiago”, administrado por el Ministe-

¹⁴ Para mayor información véase el portal oficial de la empresa Thales: http://www.thalesgroup.com/Press_Releases/Markets/Aerospace/2012/20120405_Thales_to_provide_GPS_SA_ASM_receivers_for_French_Navy_Lynx_helicopters/ (consultada el 16 de agosto de 2013).

¹⁵ Véase <http://actionamerica.org/echelon/echelonwhat.html> (consultada el 16 de agosto de 2013).

¹⁶ Véase <http://www.memex.com/news/memex-implements-michigan-criminal-intelligence-system> (consultada el 16 de agosto de 2013).

rio de Defensa, cuyo objetivo principal es la captación de emisiones electromagnéticas y de imágenes en las zonas definidas como de interés estratégico para la seguridad nacional española.

En este sentido, cabe señalar que la empresa WCC Smart Search and Match¹⁷ desarrolló un sistema de información denominado ELISE, cuyos motores de búsqueda conjuntan información personal e información biométrica de individuos. Dicho sistema es utilizado para control migratorio e investigaciones criminales.

- 4) Por lo que respecta a los sistemas y tecnologías de difusión, éstos se encargan de canalizar la información a los usuarios finales; son programas o redes de comunicación entre servicios de información, generalmente de centros nacionales de inteligencia a los órganos de decisión —presidencia o primer ministro—.
- 5) Por último, los sistemas y tecnologías de seguridad son aquellos destinados a proteger los vínculos, depósitos y redes por donde transita la información, así como controlar su acceso. Programas de cifrado sobre datos, voz, sistemas de protección frente a intrusiones.

III. OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN EN SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA

En esta sección se hace mención de algunos de los diferentes sistemas de información y agentes que también son implementados en los servicios de inteligencia y contrainteligencia con el objetivo de recolectar información.

1. *Sistemas de información*

Total Information Awareness (TIA) es un proyecto del Departamento de Defensa estadounidense. TIA está diseñado para recopilar datos personales a gran escala, incluyendo correos electrónicos, llamadas telefónicas, registros financieros, hábitos de transporte, información clínica, entre otros. Incluye el software para predecir el comportamiento de un individuo sobre la base de lo que esa persona hace en línea.

Carnivore Diagnostic Tool (DCS 1000).¹⁸ *Carnivore* es un sistema del FBI que es utilizado para la lucha contra el terrorismo, el espionaje, la guerra de

¹⁷ Para mayor información sobre ELISE véase el portal oficial de la empresa WCC Smart Search & Match: http://www.wcc-group.com/page.aspx?menu=products_001&page=products_software (consultada el 16 de agosto de 2013).

¹⁸ Véase http://epic.org/privacy/carnivore/foia_documents.html (17 de agosto de 2013).

información, piratería y otros delitos graves que ocurren en Internet. Este sistema se implementó en 2000, hoy en día se ha perfeccionado.¹⁹

Inspección profunda de paquetes. Las empresas Siemens y Nokia elaboraron un programa denominado “centro de monitoreo”, el cual permite abrir los correos electrónicos, detectar mensajes con determinadas palabras en la Web y controlar masivamente el contenido de blogs. Este programa opera actualmente en Irán.

2. Agentes animales

Military Working Dogs (MWD). Estos perros, junto con sus manejadores, están desplegados en todo el mundo para ayudar a la policía y en operaciones militares. Los MWD han estado en la Segunda Guerra Mundial, en la guerra de Vietnam y recientemente en Afganistán; no sólo ayudan protegiendo las bases militares, sino que también detectan bombas, minas y droga.²⁰

US Navy Marine Mammal Programme. La armada norteamericana ha trabajado con mamíferos marinos desde 1950, cuando la armada comenzó a estudiar las características únicas de los mamíferos marinos, tales como la hidrodinámica de los delfines. Mediante el estudio de cómo los delfines se mueven en el agua, la marina perfeccionó el diseño de torpedos, barcos y submarinos. A diferencia de los buzos, los delfines son capaces de realizar continuas inmersiones profundas sin experimentar “las curvas” —enfermedad de descompresión—. Los delfines y leones marinos son animales de gran fiabilidad y adaptables, pero sobre todo a través de entrenamiento pueden buscar, detectar y marcar la ubicación de objetos en el agua.²¹

IV. DIVERSAS TECNOLOGÍAS UTILIZADAS PARA ACTIVIDADES DE SEGURIDAD NACIONAL

Aquí se desarrollan tecnologías utilizadas en actividades de seguridad nacional, las cuales abarcan las desde biométricas, químicas y biológicas, hasta las biotecnológicas y geofísicas.

¹⁹ Cfr. el testimonio de Donald M. Kerr, asistente del director del FBI, disponible en: http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/fbi/carnivore_tool.htm (consultada el 17 de agosto de 2013).

²⁰ Como ejemplo puede consultarse la descripción de la Real Fuerza Aérea Australiana: <http://www.airforce.gov.au/SFS/MWDTF/index.aspx> (consultada el 17 de agosto de 2013).

²¹ Para mayor información del programa véase la página oficial: <http://www.public.navy.mil/spawar/Pacific/71500/Pages/Animals.aspx> (consultada el 17 de agosto de 2013). La traducción es nuestra.

1. *Tecnología biométrica*

La biometría es una técnica automatizada que a través de características físicas y pautas de comportamiento identifica y verifica la identidad de las personas, animales y objetos.²² En este apartado nos centraremos en la identificación y verificación de personas. Las características biométricas más comunes son el rostro, iris,²³ huellas dactilares, características de la mano y voz, muestras biológicas (sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo), entre otras.

Los datos biométricos son datos personales sensibles y se les clasifica por el nivel de intrusión a la privacidad. Aunque hay datos biométricos que por sí solos no podrían identificar a una persona, al conjugarse dos o más datos biométricos, la identificación y verificación del titular de los datos elimina cualquier margen de error, pues se autentifica y reconoce que esa persona es quien dice ser.

No existe un tratado o convención internacional que verse sobre la información biométrica, y por ende la regulación depende de cada uno de los países que utilizan este tipo de tecnología. Generalmente la regulación recae en las leyes sobre privacidad y datos personales que contemplen la sistematización de la información, pero también el flujo de información tanto nacional como internacional.

Entre las aplicaciones de identificación se incluyen la identificación forense de huellas dactilares latentes, detección de sujetos en las famosas “listas negras” —terrorismo internacional, delincuencia organizada, etcétera— control fronterizo en las aduanas migratorias —a través de pasaportes y visas—, control de acceso a un recinto —sobre todo en áreas de máxima seguridad—, control de acceso a un sistema informático, control de identidad por las autoridades —a través de documentos nacionales de identidad—, utilización de servicios —cajeros automáticos, transporte público, asistencia a los lugares de trabajo, etcétera—, cobro de servicios —comercio electrónico, pago a distancia, etcétera—, utilización de dispositivos —teléfonos móviles, automóviles, etcétera—, redes sociales —Facebook, Google Picasa, etcétera—.

Hoy en día, los servicios policiales y de inteligencia elaboran dos tipos de perfiles biométricos. Los perfiles de tipo fisiológico incluyen los siguientes:

²² Hopkins, Richard, “An Introduction to Biometrics and Large Scale Civilian Identification”, *International Review of Law, Computers & Technology*, núm. 13, pp. 337-363.

²³ En el caso del iris, aunque es muy popular por las películas, no existe una gran cantidad de software y hardware que lo realicen con certeza, y ello conlleva a altos márgenes de error tanto en la captura de la información como en la lectura de la información.

identificación de huellas dactilares, reconocimiento del iris, reconocimiento de la retina, identificación de la geometría de la mano, reconocimiento de la geometría facial, reconocimiento mediante el uso de termogramas faciales, análisis de ADN, reconocimiento auricular, exploración del patrón venoso en la muñeca, etcétera. Entre los perfiles basados en comportamiento tenemos la identificación por la voz, reconocimiento de la firma, dinámica de pulsación en teclado, análisis del patrón de pisadas al caminar, etcétera.²⁴

2. *Tecnología química*

En esta sección nos referimos a las “armas químicas”. Aunque se tienen registros históricos de la existencia de flechas envenenadas, arsénico, entre otros,²⁵ oficialmente la existencia de armas químicas data de la Primera Guerra Mundial con los cartuchos lanzados que contenían gases de cloro y fosgeno. Para la Segunda Guerra Mundial las armas químicas se perfeccionaron. Actualmente, las antiguas armas químicas y las armas químicas abandonadas representan un problema real para los países.²⁶

Durante la Guerra Fría, Estados Unidos y la extinta Unión Soviética desarrollaron y conservaron arsenales de armas químicas. En las guerras de Iraq e Irán —en los años ochenta— se utilizaron el gas mostaza y agentes neurotóxicos. En 1994, Japón sufrió el envenenamiento en una zona residencial y ataques en el metro de Tokio (en 1995) con la sustancia sarín. Ahora bien, el término arma química se aplica a cualquier sustancia química tóxica, o a sus precursores, que puede causar la muerte, heridas, incapacidad temporal o irritación sensorial por su acción química. También se consideran armas las municiones o dispositivos destinados al lanzamiento de armas químicas, con carga o sin ella.²⁷

Cabe resaltar que la definición ofrecida por la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de

²⁴ Para información detallada sobre sistemas biométricos implementados tanto a nivel nacional como internacional se recomienda ver Díaz, Vanessa, “Sistemas biométricos en materia criminal: un estudio comparado”, *Revista IUS*, México, núm. 31, año VII, enero-junio de 2013, pp. 28-47.

²⁵ Por ejemplo, en la mitología griega personajes como Gerion y Paris pierden la vida por flechas envenenadas; mientras que los Borgia utilizaban venenos para acrecentar su poder.

²⁶ Véase <http://www.opcw.org/sp/novedades-y-publicaciones/publicaciones/fundamentos/> (consultada el 14 de agosto de 2013).

²⁷ *Cfr.* artículo II de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (CAQ), disponible en: http://www.opcw.org/index.php?eID=dam_frontend_push&docID=6354 (consultada el 14 de agosto de 2013).

Armas Químicas y sobre su Destrucción (CAQ)²⁸ incluye no sólo las sustancias químicas, sino también los agentes neurotóxicos (gases nerviosos).

A continuación se presenta la clasificación de agentes químicos —sustancias químicas que tienen el potencial de causar cambios fisiológicos en los seres humanos y animales— bajo el concepto ofrecido por la CAQ:

- Agente asfixiante: clase de armas químicas diseminadas en forma de gas. Son absorbidas por los pulmones, donde causan una acumulación de fluidos y la asfixia de la víctima.
- Agente de represión de disturbios (ARD): cualquier sustancia química no enumerada en una Lista, que puede producir rápidamente en los seres humanos una irritación sensorial o efectos incapacitantes físicos que desaparecen en breve tiempo después de concluida la exposición al agente. La policía o las fuerzas armadas utilizan a menudo estas sustancias químicas para controlar a las multitudes.
- Agente discapacitante: Agente químico que produce una debilitación temporal física o psicológica, incapacitando así a un ser humano o animal para el desempeño normal de sus tareas o funciones.
- Agentes neurotóxicos: conocidos también como gases nerviosos. Componente organofosforado sumamente tóxico y potencialmente letal que afecta al sistema nervioso, inhibiendo la enzima que permite la transmisión de impulsos nerviosos. Una sola gota de un agente neurotóxico absorbida por la piel puede causar la muerte. Los agentes neurotóxicos pueden dispersarse en forma líquida o en aerosol, lo que permite su inhalación o absorción por vía cutánea. Los agentes neurotóxicos se dividen en dos familias: los agentes G y los agentes V.
 - Agente G: familia de agentes neurotóxicos entre los que se encuentran el tabún, el sarín y el somán.
 - Agente V: grupo de agentes neurotóxicos estables, que es unas diez veces más tóxico que el sarín. Se encuentran los VA, VG y el VX.
- Agentes hemotóxicos: categoría de armas químicas que se dispersan como gases y que son absorbidos por vía pulmonar. Afectan la capa-

²⁸ La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (CAQ) es el primer tratado multilateral encargado de prohibir toda una categoría de armas de destrucción en masa (ADM). La CAQ consta de un preámbulo, 24 artículos y 3 anexos: el Anexo sobre Sustancias Químicas, el Anexo sobre Verificación y el Anexo sobre Confidencialidad. Disponible en: http://www.opcw.org/index.php?eID=dam_frontend_push&docID=6354 (consultada el 14 de agosto de 2013).

cidad de utilización del oxígeno por los hematíes y provocan falta de riego e incluso paro cardíaco.

- Agente vesicante: agente químico que afecta a la piel y en especial a las partes húmedas del cuerpo, como los ojos y las mucosas de los sistemas respiratorio y digestivo.

El anexo de la CAQ sobre sustancias químicas establece tres listas de sustancias químicas respecto a las que se prevé la aplicación de medidas de verificación a través de inspecciones por parte de la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPAQ), cuya función principal es la supervisión de su destrucción y la no proliferación de armas químicas.²⁹

	<i>Lista 1</i>
A.	Sustancias químicas tóxicas
1.	Alkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) fosfonofluoridatos de 0-alkilo (<C10, incluido el cicloalkilo). Ej. Sarín: Metilfosfonofluoridato de 0-isopropilo (107-44-8). Somán: Metilfosfonofluoridato de 0-pinacolilo (96-64-0).
2.	N,N-dialkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) fosforamidocianidatos de 0-alkilo (<C10, incluido el cicloalkilo). Ej. Tabún: N,N-dimetilfosforamidocianidato de 0-etilo (77-81-6).
3.	S-2-dialkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) aminoetilalkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) fosfonotiolatos de 0-alkilo (H ó <C10, incluido el cicloalkilo) y sales alquilatadas o protonadas correspondientes. Ej. VX: S-2-diisopropilaminoetilmetilfosfonotiolato de 0-etilo (50782-69-9).
4.	Mostazas de azufre: Clorometilsulfuro de 2-cloroetil (2625-76-5). Gas mostaza: sulfuro de bis (2-cloroetilo) (505-60-2). Bis(2-cloroetiltio)metano (63869-13-6). Sesquimostaza: 1,2-bis(2-cloroetiltio)etano (3563-36-8). 1,3-bis(2-cloroetiltio)propano normal (63905-10-2). 1,4-bis(2-cloroetiltio)butano normal (142868-93-7). 1,5-bis(2-cloroetiltio)pentano normal (142868-94-8). Bis(2-cloroetiltio)metiléter (63918-90-1). Mostaza O: bis(2-cloroetiltio)éter (63918-89-8).

²⁹ Véase <http://www.opcw.org/sp/> (consultada el 14 de agosto de 2013).

5.	Lewisitas: Lewisita 1: 2-clorovinildicloroarsina (541-25-3). Lewisita 2: bis(2-clorovinil) cloroarsina (40334-69-8). Lewisita 3: tris(2-clorovinil) arsina (40334-70-1).
6.	Mostazas de nitrógeno: HN1: bis(2-cloroetil) etilamina (538-07-8). HN2: bis(2-cloroetil) metilamina (51-75-2). HN3: tris(2-cloroetil) amina (555-77-1).
7.	Saxitoxina (35523-89-8).
8.	Ricina (9009-86-3).
B.	Precusores
9.	Fosfonildifluoruros de alkilo (metilo, etilo, propilo (normal o isopropilo)). Ej. DF: metilfosfonildifluoruro (676-99-3).
10.	0-2-dialkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) aminoetilalkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) fosfonitos de 0-alkilo (H o <C10, incluido el cicloalkilo) y sales alquiladas o protonadas correspondientes. Ej. QL: 0-2-diisopropilaminoetilmetilfosfonito de 0-etilo (57856-11-8).
11.	Cloro Sarín: metilfosfonocloridato de 0-isopropilo (1445-76-7).
12.	Cloro Somán: metilfosfonocloridato de O-pinacolilo (7040-57-5).
<i>Lista 2</i>	
A.	Sustancias químicas tóxicas
1.	Amitón: Fosforotiolato de 0,0-dietil S-2-(dietilamino) etil y sales alquiladas o protonadas correspondientes (78-53-5).
2.	PFIB: 1,1,3,3,3-pentafluoro-2-(trifluorometil) de 1-propeno (382-21-8).
3.	BZ: Bencilato de 3-quinuclidinilo* (6581-06-2).
B.	Precusores
4.	Sustancias químicas, excepto las sustancias enumeradas en la Lista 1, que contengan un átomo de fósforo al que esté enlazado un grupo metilo, etilo o propilo (normal o isopropilo), pero no otros átomos de carbono. Ej. Dicloruro de metilfosfonilo (676-97-1). Metilfosfonato de dimetilo (756-79-6). Excepción: Fonofos: etilfosfonotiolotionato de O-etilo S-fenilo (944-22-9).

* Este tipo de sustancia química está sometida a umbrales especiales para la declaración y verificación según la parte VII del Anexo sobre Verificación de la CAQ.

5.	Dihaluros N,N-dialkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) fosforamídicos.
6.	N,N-dialkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) fosforamidatos dialkílicos (metílicos, etílicos, propílicos (propilo normal o isopropilo).
7.	Tricloruro de arsénico (7784-34-1).
8.	Acido 2,2-difenil-2-hidroxiacético (76-93-7).
9.	Quinuclidinol-3 (1619-34-7).
10.	Cloruros de N,N-dialkil (metil, etil, propil (normal o isopropil)) aminoetilo-2 y sales protonadas correspondientes.
11.	N,N-dialkil (metil, etil, propil (propilo normal o isopropilo)) aminoetanol-2 y sales protonadas correspondientes. Excepciones: N,N-dimetilaminoetanol y sales protonadas correspondientes (108-01-0). N,N-dietilaminoetanol y sales protonadas correspondientes (100-37-8).
12.	N,N-dialkil (metil, etil, propil (propilo normal o isopropilo)) aminoetanol-2 y sales protonadas correspondientes.
13.	Tiodiglicol: sulfuro de bis (2-hidroxietilo) (111-48-8).
14.	Alcohol pinacolílico: 3,3-dimetilbutanol-2 (464-07-3).
<i>Lista 3</i>	
A.	Sustancias químicas
1.	Fosgeno: dicloruro de carbonilo (75-44-5).
2.	Cloruro de cianógeno (506-77-4).
3.	Cianuro de hidrógeno (74-90-8).
4.	Cloropicrina: tricloronitrometano (76-06-2).
B.	Precursores
5.	Oxicloruro de fósforo (10025-87-3).
6.	Tricloruro de fósforo (7719-12-2).
7.	Pentacloruro de fósforo (10026-13-8).
8.	Fosfito trimetílico (121-45-9).
9.	Fosfito trietilico (122-52-1).
10.	Fosfito dimetílico (868-85-9).

11.	Fosfito dietílico (762-04-9).
12.	Monocloruro de azufre (10025-67-9).
13.	Dicloruro de azufre (10545-99-0).
14.	Cloruro de tionilo (7719-09-7).
15.	Etildietanolamina (139-87-7).
16.	Metildietanolamina (105-59-9).
17.	Trietanolamina (102-71-6).

FUENTE: Anexo “Listas de sustancias químicas de la CAQ”.

3. *Tecnología biológica*

Las armas biológicas, al igual que las químicas, fueron utilizadas en la Primera y Segunda Guerra Mundial. Durante la Guerra Fría, los programas de armamento biológico se expandieron en países como Canadá, China, Corea del Norte, Cuba, Bulgaria, Egipto, Estados Unidos, India, Iraq, Irán, Israel, Japón, Laos, Reino Unido, Siria, Taiwán, Vietnam y la extinta Unión Soviética.

En 1972, oficialmente estos programas se detuvieron con la firma de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento y Destrucción de Armas Bacteriológicas (biológicas) y Tóxicas (CABT).³⁰ Sin embargo, la CABT no cuenta con un mecanismo de verificación ni organismo internacional que ejerza un control real de destrucción y no proliferación de armas biológicas.³¹

Las armas biológicas son organismos o toxinas que pueden matar o incapacitar a humanos y animales, a través del agua, el aire y la contaminación de alimentos en general. Los agentes biológicos utilizados como armas son las bacterias, virus y toxinas:

- Las bacterias son organismos microscópicos que viven libremente y que se reproducen por división simple y de fácil cultivo. Las enfermedades que producen a menudo responden al tratamiento con antibióticos.

³⁰ Se puede consultar el texto de la Convención en idioma inglés en: <http://www.opbw.org/convention/documents/btwcext.pdf> (consultada el 15 de agosto de 2013). Actualmente cuenta con 155 países que ratificaron la CABT y 16 países que están en proceso de firma.

³¹ Véase <http://www.opbw.org/> (consultada el 15 de agosto de 2013).

- Los virus requieren organismos vivientes para reproducirse, ya que no son seres vivos, son sólo información genética. Son como una especie de “parásitos” que dependen íntimamente del cuerpo que infectan. Los virus producen enfermedades que por lo general no responden a los antibióticos. No obstante, las drogas antivirales a veces son eficaces. Han existido programas de investigación genética para producir las llamadas quimeras, virus recombinados que tienen las características de varios antecesores.
- Las toxinas son sustancias venenosas que se encuentran y se extraen de plantas, animales o microorganismos vivos; algunas toxinas pueden producirse o alterarse por medios químicos. Algunas toxinas pueden tratarse con antitoxinas específicas y drogas selectas.

En 1984 se formó el Grupo de Australia,³² cuyo objetivo es el de garantizar, a través de medidas regulatorias de la exportación de determinadas sustancias químicas, agentes biológicos y elementos y equipos para la fabricación de sustancias químicas y biológicas de doble uso, que las exportaciones de dichos productos realizadas desde sus países no contribuyan a la proliferación de armas químicas y biológicas.³³

Actualmente, son 43 países, más la Comisión Europea, los que conforman el Grupo de Australia: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, República Checa, República de Chipre, República de Corea, Croacia, Dinamarca, República Eslovaca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza, República de Turquía y Ucrania.

A continuación se presenta una lista básica de agentes biológicos elaborada por los Estados miembros del Grupo Australia:

LISTA DE AGENTES BIOLÓGICOS

<i>Bacterias</i>	<i>Virus</i>	<i>Toxinas</i>	<i>Hongos</i>
Clostridium tetani	Virus de los Andes	Toxinas botulínicas ⁴	Fusarium sporotrichioides
Legionella pneumophila	Virus de Chapare	Toxinas de Clostridium perfringens	Fusarium langsethiae

³² Véase <http://www.australiagroup.net/es/index.html> (consultada el 15 de marzo de 2013).

³³ Véase <http://www.australiagroup.net/es/objetivos.html> (consultada el 15 de marzo de 2013).

<i>Bacterias</i>	<i>Virus</i>	<i>Toxinas</i>	<i>Hongos</i>
Yersinia pseudo-tuberculosis	Virus Chikungunya	Conotoxina	Coccidioides immitis
Bacillus anthracis	Virus Choclo	Ricina	Coccidioides posadasii
Brucella abortus	Virus de la fiebre hemorrágica de Crimea-Congo	Saxitoxina	
Brucella melitensis	Virus del dengue	Toxina Shiga	
Brucella suis	Virus Dobrava-Belgrado	Toxinas de Staphylococcus aureus	
Chlamydomydia psittaci (antes llamada Chlamydia psittaci)	Virus de la encefalitis equina del Este	Tetrodotoxina	
Clostridium botulinum	Virus del Ébola	Verotoxina	
Francisella tularensis	Virus Guanarito	Microcistina (Cian- ginosina)	
Burkholderia mallei (Pseudomonas mallei)	Virus Hantaan	Aflatoxinas	
Burkholderia pseudomallei (Pseudomonas pseudomallei)	Virus Hendra (Morbillivirus equino)	Abrina	
Salmonella typhi	Virus de la encefalitis japonesa	Toxina colérica	
Shigella dysenteriae	Virus Junín	Toxina diacetoxiscirpenol	
Vibrio cholerae	Virus del bosque de Kyasanur	Toxina T-2	
Yersinia pestis	Virus Laguna Negra	Toxina HT-2	

<i>Bacterias</i>	<i>Virus</i>	<i>Toxinas</i>	<i>Hongos</i>
Clostridium perfringens, tipos productores de toxinas epsilon	Virus de Lassa	Toxina modecina	
Escherichia coli enterohemorrágica, serotipo 0157 y otros serotipos productores de verotoxina	Virus de Louping ill	Toxina volkensina	
Coxiella burnetti	Virus Lujo	Lectina 1 de Viscum album (Viscumina)	
Rickettsia prowazekii	Virus de la coriomeningitis linfocítica		
	Virus Machupo		
	Virus de Marburg		
	Virus de la viruela del mono		
	Virus de la encefalitis del Valle de Murray		
	Virus Nipah		
	Virus de la fiebre hemorrágica de Omsk		
	Virus Oropouche		
	Virus de Powassan		
	Virus de la fiebre del Valle del Rift		
	Virus Rocío		
	Virus Sabia		
	Virus de Seúl		
	Virus Sin Nombre		
	Virus de la encefalitis de San Luis		

<i>Bacterias</i>	<i>Virus</i>	<i>Toxinas</i>	<i>Hongos</i>
	Virus de la viruela		
	Virus de la encefalitis equina venezolana		
	Virus de la encefalitis equina del Oeste		
	Virus de la fiebre amarilla		

FUENTE: Lista de agentes biológicos del Grupo de Australia.

A continuación se presenta una lista básica de patógenos vegetales elaborada por los Estados miembros del Grupo Australia.

<i>Bacterias</i>	<i>Virus</i>	<i>Hongos</i>
<i>Xanthomonas alibilineans</i>	Tymovirus latente andino de la patata	<i>Colletotrichum coffeanum</i> var. <i>virulans</i> (<i>Colletotrichum kahawae</i>)
<i>Xanthomonas campestris</i> pv. <i>citri</i>	Viroide del tubérculo fusiforme de la patata	<i>Cochliobolus miyabeanus</i> (<i>Helminthosporium oryzae</i>)
<i>Xanthomonas oryzae</i> pv. <i>oryzae</i> (<i>Pseudomonas campestris</i> pv. <i>oryzae</i>)	Virus del “bunchy top” del banano	<i>Microcyclus ulei</i> (sin. <i>Dothidella ulei</i>)
<i>Clavibacter michiganensis</i> subsp. <i>sepedonicus</i> (<i>Corynebacterium michiganensis</i> subsp. <i>sepedonicum</i> o <i>Corynebacterium sepedonicum</i>)		<i>Puccinia graminis</i> (sin. <i>Puccinia graminis</i> f. sp. <i>tritici</i>)
<i>Ralstonia solanacearum</i> razas 2 y 3 (<i>Pseudomonas solanacearum</i> razas 2 y 3 o <i>Burkholderia solanacearum</i> razas 2 y 3)		<i>Puccinia striiformis</i> (sin. <i>Puccinia glumarum</i>)
<i>Xylella fastidiosa</i>		<i>Pyricularia grisea</i> / <i>Pyricularia oryzae</i>

<i>Bacterias</i>	<i>Virus</i>	<i>Hongos</i>
		Deuterophoma tracheiphila (sin. Phoma tracheiphila)
		Monilia rorei (sin. Monilophthora rorei)

FUENTE: Lista de patógenos vegetales del Grupo de Australia.

A continuación se presenta una lista básica de patógenos animales elaborada por los Estados miembros del Grupo Australia.

<i>Bacterias</i>	<i>Virus</i>
<i>Mycoplasma mycoides</i> , subsp. <i>mycoides</i> SC (colonia pequeña)	Virus de la peste porcina africana
<i>Mycoplasma capricolum</i> , subsp. <i>capripneumoniae</i> (“cepa F38”)	Virus de la influenza aviar ²
<i>Borrelia burgdorferi</i>	Virus de la lengua azul
	Virus de la fiebre aftosa
	Virus de la viruela caprina
	Virus del herpes (enfermedad de Aujeszky)
	Virus del cólera porcino (sinónimo: virus de la peste porcina)
	Virus de la rabia
	Virus de la enfermedad de Newcastle
	Virus de la peste de pequeños rumiantes
	Enterovirus porcino tipo 9 (sinónimo: virus de la enfermedad vesicular porcina)
	Virus de la peste bovina
	Virus de la viruela ovina
	Virus de la enfermedad de Teschen
	Virus de la estomatitis vesicular
	Virus de la dermatosis nodular
	Virus de la peste equina

FUENTE: Lista de patógenos animales del Grupo de Australia.

En este mismo sentido se destaca la lista básica de agentes biológicos contenida en un manual de operaciones elaborado de manera conjunta por la marina, la armada, la fuerza aérea y la guardia costera de los Estados Unidos de América.

Esta publicación ofrece la doctrina para ayudar a los comandantes y el personal en la planificación, la preparación, desarrollo y evaluación de las operaciones en las que sus fuerzas puedan encontrar armas químicas, biológicas, radiológicas y nucleares, amenazas y peligros. Estos principios se aplican en toda la gama de operaciones militares.³⁴

<i>Bacteria y Rickettsia</i>	<i>Virus</i>	<i>Toxinas</i>
Ántrax (<i>Bacillus anthracis</i>)	Viruela (<i>Variola mayor</i>)	Botulina (toxina botulínica)
Plaga (<i>Yersinia pestis</i>)	Encefalitis Viral Equina (tanto la del Este, Oeste y de Venezuela)	Ricina (<i>ricinus communis</i>)
Fiebre Q (<i>Coxiella burnetii</i>)	Fiebres hemorrágicas virales (virus del Ébola, virus de la fiebre del Valle del Rift, virus de Marburg, virus de Lassa, virus del dengue, etcétera)	Enterotoxina estafilocócica B
Tularemia (<i>Francisella tularensis</i>)		Micotoxinas tricotecenos (T2)

FUENTE: Joint Chief of Staff, *Operations in Chemical, Biological, Radiological and Nuclear (CBRN) Environments*, Estados Unidos, 26 de agosto de 2008, apéndice C.

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) contempla un listado de 31 agentes biológicos dentro de los que se destacan la viruela, el ántrax, la peste, el botulismo, la tularemia, el tifus, la fiebre Q, la encefalitis equina venezolana, el Ébola y la influenza.³⁵

4. Biotecnología: ingeniería genética

La biotecnología³⁶ es una técnica utilizada para la manipulación del material genético de los organismos vivos. En este apartado nos centrare-

³⁴ Joint Chief of Staff, *Operations in Chemical, Biological, Radiological and Nuclear (CBRN) Environments*, Estados Unidos, 26 de agosto de 2008, p. i, disponible en: http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs/jp3_11.pdf (consultada el 15 de abril de 2013). La traducción es nuestra.

³⁵ Véase <http://www.nato-pa.int/default.asp?SHORTCUT=2> (consultada el 15 de abril de 2013).

³⁶ La biotecnología presenta muchos campos de aplicación: terapéuticos, diagnósticos,

mos en dos de los proyectos sufragados por la *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA) y realizados por universidades norteamericanas, como por ejemplo: la Universidad de California-Berkeley y el programa de sensores implantados a escarabajos cuyo director es el profesor Michel Maharbiz,³⁷ y el programa sobre manipulación de receptores biológicos de las plantas para la detección de explosivos, cuya directora es June Medford de la Universidad de Colorado.³⁸

5. Tecnología geofísica

Las técnicas de modificación ambiental tienen como objetivo alterar — mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales — la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.

La Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles (ENMOD, por sus acrónimos en inglés) es un instrumento de derecho internacional relacionado con el desarme, prohibiendo el empleo del medio ambiente como herramienta de combate.³⁹ Sin embargo, los programas —norteamericanos (HAARP) y rusos (SURA)— de investigación de Aurora Activa de Alta Frecuencia Utilizada han generado la expectativa de ser utilizados como armas de destrucción masiva (AMD).⁴⁰

Este tipo de programas se basan en experimentos de Nicolás Tesla, científico de las ondas de radio y electromagnetismo. Las antenas funcio-

alimentación, medio ambiente, etcétera. Los inicios de la biotecnología se remontan a Mendel en 1865, quien establece las bases de la genética.

³⁷ Singer, Emily, “TR10: Biological Machines”, *Technology Review*, marzo-abril de 2009, disponible en: <http://www.technologyreview.com/biomedicine/22111/> (consultada el 17 de abril de 2013); véase también <http://alt1040.com/2011/09/insectos-roboticos-espias-futuro> (consultada el 17 de abril de 2013).

³⁸ Véanse <http://wp.natsci.colostate.edu/medfordlab/> (consultada el 17 de abril de 2013) y <http://www.larazon.es/noticia/3940-ee-uu-modifica-geneticamente-plantas-que-cambian-de-color-ante-los-explosivos> (consultada el 17 de abril de 2013).

³⁹ El 10 de diciembre de 1976, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución 31/72, adoptó el ENMOD. El instrumento internacional consta de diez artículos y un párrafo anexo que se añade al final del texto de la Convención. La introducción que hace la Asamblea General de la ONU al Convenio se refiere claramente a la Resolución 1722 (XVI) del 20 de diciembre de 1961, en la que reconoce la importancia y el interés de todos los países por el desarme. Véase <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1976-enmod-convention-5tdm2l.htm> (consultada el 14 de abril de 2013).

⁴⁰ La Estación HAARP se encuentra cerca de Gakona, Alaska, mientras que la Estación SURA se ubica en Vasilursk, Rusia.

nan enviando una descarga electromagnética con dirección a la ionósfera; hacen que ésta se caliente y sirva como espejo para luego dirigir el rebote hacia su blanco.

En un principio, el objetivo de este tipo de programas era la elaboración de escudos antimisiles y para la comunicación con submarinos atómicos a gran profundidad; sin embargo, la amplia gama de aplicación de este tipo de tecnología abarca la provocación de lluvias, sequías, movimiento de nubes, incremento de tornados, provocación de rayos o relámpagos, generación de ondas sísmicas, incremento de tsunamis, entre otros.⁴¹

El Parlamento Europeo, en su resolución A4-0005/1999, señala que “pese a los convenios existentes, la investigación en el sector militar sigue basándose en la manipulación medioambiental como arma, tal y como pone, por ejemplo, de manifiesto el sistema HAARP con base en Alaska”.⁴² Por ello, más adelante en esa misma resolución solicita a los Estados miembros de la Unión Europea “integrar en su concepto de seguridad los objetivos de conservación del medio ambiente y desarrollo sostenible”.⁴³

V. SOCIEDAD PROACTIVA EN ACTIVIDADES DE VIDEO-VIGILANCIA

Como se mencionó anteriormente, una sociedad proactiva en actividades de video-vigilancia es una fase importante dentro del reposicionamiento del ciudadano como presupuesto básico de cualquier democracia.

Ahora bien, en las últimas décadas la búsqueda por la reforma del Estado y de la administración pública ha evocado términos como buen gobierno, gobernabilidad o nueva gestión pública o gobernanza o nueva gobernanza,⁴⁴ en aras de reposicionar al ciudadano como partícipe activo

⁴¹ Proyecto HAARP, disponible en: <http://www.haarp.alaska.edu/haarp/index.html> y Proyecto SURA, disponible en: <http://sura.nirfi.sci-nnov.ru/page2.html?height=1150&source>About.Sura/About.html> (consultadas el 14 de agosto de 2013).

⁴² Véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1999-0005+0+DOC+XML+V0//ES> (consultada el 14 de agosto de 2013).

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Desde mediados de los años noventa, especialmente en Europa, ha ido emergiendo un consenso creciente en torno a que la eficacia y la legitimidad del actuar público se fundamenta en la calidad de la interacción entre los distintos niveles de gobierno y entre éstos y las organizaciones empresariales y de la sociedad civil. Los nuevos modos de gobernar en que esto se plasma tienden a ser reconocidos como gobernanza, gobierno relacional o en redes de interacción público-privado-civil a lo largo del eje local/global. La reforma de las estructuras y procedimientos de las administraciones públicas pasan a ser consideradas desde la lógica de su contribución a las redes de interacción o estructuras y procesos de gobernanza. Comisión de las Comunidades Europeas, *La gobernanza europea. Libro Blanco*, Bruselas, 2001.

en el gobierno. Para algunos tratadistas, estos términos no son sinónimos aunque sí complementarios unos de otros.⁴⁵ Sin embargo, lo que aquí interesa es que a estos tratadistas se les ha vuelto prioritario buscar respuestas a preguntas como: “¿gobiernan los gobiernos?, ¿cuáles son las condiciones que hacen posible que los gobiernos estén en aptitud de gobernar?, ¿cómo ajustar a las fuerzas armadas, la policía y los servicios de inteligencia en las nuevas democracias?”, entre otros.

Es más, en términos generales, la “gobernanza” sirve para comprender positivamente y reformar normativamente la estructura y procesos de administración —gobierno— en todos aquellos ámbitos en que la burocracia o la nueva gerencia pública resultan inapropiadas. Dichos ámbitos incluyen, desde luego, todas las actuaciones públicas relacionadas con los temas más complejos, diversos y dinámicos de nuestro tiempo, como son los servicios de inteligencia y seguridad nacional.⁴⁶

Ahora bien, el gran desafío de la gobernanza en materia de seguridad nacional es reestructurar las responsabilidades, tareas y actividades de cada una de las instituciones, organizaciones y entidades que integran y participan en el ámbito de seguridad nacional.⁴⁷

Lo anterior, plantea exigencias importantes de rediseño organizacional, de personal, de procedimientos, de instrumentos de gestión y presupuesto, de transparencia y de responsabilidad en materia de seguridad nacional.⁴⁸

Hay quien señala que el enfoque de gobernanza o nueva gestión pública es estrictamente gubernamental, dejando fuera a la sociedad, ya que se enfoca a condiciones y comportamientos del gobierno; no obstante, esa postura es errónea, pues el objetivo de este “movimiento” —sin importar el nombre que se utilice— es construir un gobierno capaz para sus gobernados.⁴⁹

⁴⁵ Nos referimos a Crozier, Huntington, Watanuki, Weber, Pstrats, Jacquet, Pisani-Ferry, Tubiana, Calame, Marin, Scholte, Stiglitz, entre otros.

⁴⁶ Cfr. Inter-Parliamentary Forum on Security Sector Governance in Southeast Asia (IPF-SSG-SEA), “Special Issue on «Parliamentary Accountability and Security Sector Governance in Southeast Asia»”, *Dialogue and Cooperation*, núm. 3, 2006, p. 5. También véase Villanueva, Ernesto, *Transparencia y declaración patrimonial de los servidores públicos: alcances y límites del derecho a saber*, México, Editora Periodística y Análisis de Contenidos- Editorial e, 2008.

⁴⁷ Cfr. Cerrillo I Martínez, Agustín (coord.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, España, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, en Villanueva, Ernesto, *Transparencia y declaración patrimonial de los servidores públicos: alcances y límites del derecho a saber*, cit. Cfr. Inter-Parliamentary Forum on Security Sector Governance in Southeast Asia (IPF-SSG-SEA), “Special Issue on «Parliamentary Accountability and Security Sector Governance in Southeast Asia»”, cit., p. 5.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Cfr. Aguilar, Luis F., “El aporte de la política pública y la nueva gestión pública a la

Sin embargo, este reposicionamiento del ciudadano no es una invención u ocurrencia; al contrario, es un presupuesto básico en cualquier democracia. Veamos.

Primero. El Estado constitucional democrático se basa en dos pilares fundamentales; por un lado, el reconocimiento de las libertades públicas como limitante al poder público y, por el otro, el establecimiento de controles internos y externos de la administración pública.

Es por ello que “...el sector de la seguridad... debería estar sometido a las mismas exigencias de eficacia, de igualdad y de responsabilidad que cualquier otro servicio público”.⁵⁰ De lo contrario, el Estado no podría llevar a cabo sus funciones en condiciones de eficiencia, eficacia, equidad, legalidad, legitimidad y proporcionalidad.

Segundo. Bajo este supuesto, explica Miguel Acosta Romero que “el concepto de control externo e interno, se refiere a los procedimientos administrativos de gestión, evaluación, gasto público y cumplimiento de la legalidad...”.⁵¹ Y comenta que “...no existe... una clasificación sobre lo que puede considerarse como control externo e interno, pues aquél puede hacer referencia o bien a la intervención de alguno de los poderes de la Unión, o al llamado control de constitucionalidad”.⁵²

Aunado a lo anterior, Diego Valadés señala que un denominador común en los Estados constitucionales es el control eficiente del poder para garantizar el espacio de libertades individuales y colectivas, y la equidad entre los miembros de la colectividad.⁵³

Tercero. La doctrina en derecho comparado lo llama “control de constitucionalidad”, que es una atribución propia del Estado. Es decir, el Estado sería el único que puede “regular con voluntad propia la misma Constitución”⁵⁴ o

gobernanza”, conferencia presentada en el XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo, República Dominicana, octubre-noviembre de 2007.

⁵⁰ Annan, Kofi, “Peace and Development —One Struggle, Two Fronts”, *Discurso del secretario general de las Naciones Unidas dirigido a miembros del Banco Mundial*, Organización de las Naciones Unidas, 19 de octubre de 1999, p. 5.

⁵¹ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 1991, pp. 514 y 515.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Cfr.* Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, 2003, p. 2.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 345. Bien señala Eduardo García que “la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último,

“autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos”,⁵⁵ o también “control parlamentario como control político”.⁵⁶ Por ende, en cualquier democracia⁵⁷ es necesario que los Estados establezcan tanto controles internos como externos dentro de la administración pública, más aún tratándose de seguridad nacional.

Cuarto. Los controles internos son todas aquellas normas, mecanismos, valores y principios que se implementan desde la estructura interna de cada una de las instituciones, organizaciones y dependencias que participan o realizan funciones en materia de seguridad nacional. Los controles externos son todas aquellas normas jurídicas, mecanismos y principios que se implementan a través de los poderes judicial y legislativo, así como también los ciudadanos a partir de la participación social o cohesión social (auditorías sociales) a todas las instituciones y entidades que participan en actividades de seguridad nacional —tanto de defensa como de inteligencia—.

Ahora bien, el reposicionamiento del ciudadano está basado en la búsqueda de la participación ciudadana; pero en un sentido más activo, dejando atrás la representación de partidos.⁵⁸ El reposicionamiento no sólo busca

son accesorios, sino esenciales”. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, p. 45.

⁵⁵ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, p. 133.

⁵⁶ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002.

⁵⁷ Desde los griegos hasta Rousseau se visualizaba a la democracia como democracia directa, en la cual los ciudadanos ejercen el derecho a la participación en la toma de decisiones sin intermediación. La democracia se asocia desde entonces con soberanía popular, voluntad general e interés común.

En el concepto de democracia moderna —a diferencia de los antiguos— se incorpora el tema de la división entre la titularidad y el ejercicio del poder, el principio de la mayoría, el constitucionalismo y la representación política.

Esta concepción tradicional de la democracia se articula en torno al protagonismo central del pueblo, concebido como soberano, como un todo homogéneo y capaz de producir una voluntad colectiva, potencializando su libertad a través de la juridificación de la soberanía. Bien señala Salvador Nava Gomar: “La democracia implica la constante posibilidad de modificar cualquier cosa, y esa opción se hace jurídicamente viable en el texto constitucional”. También señala que: “la democracia es un anhelo de las sociedades civilizadas”. Nava Gomar, Salvador, “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2003, p. 14.

⁵⁸ Held, David, *Modelos de democracia*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial; Cunil, Nuria, “Repensando lo público a través de la sociedad: nuevas formas de gestión pública y representación social”, *Administración y Desarrollo*, núm. 37, 2002, pp. 122-126; Sartori, Giovanni, “En la defensa de la representación política”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 91, 1999; Laporta, Francisco J., “El cansancio de la democracia”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 99, 2000.

“una mayor incorporación de los ciudadanos al debate y a la deliberación de las políticas públicas”,⁵⁹ sino impulsar mecanismos de coparticipación y corresponsabilidad entre el gobierno, el sector privado —industrias que producen equipo y tecnología militar— y los ciudadanos en diferentes rubros, incluido el de seguridad nacional.

El avance tecnológico ha permitido que la sociedad pueda realizar actividades de vigilancia desarrolladas fundamentalmente por el Estado. Las actividades de vigilancia se han desarrollado por el impulso simultáneo de la proliferación de la tecnología y de los progresos de la cienciometría.

En este apartado mencionaremos algunos proyectos de video-vigilancia que actualmente se encuentran en operación y cuya información puede ser utilizada para actividades de seguridad nacional. Dos de las características en la elección de proyectos es, por un lado, la participación de centros de investigación y/o sociedad y, por el otro, que la información obtenida es utilizada para el desarrollo de tecnología en servicios de inteligencia.

- Sistema de Observación Terrestre (EOS, por sus acrónimos en inglés) operado por la NASA. EOS está compuesto por una serie de satélites coordinados en las orbitas polares; estos satélites están diseñados para monitorear los componentes claves del sistema climático y comprender sus interacciones a través de observaciones a largo plazo a nivel mundial (<http://eosps0.gsfc.nasa.gov/>).
- Censo de Vida Marina (Census of Marine Life) es una organización mundial cuyo objetivo es estimular el conocimiento de la vida marina a través de la investigación y análisis. Desde 2010 ha llevado a cabo diecisiete proyectos, de entre ellos destaca el proyecto OBIS (<http://www.coml.org/global-marine-life-database-obis>).
 - El Sistema Oceánico de Información Biográfica (OBIS, por sus acrónimos en inglés) es un sistema de información internacional sobre biodiversidad marina. Proporciona datos científicos geo-referenciados de las especies marinas; actualmente contiene cerca de 30 millones de registros geo-referenciados perfectamente identificados de especies de más de 800 bases de datos (a septiembre de 2010) (<http://www.iobis.org/>).
- Monitoreo Marino es operado por la Red de Monitoreo Marino (OTN, por sus acrónimos en inglés). El objetivo es recopilar datos

⁵⁹ Laporta, Francisco J., “El cansancio de la democracia”, *op. cit.*, p. 21.

completos sobre animales marinos en relación con el cambio de las propiedades físicas del océano. A pesar de su sofisticada tecnología, el seguimiento es bastante simple. Los científicos etiquetan una amplia gama de especies acuáticas —desde salmón, atún, ballenas, tiburones, pingüinos, cangrejos, entre otros— con pequeños transmisores electrónicos que se implantan quirúrgicamente o fijados externamente. Las etiquetas y receptores pueden ser equipados con sofisticados sensores que miden la temperatura del océano, la profundidad, salinidad, corrientes, química y otras propiedades (<http://oceantrackingnetwork.org/index.html>).

- Smithsonian Wild, operado por el Instituto Smithsonian. Su objetivo es estudiar la diversidad de la vida silvestre a través de video cámaras en una amplia gama de hábitats en todo el mundo. Actualmente cuenta con nueve proyectos, se destacan el Amazon Rainforest y Panama Palm Tree Survey (<http://siwild.si.edu/about.cfm>).
 - *Amazon Rainforest Peru*. Los objetivos del proyecto son: 1) realizar un inventario de las especies de mamíferos en una región no estudiada con anterioridad de la Amazonia peruana, y 2) investigar el impacto de carnívoros, en especial del ocelote (*Leopardus pardalis*) en la exploración de petróleo (<http://nationalzoo.si.edu/SCBI/MAB/research/arabela/default.cfm>).
 - *Panama Palm Tree Survey*. El objetivo es determinar la comunidad de mamíferos que se alimentan de dos especies de palmeras: *Attalea butyracea* o *standleyanum Astrocaryum*. Algunas cámaras también se instalaron en los árboles para registrar a los animales arborícolas que se alimentan de estos frutos (<http://agoutienterprise.wordpress.com>).
- Coalición Fronteriza de Alguaciles de Texas (TBSC, por sus acrónimos en inglés) es una asociación público-privada para implementar la vigilancia de la frontera de Texas en la comunidad virtual en tiempo real, a través de la participación de ciudadanos (<http://www.blueservo.net/about.php>).

La información recolectada por estos proyectos ayuda en la comprensión y desarrollo de productos y tecnologías utilizados en actividades de inteligencia y defensa.

VI. CONCLUSIONES

El tema de servicios de inteligencia y contrainteligencia es complejo y de actual coyuntura, que debe ser estudiado con enfoques multidisciplinarios. Más aún tratándose de la tecnología implementada para realizar dichas actividades. Hoy más que nunca, las actividades en materia de seguridad nacional deben someterse a lo que la doctrina llama “supremacía civil”; es decir, reposicionar al ciudadano como verdadero soberano de un Estado constitucional democrático. Por lo que las actividades de seguridad nacional tendrían las mismas exigencias de eficacia, de igualdad y de responsabilidad que cualquier otro servicio público.⁶⁰

Hoy en día existen diferentes programas y/o proyectos de carácter civil que con la información recolectada ayudan no sólo en la comprensión y desarrollo de productos, sino también en el desarrollo de tecnologías utilizadas en actividades de inteligencia y defensa.

Sin duda, el desarrollo tecnológico de las últimas décadas ha permitido un avance significativo en áreas de inteligencia y contrainteligencia. Este trabajo, por un lado, se centra en la clasificación de productos y tecnologías utilizadas en actividades de inteligencia y de defensa. Esto sin duda es de real importancia por considerar que pocos estudios identifican el producto o tecnología con la empresa que los desarrolla y diseña. Mientras que, por el otro, describe —de manera enunciativa más no limitativa— las tecnologías: químicas, biológicas, geofísicas y biométricas.

VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 1991.

AGÜERO PIWONKA, Felipe, “Democracia en España y supremacía civil”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 44, 1988.

———, *Militares, civiles y democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

AGUILAR, Luis, F., “El aporte de la política pública y la nueva gestión pública a la gobernanza”, conferencia presentada en el XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo, Republica Dominicana, octubre-noviembre de 2007.

ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002.

⁶⁰ Annan, Kofi, “Peace and Development –One Struggle, Two Fronts”, *op. cit.*, p. 5.

- BAN, Ki-Moon, “Securing Peace and Development: The Role of the United Nations in Supporting Security Sector Reform”, *Reporte del Secretario General de las Naciones Unidas 2008*, Organización de las Naciones Unidas.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.
- CENTRO PARA LA SEGURIDAD, EL DESARROLLO Y EL ESTADO DE DERECHO, *Política de seguridad nacional*, Ginebra, DCAF, 2008.
- , *Servicios de inteligencia*, Ginebra, DCAF, 2008.
- CLANCEY, Garner y LULHAM, Rohan, “Natural Surveillance”, conferencia presentada en *The Surveillance in/and Everyday Life Conference*, Universidad de Sydney, Australia, 20-21 de febrero de 2012.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *La gobernanza europea. Libro Blanco*, Bruselas, 2001.
- COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Documento de trabajo sobre una decisión del Consejo relativa a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza*, Parlamento Europeo, 10 de abril de 2007, DT\660824ES.doc, disponible en: http://www.euro.parl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824es.pdf (consultada el 16 de agosto de 2013).
- DEL ÁGUILA, Rafael, “La democracia”, *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta.
- EUROPEAN COMMISSION, *Biometrics in Europe, Trend Report 2007*.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006.
- HAGGERTY, Kevin D. y ERICSON, Richard V. (eds.), *The New Politics of Surveillance and Visibility*, Canadá, University of Toronto Press, 2006.
- HELD, David, *Modelos de democracia*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial.
- HOPKINS, Richard, “An Introduction to Biometrics and Large Scale Civilian Identification”, *International Review of Law, Computers & Technology*, núm. 13.
- INTER-PARLIAMENTARY FORUM ON SECURITY SECTOR GOVERNANCE IN SOUTHEAST ASIA (IPF-SSG-SEA), “Special Issue on «Parliamentary Accountability and Security Sector Governance in Southeast Asia»”, *Dialogue and Cooperation*, núm. 3, 2006.
- JANOWITZ, Morris, *The Professional Soldier: A Social and Political Portrait*, A Free Press Paperback, 1964.

- JOINT CHIEFF OF STAFF, *Operations in Chemical, Biological, Radiological and Nuclear (CBRN) Environments*, Estados Unidos, 26 de agosto de 2008.
- JOHNSON, Loch K., “Ethical Intelligence: A Contradiction in Terms?”, *Intelligence and National Security*, 24 de junio de 2009.
- , “Preface to a Theory of Strategic Intelligence”, *International Journal of Intelligence and Counterintelligence*, núm. 16, invierno de 2003-2004.
- , *Bombs, Bugs, and Thugs: Intelligence and America’s Quest for Security*, Estados Unidos, New York University Press, 2002.
- , *National Security Intelligence: Secret Operations in Defense of the Democracies*, Cambridge, Polity, 2012.
- (ed.), *The Oxford Handbook of National Security Intelligence*, Estados Unidos, Oxford University Press, 2010.
- y WIRTZ, James, *Intelligence and National Security: The Secret World of Spies-An Anthology*, 2a. ed., Estados Unidos, Oxford University Press, 2007.
- KOFI, Annan, “Peace and Development —One Struggle, Two Fronts”, *Discurso del Secretario General de las Naciones Unidas dirigido a miembros del Banco Mundial*, Organización de las Naciones Unidas, 19 de octubre de 1999.
- KOHN, Richard H., “How Democracies Control the Military”, *Journal of Democracy*, vol. 8, núm. 4, 1997.
- NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL, *Privacy & Biometrics Building a Conceptual Foundation*, Estados Unidos, The President of the United States Executive Office, 2006.
- NAVA GOMAR, Salvador, “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2003.
- NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- LYON, David, “Cyberspace Sociality: Controversies over Computer-Mediated Communication”, en LOADER, B. (ed.), *The Governance of Cyberspace*, Londres, Nueva York, Routledge, 1997.
- , “Facing the Future: Seeking Ethics for Everyday Surveillance”, *Information Technology and Ethics*, 2001.
- , “Surveillance after September 11 2001”, *Sociological Research Online*, núm. 6, 2001.
- , *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, Buckingham, Open University Press, 2001.

———, *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*, Cambridge, Polity Press, 1994.

VALADÉS, Diego, *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, 2003.

VILLANUEVA, Ernesto, *Transparencia y declaración patrimonial de los servidores públicos: alcances y límites del derecho a saber*, México, Editora Periodística y Análisis de Contenidos-Editorial e, 2008.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

MIGUEL RAMOS ARIZPE: PROVINCIALISMO RESPONSABLE, FEDERALISMO EN FORMACIÓN

Rafael ESTRADA MICHEL

Para don Jorge Wülker, maestro de tantísimas cosas, desde aquellas lejanas “Lecturas 29”

SUMARIO: I. *Hipótesis de partida*. II. *La discusión que constituye*. III. *Un formidable debate*. IV. *Bibliografía*

I. HIPÓTESIS DE PARTIDA

Hemos de hablar del padre Miguel Ramos Arizpe, polemista. Como tal, el parlamentario coahuilense es, desde temprano en las Cortes, un personaje dúctil, complejo, lleno de aristas. No es, simplemente, el “padre del federalismo mexicano” por la idea que tuvo de implementar e impulsar las diputaciones provinciales en Cádiz. Hay algo más que es necesario desentrañar. Y para ello es indispensable hacerse cargo de lo discutido por tirios y troyanos en aquel Congreso panhispánico de 1810-1814.

El tema de las diputaciones provinciales, por su parte, también se ha simplificado a efectos historiográficos. Es mucho más complejo y dice mucho más de las mentalidades que se jugaban el control de las Cortes. Tiene que ver con el imaginario territorial, ese que hacía su aparición como elemento definidor de la mentalidad política moderna y que jugaba en formas muy diversas en dependencia directa del grupo al que pertenecía, no con estricta disciplina por supuesto, cada parlamentario. Marie Laure Rieu-Millan supo ver la cuestión hace lustros, y sorprende que la historiografía al uso no haya seguido decididamente la línea trazada por ella (Rieu-Millan, 1990, pp. 246-253). El pulso suscitado entre “regnícolos” y “provincialistas” tal vez pueda contribuir a explicar la razón por la cual, tras el “momento

gaditano”, “la América hispana se disgregó territorialmente y España no” (Lorente y Portillo, 2012, p. 194).

¿Qué entienden por “provincia” los diputados? Arizpe, por ejemplo, entiende cosas distintas a Florencio del Castillo, diputado por Cartago de Costa Rica y, andando el tiempo, constituyente mexicano por Oaxaca. Sus orígenes los determinan. Las incommensurables extensiones propias de las provincias internas, la misma pluralidad de éstas, la lejanía respecto de la sede decisional (México, Guadalajara, Madrid) y los antiguos intentos por configurar un quinto virreinato en la famosa “Nueva Vizcaya” hacen de don Miguel un regnícola muy peculiar, como procuraremos probar en este trabajo. Su pretendido liderazgo de la causa provincialista en el Congreso de la Monarquía debe encorchetarse con miras a realizar un muy benéfico inventario.

Se ha sostenido que los Estados de la Unión Mexicana provienen de las diputaciones. Esto no es tan claro si se observa el imaginario intendencial. No explica, en cualquier caso, la razón por la que, en pleno trance de 1823-1824, Arizpe cede ante la posibilidad de que existan Estados federados de carácter multiprovincial, ajenos a la idea de “una provincia, una diputación”, tan cara a otros doceañistas americanos.

Arizpe no es un provincialista. Al menos no un provincialista irresponsable. En 1821 promueve con otros novohispanos el célebre plan de las tres secciones de Cortes para evitar, entre otras cosas, la invertebración de los reinos americanos. Ya ha mostrado el profesor Sánchez Arcilla lo cercano que es al Plan de Iguala en sus líneas maestras. Y el Plan de Iguala, para Guatemala y para México, no puede entenderse sino como regnícola, como protector de los antiguos reinos. Algo similar a lo que, me parece, procuraba hacer Arizpe respecto de sus provincias internas.

Si en 1824 promueve la existencia de Estados multiprovinciales, como Coahuila y Texas, lo hace alejándose de la idea, suscrita por él en las Cortes del Trienio y al fin triunfante a mediados de 1821, de que a América debería dársele el mismo tratamiento que a Europa, consistente en cumplir a la letra el artículo 325 de la Constitución de Cádiz y conceder a cada intendencia y/o provincia tanto una jefatura política como una diputación provincial.

Como ha señalado Roberto Breña en más de una ocasión, Arizpe se manifiesta en varias ocasiones contrario a la insurrección de Hidalgo. No está por la invertebración de la Monarquía, mucho menos por su desmembración, sino por su estructuración y subdivisión lógica o, si se prefiere, racional e ilustrada. Si los reinos, virreinos o “secciones de Cortes” caben en ella, tanto mejor.

La nación, en sentido esencialista, no aparece en Arizpe como un determinante de su pensamiento constitucional. No lo hacen la nación mexicana ni la española. Tampoco el *third country* del que recientemente ha hablado Huntington. Es más un ilustrado racionalista que un nacionalista romántico. Por eso es que verlo como un héroe de la independencia resulta exótico aunque no necesariamente inexacto, dada la complejidad de los tiempos que le tocaron vivir.

¿Sirven para sostener lo anterior las participaciones de Ramos Arizpe en las Cortes generales y extraordinarias de la Monarquía (1811-1814)? Veámoslo, en el contexto de las grandes discusiones sobre la diputación provincial, que en forma alguna pueden obviarse si es que aspiramos a comprender.

II. LA DISCUSIÓN QUE CONSTITUYE¹

En la sesión de las Cortes generales y extraordinarias de la Monarquía trasatlántica celebrada el 12 de enero de 1812, (DS, IV, p. 2606) se discute el artículo 322 del proyecto constitucional (que habría de ser el 324 definitivo): “El gobierno político de las provincias residirá en el jefe superior nombrado por el Rey en cada una de ellas”.

El chileno Fernández de Leiva, miembro de la Comisión de Constitución, se manifiesta en el pleno de acuerdo, pero sugiere dos jefes asociados, nombrados por la diputación. “No habrá un remedio sistemático contra el despotismo, si confiamos exclusivamente a un ministro de la Corona el gobierno de las provincias... la nación, en gran parte, desde nuestra gloriosa revolución, está habituada a que las provincias sean gobernadas por autoridades colectivas elegidas por ellas, y presididas por gobernadores de nombramiento real; y por lo tanto, será impolítico privarlas de este consuelo”. Resulta iluso temer al federalismo si dirigimos “prudentemente el espíritu público”.

¿A qué autoridades colectivas electas popularmente se refería Leiva? A las juntas provinciales surgidas para la defensa de los derechos de Fernando VII en contra de los Bonaparte. Quedó aprobado el artículo sin la adición propuesta, que habría potenciado exponencialmente la influencia de las diputaciones, pero la identificación entre éstas y el juntismo había hecho su

¹ Las participaciones, en su mayoría, han sido tomadas del *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias que dieron principio el 24 de setiembre de 1810, y terminaron el 20 de setiembre de 1813*, Madrid, Imprenta de J. A. García, 1870. Siempre que proceda, entre paréntesis haremos constar la página correspondiente del *Diario* (DS).

aparición en el debate: una aparición que resultaría determinante. Arizpe, diputado por Saltillo, provincia de Coahuila,² y por extensión (ciertamente autoconferida) por todas las lejanas provincias internas de Oriente, no participó, extrañamente, en el debate. No será la última vez que ocurra.

El artículo 324 (326) del proyecto que enviaba la Comisión constitucional se refería a la composición de las diputaciones provinciales. Como se incluyera al intendente dentro de los miembros de la Diputación Castillo, el diputado por Costa Rica se pregunta ingenuamente lo que pasaría con las provincias que no fueran intendencia (DS, IV, p. 2607).

Larrazábal, destacado diputado por Guatemala, se queja, y con su queja desvela el principio de la falta de concordancia conceptual entre lo que desde las diversas latitudes se entendía por “provincia”: con sólo siete diputados no se pueden colmar las aspiraciones de los pueblos. Más aún en América.

No es mi ánimo, y aun pienso que no conviene se erijan diputaciones en todos aquellos lugares que hasta hoy se reconocen como provincia o cabeza de partido que se distingue entre sí; bastan los ayuntamientos instituidos por nuestras leyes, restituidos que sean al uso amplio de sus facultades. Habiendo juntas en cada provincia subalterna, ya aquellos serían inútiles y aun perniciosos, por la contradicción que tal vez tendrían con las juntas, y quedarían los cabildos sin facultades ni objetos en qué ocuparse. Pero sí es muy debido que las diputaciones instituidas en las capitales se compongan de sujetos de todas las provincias (hablo según lo que hoy entendemos en América por provincia).

Aparece Ramos Arizpe: no en todas las provincias hay intendentes. Y debe eliminarse esta figura “semifrancesa”. Que se diga “primer jefe de Hacienda en la provincia”. En cuanto al número, debe atenderse a las circunstancias de cada entidad (DS, IV, p. 2608): “Es quimérico el querer que la Diputación de México o Cataluña se componga de siete solas personas”. Fundamental participación, puesto que da cuenta, además de su encomiable y precoz ductilidad constitucional circunstanciada, de lo lejos que se ha-

² La ambigüedad entre la representación de la “provincia” o del “ayuntamiento” capital de la misma es apreciable en prácticamente todos los casos de los diputados de Ultramar. Ramos Arizpe no es en modo alguno la excepción. Pero sí parece ser quien aprovecha la ambivalencia para hablar en nombre de todas las provincias internas de Oriente. *Cfr. Testimonio del poder e instrucciones que se dieron al señor doctor don Miguel Ramos y Arizpe como apoderado en Cortes Extraordinarias del Supremo Consejo de Regencia dado por el Ayuntamiento capitular de esta villa del Saltillo como adentro se expresa*, en Rodríguez Gutiérrez (2012, 119-136).

llaba entonces nuestro diputado de sospechar el engaño al que pretendían orillar la cuestión los liberal-peninsulares, mayoritarios en aquellas Cortes. Más aún, cabe preguntar qué es lo que entendía por “México”. Recuérdese que las provincias internas de Oriente no eran intendencia, sino comandancia, a saber qué tan “mexicana”.

Arizpe supone que ni el jefe político ni el intendente tendrán voto en la diputación, para no obstaculizar la economía de los pueblos, según lo declarado en el *Discurso preliminar*, obra de Agustín de Argüelles, cabeza visible de la Comisión proponente. Sólo los vecinos de las provincias tienen verdadero interés en el fomento económico de la misma. ¿Cómo podrían llenarse las miras del Discurso preliminar con un par de agentes del gobierno autorizados para votar en las determinaciones provinciales? Con el fundamental discurso, Arizpe se acerca a posiciones federalistas, que parten de una concepción de “libertad civil” (es decir, libertad no política ordenada al fomento económico) muy distinta a la de Argüelles, para quien la diputación era una agencia del gobierno central.

Para el Conde de Toreno, influyente liberal europeo, las diputaciones con más de siete miembros adquirirían una fuerza moral peligrosamente proclive a un federalismo como el de los Estados Unidos, que podría evolucionar al suizo y hasta a la independencia de las provincias ariscas. Prescindiendo de si el federalismo es o no lo adecuado para una Monarquía tan extensa, lo cierto es que el sistema de la Constitución no lo establece, y no debe irse en contra de lo ya aprobado, en su concepto. El Discurso preliminar busca proteger el individualismo económico, no los intereses de las provincias.

El doctor Borrull, representante de Valencia, opina, sensatamente, que los diputados deben ser tantos como los partidos en que se divida la provincia, tal como se hizo con las juntas provinciales provisionales, madres directas de la diputación gaditana.

El cubano Jáuregui, otro de los comisionados, se pregunta qué proporción puede haber entre la isla de Puerto Rico y el “inmenso y opulento reino de la Nueva España” (DS, IV, p. 2609). “Esto persuade que al menos debe hacerse diferencia entre unos y otros reinos a quienes hoy damos el nombre de provincias en América”. Si lo que se teme es el federalismo, lo mismo da una diputación de dos miembros que de trece. Incluso mientras más compacto es el cuerpo más tiende al particularismo.

Felipe Anér de Esteve, diputado por Cataluña (conviene que el lector tenga presente el origen levantino de varios constituyentes que se destacan en esta discusión) apoya la propuesta de Borrull. ¿Cómo puede temerse el

federalismo cuando todo dependerá del monarca? Si a cada partido no le corresponde un diputado, todos serán de la capital de la provincia. Nótese el arbitrario juego que se da a los conceptos relacionados con supuestas estructuras federales.

Para Argüelles, en cambio, la experiencia de las juntas confirma que los cuerpos numerosos tienden a la Federación y debilitan la acción del gobierno. Lo que se busca es que el absolutismo no prive a las provincias de participar en el fomento de su industria y prosperidad, pero debe moderarse también la excesiva libertad: por eso es que participan jefe político e intendente. No tienen carácter representativo. Cumplirán las funciones del antiguo acuerdo audiencial, y poco más (DS, IV, p. 2610). En el mismo sentido, opina el madrileño Zorraquín que el federalismo al que “por desgracia” ha conducido la revolución fue propiciado por el excesivo número de miembros de las juntas provinciales (DS, IV, p. 2611).

El catalán Creus es el encargado de responder: si el problema es el número de vocales, mejor deberían desaparecer las diputaciones, pues lo mismo da siete que trece para promover el federalismo. También de Cataluña, aunque liberal y sospechoso de jansenismo, el comisionado Espiga manifiesta sin tapujos el turgotianismo de su grupo: si se proponen las diputaciones es como concesión a las circunstancias, pues en realidad para la felicidad de los pueblos basta la ley y el equilibrio de poderes (DS, IV, p. 2612).

El debate muestra una curiosa e inédita alianza entre catalanes y americanos. ¿Por qué resultaba tan importante el número? Por una razón simple, que anuncia el tránsito hacia el nuevo régimen: para que todos los partidos, independientemente de su caracterización “provincial”, alcanzaran representación.

En la sesión del 13 de enero (DS, IV, p. 2616) Leiva, el chileno a quien ya hemos visto como miembro de la objetada Comisión, afirma que no habrá diputaciones solamente en los distritos mencionados en el artículo 11 (10), sino en todos los distritos que señale la posterior división “conveniente”, a la que compelerá el texto fundamental. Además, en su concepto, dado que el intendente acudirá a las sesiones de la diputación, es claro que deberá haber un intendente por distrito y que la intendencia se segregará del gobierno superior, cuestión de importancia superlativa a la hora de definir lo que ha de entenderse por “provincia”. No hay porqué temer al federalismo, sigue diciendo con sensatez, cuando hasta las ordenanzas municipales requieren la aprobación de las Cortes. Los diputados provinciales representan a sus provincias, si bien para los fines que la Constitución señala, que son los de agencia del gobierno.

El queretano Mariano Mendiola, también comisionado, pone el dedo en la llaga en lo que respecta a Nueva España: México puede considerarse capital de más de doce provincias o partidos, si se sigue el sistema de considerar provincia lo que antes se llamaba “reino”. Guadalajara, de nueve. Las provincias internas, de más de siete. La experiencia de los consulados muestra que si no se introducen medidas a favor de los partidos, siempre se beneficia a la capital. Propone por ello un correctivo para que la mayoría de los vocales no provenga de la capital provincial. Por lo demás, en su opinión, no puede haber federalismo sino entre potencias iguales.

Para Castillo, el costarricense (DS, IV, p. 2617), no se ha explicado lo que debe entenderse por “provincia”: si lo que “hasta aquí” o el “reino”. Si se toma por buena la asimilación al “reino”, es indispensable que a cada partido (“provincia”, según la denominación preconstitucional) corresponda un diputado. Los perjuicios en Ultramar serían, de lo contrario, enormes. La intervención demuestra que la Constitución (no sólo en este tema sino también en, por ejemplo, el de las elecciones de diputados a Cortes) se planteó sobre una base indefinida territorialmente hablando. Y distinta en lo que respecta a la consideración de lo europeo y lo americano. Arizpe, que no es un provincialista furibundo, se abstiene de participar en la definición. Y es que lo grisáceo favorece a las internas.

El otro gran liberal novohispano, José Miguel Guridi y Alcocer (DS, IV, p. 2618) apoya la propuesta de Borrull en la que fue una de sus poquísimas intervenciones parlamentarias en el tema. Los vocales son representantes del pueblo de la provincia, dígase lo que se diga. No se trata de provincialismo, que es la adhesión a una provincia en perjuicio del bien general de la nación, sino búsqueda de que el sistema general funcione.

Diego Muñoz Torrero, el importante liberal extremeño, protesta: si se da un diputado a cada partido, algunas diputaciones (particularmente en América) llegarían a ser demasiado poderosas. Dada su influencia en la Comisión y en el Congreso, podemos deducir que en el imaginario dominante a cada reino correspondería una diputación, lo que, como veremos, en América no resultó exacto.

Para Muñoz Torrero (DS, IV, p. 2619), si las diputaciones no obran con dependencia del gobierno serán instituciones democráticas, incompatibles con la Monarquía. Para evitar eso, así como el predominio de la capital, se establecería un turno entre los partidos en vía reglamentaria. Con tal promesa, el artículo quedó aprobado.

En la sesión del 14 de enero (DS, IV, p. 2622) se discute el artículo 328 (330 final):

Para ser individuo de la diputación provincial se requiere ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, mayor de 25 años, natural o vecino de la provincia, con residencia, a lo menos, de siete años, y que tenga renta bastante a mantenerse con decencia, proveniente de capitales propios, consistentes en bienes raíces, o empleados en la industria o el comercio; y no podrá serlo ninguno de los empleados de nombramiento del Rey, de que trata el artículo 316.

Ramos Arizpe ahora sí interviene, y en forma realista, incluso cruda: con la “desolación y las miserias a que se halla reducida la nación” no será fácil hallar en las provincias individuos que reúnan los requisitos. Los letrados, que son los más a propósito para desempeñar estos cargos, generalmente carecen de bienes raíces. Debe quedar, en su concepto, al arbitrio de la provincia el que este tipo de sujetos integre o no la diputación. Con ello vuelve a proponer abrir un marco de decisión para las localidades.

El artículo se votó, quedando suprimidas las referencias a los bienes raíces, la industria y el comercio, y agregándose, a propuesta del ilustre catalán Ramón Lázaro de Dou, el que los vocales “tengan lo suficiente para mantenerse”. El triunfo, pues, correspondió parcialmente a Arizpe, puesto que no se dejó a la consideración local la calificación de la reunión de los requisitos en los letrados.

El artículo 329 (331) prohíbe la reelección inmediata de vocales, con lo que los cuerpos se ven debilitados frente al jefe político y, por supuesto, frente a las Cortes, en tanto que el 332 (335) reduce el periodo de reunión de las diputaciones a noventa días de sesiones al año. Ramos Arizpe protesta de inmediato, si bien el tema antirreeleccionista le pasa extrañamente desapercibido: es imposible que en noventa días los cuerpos provinciales se hagan cargo de todas las funciones que se les señalan en los artículos siguientes. “Las gentes sensatas dirán que no hay talento en las Cortes para calcular y procurar el bien de la nación en grande”. Una limitación semejante frustrará la mediación de la Gran Bretaña en la América del Sur, entre otros males incalculables. Propone que, por ahora, se extienda el término de la reunión a seis meses, prorrogables hasta nueve “a la manera que la Constitución deja en la facultad de las Cortes ordinarias el que prorroguen las suyas hasta los cuatro meses”.

Acto seguido, Argüelles le replica agriamente (DS, IV, p. 2624): Arizpe olvida la naturaleza de las diputaciones. El que tengan noventa sesiones no implica que sólo se trabaje noventa días. Pueden dividirse estas noventa sesiones de tal forma que se tengan dos a la semana durante un año, como hacen los ayuntamientos. No entiende a qué viene sacar el asunto de la mediación inglesa, máxime que las “provincias” separadas no volverán

a reunirse por un asunto tan nimio como éste. Castillo se encarga de responder por parte de los americanos: “los asuntos de las diputaciones son de naturaleza más graves y más interesantes que los de los ayuntamientos, porque éstos sólo tienen por objeto a un pueblo, y aquellos miran a toda una provincia”. Con la propuesta de Argüelles, los diputados (en América, generalmente hacendados) quedarán obligados a residir durante dos años en la capital de la provincia, sin ingresos ni goce de sueldo. Muñoz Torrero contraataca: precisamente en razón de las distancias americanas fue que se propuso el que las diputaciones distribuyan sus sesiones en la forma en que les parezca conveniente. Borrull replica, con un casuismo levantino sumamente atendible: esto no debe fijarse en la Constitución, ni puede ser igual para todas las provincias.

Quedó aprobado el artículo, a pesar de la evidente debilidad de los argumentos a favor. Y es que la idea era debilitar lo más posible la acción de estos cuerpos, reduciéndolos casi a la calidad de sociedades de amigos del país. El turgotiano horror de los liberales hacia el federalismo es manifiesto. No será la última vez en su vida que Arizpe tenga que enfrentarlo.

En consecuencia de estos debilitamientos, Anér (DS, IV, p. 2626) propone que se fije en la Constitución el turno que corresponderá a los partidos en la elección de los siete diputados provinciales. La propuesta es admitida a discusión. Entre tanto, se discutirá en el pleno el artículo 334 (336): “Si alguna Diputación abusare de sus facultades, podrá el Rey suspender a los vocales que la componen, dando parte a las Cortes de esta disposición y de los motivos de ella para la determinación que corresponda. Durante la suspensión entrarán en funciones los suplentes”. Para Castillo debía solamente suspenderse “a los sujetos que han delinquido, para que jamás se piense que el Rey puede suspender sin causa a toda la Diputación”. Muñoz Torrero afirma que, en concepto de la Comisión, no se suspenderá a la Diputación, sino a los vocales, si bien el proyecto de precepto no distingue entre “todos” y “algunos”. A Jaime Creus, también catalán, le parece inaplicable en “países” remotos. Si se espera a que el rey suspenda a los vocales, para cuando llegue su orden habrá terminado el periodo de la diputación. Debe facultarse para ello a los virreyes “de las provincias”. Esta expresión constituye la única referencia en esta cuestión al cuerpo virreinal o regnícola. “Virreyes de las provincias”... ¿significa que ya quedó asumido que por “provincia” se entendería el antiguo distrito de superior gobierno? Sí. Al menos para Creus, que habla de la Diputación “del Perú”.

Argüelles defiende sus objetivos, pero no se atreve a mencionar al vicemonarca: se concede esta facultad al rey para que la diputación no se torne “insolente”. Pueden suspender el rey o su “delegado”... “Los jefes de Amé-

rica podrán igualmente suspenderlas si el Rey les delega su poder”. Parece clarísimo que para el grupo dominante en las Cortes el virrey no subsistiría como tal, al menos no como *alter ego* del rey. Pero sí que habría una especie de jefe superior multiprovincial. Conservando el nombre de “virrey” y confesando la metaconstitucionalidad de la medida, será lo que la novohispana *Comisión de consulta*, de la que formaba parte el mismísimo Guridi y Alcocer, determinará a pedimento del general Félix María Calleja el 29 de mayo de 1814: “por los antecedentes que hemos analizado, y cuando no por la suprema ley que es la salud del Estado, Vuestra Excelencia en concepto de Virrey tiene toda la plenitud de autoridad que pudiera explicar en el caso la Regencia del Reino... reconociendo ella misma esta necesidad, no ha querido significar otra cosa en la conservación *misteriosa* de aquel connotado” (en: González Obregón, 2012, II, p. 63). A resultas de este parecer, así como de los dictámenes del fiscal del gobierno y del auditor Melchor de Foncecerra, hermano del diputado doceañista por Valladolid de Michoacán, el virrey Calleja decretó el 12 de julio del mismo año catorce ser “esta Superioridad el único conducto de comunicación entre el mismo supremo gobierno y los jefes políticos y diputaciones provinciales *del reino*” (*idem*, II, p. 75). El alto gobierno en el reino se mantenía, aún ignorantes los funcionarios del golpe de Estado *persa* con que Fernando VII había desconocido el orden constitucional y la existencia misma de las diputaciones (*cf.*, en este mismo sentido, Cienfuegos Salgado, 2012, pp. 85-91).

En Cortes, la facultad suspensiva había sido aprobada en sus términos dos años antes. Arizpe, extrañamente, permaneció en silencio. Acaso le pareció que con conservarla en el ámbito delegado de los gobiernos superiores obtenía suficiente para sus provincias internas, si bien la interpretación vicemonárquica no podía satisfacerle. O quizá sí. El profesor Sánchez Arcilla lo supo ver con perspicacia cuando habló cercanamente a esta idea. De hecho, Ramos Arizpe seguirá pensando en términos regnícolas, de reinos o entramados multiprovinciales superiormente gobernados, incluso tras su cautiverio liberal: en 1821 apoya como diputado la propuesta de las tres secciones de Cortes, necesariamente pluriprovinciales (*Diario de sesiones de las Cortes Ordinarias*, Legislatura de 1821, sesiones del 25 y 26 de junio de 1821, III, pp. 2472 y ss.) y el Plan de Iguala, tan marcadamente regnícola. Entre 1821 y 1824 se manifiesta campeón del federalismo, pluralista pero no necesariamente uniprovincialista.

El artículo 335 (337) dejará la cuestión en una ambigüedad total, proclive a la suscripción de convenientes compromisos dilatorios entre provincialistas y regnícolas. Los vocales provinciales prestarán juramento ante el “jefe

superior de la provincia”. ¿A quién se refiere? ¿Al jefe político? ¿Al virrey? ¿Al capitán general? ¿Al intendente? No puede saberse hasta no conocer lo que las Cortes entendían por “provincia”, sobre todo en América, si bien el calificativo “superior” parece decir algo a favor del “reino”.

Florencio del Castillo, incansable y determinado por la preocupante situación de su “provincia”, formuló el 15 de enero las siguientes propuestas, que se enviaron a la Comisión de Constitución:

Artículo 334. Todos los años en el primer día que se instale la Diputación provincial, el *governador general* le presentará un manifiesto del estado político del *reino o provincia*, en el cual deberá indicar los vicios radicales que han dimanado del anterior sistema, y con respecto a Ultramar de las causas peculiares de colonización.

Artículo 336. El gobernador general tendrá un consejo compuesto de cinco individuos, vecinos de la provincia, de edad, probidad, y de la primera distinción, elegidos por el mismo jefe a su ingreso en el mando a propuesta de triple número que le presentará la Diputación provincial, debiendo durar en sus plazas todo lo que el mismo jefe dure en el mando.

Artículo 337. En todos los asuntos de gravedad deberá consultar el jefe a su consejo, y éste será responsable a la Diputación provincial del abuso que hiciere de sus facultades.

Pareciera que Castillo se resignó a que las diputaciones operaran como órganos de los antiguos reinos o distritos de superior gobierno y que, en tal virtud, tratara de convertirlas en pequeños parlamentos limitadores del poder de un “gobernador general” cuya existencia no se hallaría prevista por la Constitución pero que, al parecer, todos daban por supuesta. El diputado trata de poner orden en medio de una indefinición exasperante. Se olvida de que para otros diputados las diputaciones debían operar en demarcaciones mucho más pequeñas. Arizpe, de nuevo, calla.

En efecto, el 7 de enero (DS, IV, p. 2641) el nicaragüense López de la Plata había sugerido que, sin perjuicio de la posterior y “más conveniente” división del territorio español, “las Diputaciones *de cada reino*, en calidad de comisiones, propongan las divisiones que sea desde luego indispensable hacer *de provincias*”. La propuesta quedó admitida y pasó a la Comisión. Si algo había de pensamiento federal en aquella asamblea panhispánica, se trataba de abrir paso a través de legislaturas locales gradualmente funcionales.

En la sesión del 7 de febrero (DS, IV, p. 2742) se lee en Cortes un oficio del Ayuntamiento de Guatemala llamando a establecer en aquel reino la Junta mencionada en las instrucciones a su diputado, por no servir de nada

en América el sistema de juntas ideado para Europa. El diputado en cuestión, Larrazábal, hábilmente convierte esta solicitud, que ya nada podía tener que ver con la Constitución, en exigencia de ampliar las facultades de las diputaciones provinciales en Ultramar. Lee siete propuestas, entre las que destacan el nombramiento del jefe superior interino en tanto no lo haga el monarca, la presentación a las Cortes de las ideas que la diputación “juzgue conducentes para la legislación”, la intervención en los ramos de policía, hacienda y guerra y la legitimación para pedir la suspensión de una ley que resulte dañosa para la provincia. De inmediato (DS, IV, p. 2745) se rechaza la propuesta de Larrazábal para que el jefe político y el intendente carezcan de más voto que el de calidad (exclusivo del primero).

Federalistas o no, los provincialistas comenzaban a sufrir las primeras derrotas. El 10 de febrero (DS, IV, p. 2752) la Comisión de Constitución presenta varios proyectos de decreto, en los que:

- a) Se establecen los sitios en los que deberán establecerse diputaciones provinciales “mientras no llega el caso de hacerse la conveniente división del territorio español”: León (con Zamora y Salamanca); Burgos (Palencia y Soria); Valladolid (Ávila y Segovia); Madrid (Guadalajara); Cuenca (La Mancha); Aragón, Asturias, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla, Toledo, Valencia, Baleares y Canarias. En Ultramar “las habrá en cada una de las *provincias* que expresamente se nombran en el artículo 11 (10)”.
- b) Se establece que, no debiendo haber diputación en todas las provincias que habrán de elegir diputados a Cortes, deberán elegirse por electores de partido los diputados provinciales, tres por cada provincia que forme la diputación, concurriendo todos a la ciudad que haya de ser capital.
- c) Se establece que a lo más dos diputados provinciales han de ser vecinos del partido de la capital, “debiendo atender los electores a nombrarlos de diferentes puntos”.

Resultan más que apreciables los malabarismos lógicos que realiza la Comisión para evitar dotar con diputación a todas las provincias de América, que habrían formado legión. La disparidad de criterios basada en un castellano-centrismo poco disimulado parece notable (veintiún vocalías europeas vs. quince ultramarinas). El aluvión de reacciones catalanas, gallegas y americanas no se hace esperar: el 23 de febrero (DS, IV, p. 2811),

...opusiéronse a este decreto en la parte relativa a la Península los Sres. Giraldo, Gallego, Garóz, De la Serna, Aróstegui, García Herreros, Villanueva, Polo, Quintano y Creus, haciendo presente algunos de ellos los perjuicios que se seguirían a sus provincias que estaban en posesión de tal título, de que, agregándolas a otras, algunas inferiores en población y territorio, quedasen sin propia diputación provincial; por cuyo motivo recelaban que dicho decreto no sería acaso bien recibido... opinando todos los referidos señores que no debía, durante las actuales circunstancias, hacerse nueva división de provincias, y que por consiguiente debía establecerse una diputación provincial en cada una de las que en el día son reputadas como tales... Los Sres. Anér, Espiga, Argüelles y Pérez de Castro procuraron satisfacer a estos reparos, manifestando que la comisión se había propuesto hacer sólo una división interina de provincias... y que *sobre todo, había tenido presente la igualdad absoluta de derechos que disfrutaban los españoles peninsulares y ultramarinos*, según la cual, adoptándose en Ultramar el mismo sistema que en la Península, por lo que respecta a la división de provincias, siendo *inmenso el catálogo de las que componen aquellos vastos dominios*, se hacía preciso, no variándose el sistema peninsular, establecer en ellos un número tan crecido de diputaciones provinciales, que en el concepto de la comisión ofrecía muchos y muy graves inconvenientes.

De esta forma, las provincias peninsulares sacrificadas servían sólo como pretexto para mostrar una supuesta e ilusoria igualdad. ¿Era una cuestión de derechos individuales el tener diputación? ¿Lo era la división y articulación política del territorio? Por lo demás, el catálogo de las intendencias ultramarinas no era, ni mucho menos, “inmenso”. Podía mensurarse perfectamente, y podía concederse diputación a cada provincia sin más peligro para la Monarquía que la federalización, tan temida por los liberales de la Península.

En torno a América, habló Castillo: no debiendo haber diputación sino en “los reinos o provincias especificados en el artículo 11”, subsiste el problema de la enorme distancia “en que están situadas las provincias de un mismo reino”. Propone que, además de la Diputación de Guatemala, se cree una en “la provincia de Nicaragua”, agregándose a ésta las de Comayagua y Costa Rica, con lo que se evitaría que los viajes de los electores fuesen “tan dilatados”. Síntoma de la existencia de un debate al respecto, indica que no entra a considerar si debe haber una diputación en cada capitanía general o en cada intendencia.

El día 25 (DS, IV, p. 2819) Gordo, diputado por Zacatecas, cuestiona: ¿dónde está aquella división provincial “más acomodada y mejor” que prometió el vallisoletano Evaristo Pérez de Castro cuando, al discutirse las diputaciones, se señaló el peligro latente? Zacatecas jamás dependió “ni

podía depender” en su gobierno económico del reino de la Nueva Galicia. Debía tener, por ende, una diputación distinta a la de Guadalajara. Propone, para moderar los inconvenientes en la proliferación de diputaciones señalados por Pérez de Castro, la “reducción de las diputaciones provinciales del *reino de México* a ocho o diez; reducción bien moderada si se consideran la superficie y población de *Nueva España con las provincias internas*”. Si pide una diputación para Zacatecas es en atención al “urgente interés de la nación”, interesada en el desarrollo de tan opulenta provincia minera.

Al decreto se oponen también el michoacano Foncerrada, Borruil, Beladiez y el vasco Zumalacárregui. Con todo, queda aprobada la distribución de diputaciones en los términos de la Comisión. No discute Arizpe, contento con haber obtenido una diputación para todas las provincias internas de Oriente.

En la sesión del 27 de febrero (DS, IV, p. 2830) se leen otras proposiciones relativas al tema. Destaca la de Laserna: “que no se haga novedad ahora sobre la división del territorio español, o provincias en la Península hasta que las circunstancias políticas de la nación lo permitan... (puesto que) importa más la unión que la disminución de diputaciones”. Las iniciativas pasaron a la Comisión de Constitución junto con el proyecto de decreto distributivo, que aún no estaba aprobado íntegramente. Dos días después (DS, IV, p. 2836) las Cortes resuelven archivar las consultas de las juntas de Murcia y de Cartagena por estar pronta a publicarse la Constitución y la planta de las diputaciones, prueba de que éstas se concibieron como sucesoras de las juntas superiores, si bien con facultades mucho menores. Revolucionarias e ilustradas al alimón, en el debate sobre repartimiento de terrenos baldíos o de realengo y de propios y arbitrios (sesión del 15 de abril de 1812, DS, IV, p. 3058), Calatrava, diputado por Extremadura, parece reconocer en el *Informe sobre la ley agraria* el antecedente directo de las diputaciones provinciales, encargadas de aconsejar a la regencia la mejor forma de llevar a cabo este reparto, atendiendo a las peculiaridades de cada región.

El 20 de abril (DS, IV, p. 3078) la Comisión de Constitución, por “haber merecido la consideración de Vuestra Majestad las diversas reclamaciones de algunos Sres. Diputados... y considerando al mismo tiempo que multiplicándose en Ultramar las Diputaciones provinciales se podrían seguir *algunos inconvenientes que manifestaron algunos Sres. Diputados de aquellos dominios*” (el canónigo poblano Pérez y el queretano Mendiola, sospechosos principalísimos), propone una nueva minuta de decreto en los siguientes términos:

- a) Mientras no llegue la división conveniente, habrá diputaciones en la Península e islas adyacentes en Aragón, Asturias, Ávila, Burgos, Ca-

taluña, Cuenca, Extremadura, Galicia, Granada, Guadalajara, Jaén, León, Madrid, *Mancha*, Murcia, Navarra, *Palencia*, en cada una de las *Provincias Vascongadas*, *Salamanca*, *Segovia*, Sevilla, Soria, Toledo, Valencia, Valladolid, Zamora, Islas Baleares e Islas Canarias; y en *Ultramar* las habrá en cada una de las que expresamente se nombran en el artículo 11.

- b) Se establecerá un método *ad hoc* de elección de diputaciones de provincia, “no debiendo de haber diputación en todas aquellas en que se hará elección de diputados de Cortes”.

Desde el punto de vista provincialista de Ultramar, este nuevo ejemplo de castellanocentrismo no podía ser visto sino como un nuevo agravio. Para los regnícolas constituía, quizá, un renovado intento por salvar el cuerpo virreinal y mantener la precaria unidad de entidades como “Perú” o “Nueva España”. La discusión, agria, se suspendió por dos días. Entre tanto, Bernardo Martínez (DS, IV, p. 2080) insiste en que “siendo los indios, como dijo un virrey novohispano, los pobres que nos visten, los hambrientos que nos dan de comer y los pobres que nos enriquecen, debe darse absoluta facultad a las diputaciones de provincia de Ultramar para que repartan con preferencia entre los indios los terrenos baldíos, realengos y demás, sin canon ni necesidad de nuevos ocurso”. Es perceptible una conciencia casi unánimemente compartida en el sentido de que sólo las diputaciones provinciales pueden conocer qué terrenos baldíos y de propios conviene repartir. La mayoría parlamentaria se decanta, sin embargo, no porque los repartan, sino simplemente porque informen al gobierno central.

Es de nuevo Castillo quien toma la voz por los provincialistas americanos en la sesión del 27 de abril (DS, IV, pp. 3111-3115). Resulta para ellos muy sensible que las proposiciones de los europeos hayan sido atendidas y no las de los indianos (la división del “reino” de Guatemala en diputaciones provinciales; la creación de diputación en Zacatecas, etcétera). Con viajes de cuatrocientas leguas cada dos años, la diputación se hace impracticable:

...cada una de estas provincias (Nicaragua, Comayagua y Costa Rica) tiene en sí misma todos los elementos que constituyen un imperio; ¿pues por qué no han de tener todas tres una diputación provincial, es decir, una *sociedad económica* que se ocupe exclusivamente de promover el bien y felicidad de aquellos países?... si en el proyecto se establecen treinta Diputaciones para la Península, no hay razón para que en Guatemala, cuya extensión es dupla de la de aquélla, sólo se establezca una.

El silencio de Arizpe sigue siendo revelador.

Jáuregui, americano como Castillo, es quien le responde por parte de la Comisión: se trata de una división provisional con que no se falta en nada a la América. A Larrazábal, en cambio, y a pesar de ser diputado por Guatemala, le parece “monstruosa” la diferencia establecida entre Ultramar y la Península: “se dice que a la otra provincia se le concedió porque acaba de erigirse en intendencia; luego con mayor razón debe concederse a la de León de Nicaragua, que hace muchos años es intendencia”. Acto seguido, el cubano O’Gavan exige una diputación para Santiago de Cuba. Gordo se queja: acaso los argumentos que expuso sobre la conveniencia nacional de establecer una diputación en Zacatecas no los tuvo presentes *la fracción americana* “cuando dijo a la comisión convenía suspender en Ultramar el establecimiento de otras diputaciones hasta que se verifique la futura división del territorio español”. La “fracción americana en la Comisión”: los sospechosos no pueden ser más que los regnícolas Pérez, Mendiola, Jáuregui, Leiva y el peruano Morales Duárez. Dionisio Inca, para el Perú, solicita una diputación en cada capital de intendencia y una más en Guayaquil. El venezolano José Domingo Rus, que con el tiempo habrá de firmar el Acta de Independencia de México (28 de septiembre de 1821), quiere lo mismo para Maracaibo.

Espiga buscará precisamente que los comisionados americanos se quiten la máscara: ya que no hablan, será él quien diga lo que la Comisión pretendió, tanto en Ultramar como en Europa, esto es, que exista diputación ahí donde resida el “gobierno supremo de las provincias” y no los gobiernos subalternos. En ello radica la diferencia entre hemisferios: “en la Península todas las provincias que se expresan en el proyecto tienen un gobierno independiente entre sí, y no tienen relación alguna sino con el gobierno supremo de la nación”. Ni la extensión ni la población ni la riqueza habrían, pues, influido en la decisión, sino la independencia del gobierno provincial. Luego entonces, es Castilla la que introduce la heterogeneidad. Es Castilla la que no tiene un “gobierno supremo” (virrey, capitán general o gobernador). Sólo puede decirse lo mismo de Andalucía y, en menor grado, de las provincias vascongadas. El resto de la Monarquía, por lo que se ve, conservaría sus antiguos jefes intermediarios entre las provincias y la Corona.

López Lisperguer, rioplatense (DS, IV, p. 3117), denuncia el error de dejarse llevar por las opiniones de los americanos en la Comisión. Su ejemplificación es contundente: en Charcas hay un jefe superior, presidente de Audiencia. ¿Por qué, atendiendo al argumento de Espiga, carece de diputación? La respuesta no llega. Lo que se extiende son las peticiones particulares de diputación: Ortiz exige una en Panamá (DS, IV, p. 3120).

El poblano Antonio Joaquín Pérez, por fin, responde a nombre de los comisionados americanos quienes, en su concepto, trabajaron con mucha circunspección, tomando en cuenta población y terreno, y partiendo de la base de que la división no es constitucional sino provisional (DS, IV, p. 3121). Su argumentación desmiente, en cierta medida, a Espiga. Con todo, Argüelles apoya los razonamientos de éste y, al mismo tiempo, la labor de los comisionados americanos. En concepto del asturiano, no se trata solamente de una cuestión de extensión, sino de distribución de la población. Un absurdo, si se piensa en la Nueva España o en el Perú, reinos sumamente poblados con pocas diputaciones asignadas. Arizpe sigue callando. Es Mendiola quien habla: en efecto, los comisionados ultramarinos se atuvieron, basados en la experiencia de los consulados, al gobierno superior.

El célebre quiteño José Mexía Lequerica afirma (DS, IV, p. 3122) que si por él fuera no habría más que dos diputaciones en América: una para la septentrional y otra para la del Mediodía. La idea es sensacional, pues adelanta en diez años la de las tres secciones de Cortes que, como hemos visto, se promovió en el Trienio. Sin embargo, el propio diputado acepta que dado que escasamente pueden entenderse las ventajas existentes en ella, lo que debe primar es la perfecta igualdad entre América y Europa. “Bueno o malo, quiero para mi provincia lo que se quiere para las de la Península”. La demarcación propuesta por la Comisión será muy perjudicial, muy mal recibida en Indias. No puede ser bueno para la Península lo que se tiene por malo para América. Las Cortes deben “tomar una providencia uniforme. En lo demás, repito, que para mí es indiferente”.

Ante la avasalladora argumentación, a propuesta del conde de Toreno se resolvió que los americanos habrían de juntarse para determinar en qué lugares, además de los propuestos por la Comisión, debía existir diputación. Será muy ilustrativa la negativa de Arizpe a exigir más diputaciones para sus provincias internas. Parecería lógico que siendo varias *provincias* las internas, a cada una le correspondiera una diputación *provincial*. Nuestro cura tiene, sin embargo, otros planes.

El 1o. de mayo (DS, IV, p. 3132) los diputados ultramarinos rinden su opinión: “Si hubieran de fundar su dictamen en el número, concepto y circunstancias de las provincias, desde luego deberían proponer que hubiese tantas diputaciones cuantos diputados de Ultramar han venido y deben venir al Congreso, por otras tantas provincias que, fuera de toda duda, están actualmente demarcadas... Pero sin atender en este momento a lo útil y provechoso, sino a lo absolutamente necesario” proponen que en América meridional sólo se aumenten tres diputaciones: Cuzco, Charcas y Quito, y

en la septentrional otras tres: San Luis Potosí con Guanajuato, León de Nicaragua con Costa Rica y Santiago de Cuba.

Fue aprobado el dictamen, por lo que queda claro que no campeaba el “criterio Espiga”: no se requería “superior gobierno” para plantar una diputación, como muestran los casos de San Luis, Cuzco, Nicaragua y Santiago, carentes de audiencia propia.

El caso de San Luis Potosí con Guanajuato sorprende, pues ambas intendencias eran parte del reino de México propiamente dicho. El 3 de mayo (DS, IV, p. 3133) el peninsular Pelegrín, diputado por Molina que en el Trienio llegará a ser ministro de Ultramar, expresa su insatisfacción derivada del hecho de que creía que, una vez sancionada la Constitución (lo que había ocurrido el 19 de marzo), había llegado el caso de olvidar los señoríos, provincias, reinos, etcétera, y desterrar los nombres de castellanos, catalanes, etcétera, adoptando otros “aun para la denominación de las provincias o al menos dividiendo el territorio sin consideración a sus antiguos límites”. No se había hecho, quedando todo para el futuro. Ahora bien, protesta: si tal fue el criterio dilatorio, ¿por qué no se menciona siquiera al señorío de Molina?, ¿por qué eliminar su antigua diputación?

Las reacciones a esta contradictoria petición no se hacen esperar. Con todo, increíblemente, el precepto del Decreto fue aprobado con la adición “Guadalajara con Molina”.

Durante la discusión del artículo 2o. del propio decreto, Castillo formuló la siguiente propuesta restringida a Ultramar:

Las elecciones de los individuos de las diputaciones provinciales se harán en las capitales de las provincias comprendidas en el territorio de la diputación. Si en el distrito de una diputación provincial hubiese siete provincias, cada una de ellas elegirá en su respectiva capital un individuo para la diputación: si fuese menor el número de provincias, las que tengan mayor población elegirán dos o más diputados provinciales; pero si fuese mayor, entonces elegirán en el primer bienio las siete que tengan mayor población, y en el siguiente elegirán las que fueron excluidas en el anterior.

Se aprobó hasta la expresión “en su respectiva capital un individuo para la diputación”, inclusive, pasando el resto de la proposición a la Comisión que, a lo que se ve, seguiría constituyendo. El 18 de mayo (DS, IV, p. 3190) se desechan las propuestas rotativas de Castillo y se establece que todos los partidos turnarán la presencia en la diputación provincial, quedando siempre un diputado de la capital. Simplemente no puede comprenderse la enemiga en contra de los partidos territoriales, antiguas provincias de los grandes reinos.

Lo que parece claro es que el problema no se halla del lado peninsular, ni siquiera en su parte levantina. El 3 de junio (DS, IV, p. 3252) los dos alcaldes del crimen y el fiscal de lo civil de la Audiencia de Aragón felicitan a las Cortes por la expedición de la Constitución:

Siglos ha... en que una Diputación semejante a las que hoy ha mandado crear vuestra Majestad *para todas las provincias* cuidaba del Tesoro público, de precaver los fraudes de su recaudación e inversión y de promover la industria, agricultura, artes, comercio y todos los ramos de la economía civil... Vuestra Majestad ha restablecido cuanto había de bueno y singular en *este reino*, ha enmendado lo defectuoso y le ha dado todo lo demás que tenía que desear.

Podemos especular que los antiguos reinos de la Corona de Aragón vieron en la diputación provincial (una para cada uno de ellos) la oportunidad para el restablecimiento de su entidad regnícola, puesta en tela de juicio tras la división intendencial y la supresión de los virreyes que siguieron a los decretos de Nueva Planta a principios del setecientos.

Un compromiso, acaso dilatorio, semejante se suscribía con los regnícolas ultramarinos. Si parecía que el “imaginario” de los liberales peninsulares estaba en dividir las Españas en diputaciones *provinciales*, ¿por qué se mantiene en América —si bien matizada— la configuración regnícola? ¿Tanto pesaban las figuras del virrey y del capitán general? ¿Se les creía indispensables para mantener el dominio hispánico en Ultramar? Es más que probable que sí. El historicismo se enfrentaba, con fortuna, al racionalismo prefectural, con miras a ganar las guerras que por entonces, en ambos hemisferios, peleaban las Españas.

Otro novohispano, el duranguense Juan José Guereña, propone el 9 de junio (DS, IV, p. 3281) que las diputaciones provinciales, con examen y aprobación del jefe político, expidan reglamentos para establecer sociedades económicas. “Y en Ultramar será igualmente del cargo de las diputaciones territoriales de minería procurar por el propio medio la prosperidad de esta importante negociación”. Explica que las sociedades peninsulares de amigos del país se hallan reguladas en la Novísima Recopilación, y que corresponde dar regulación también a las americanas, “porque, Señor, si somos imparciales, no esperemos el juicio de la posteridad, y confesemos de buen grado que en uno y otro hemisferio se identifica el bien general de la nación. Ella es una misma en las provincias, y todas reclaman de su propia mano su beneficio”. La propuesta fue admitida a discusión.

Poco después (DS, V, p. 3481), cuando se discute un proyecto de la Regencia que, en términos prácticos, hubiese implicado la suspensión de la

Constitución en las provincias que iban siendo liberadas del francés, así como un contraproyecto de una comisión del Congreso que consistía en nombrar comisionados todopoderosos y libres de sospecha para coordinar el proceso de formación de las autoridades provinciales, Morales Gallego, diputado por Sevilla, se expresa así:

...las audiencias y jueces de partido administrarán justicia: los ayuntamientos tendrán el gobierno interior de los pueblos, y *las diputaciones provinciales y el jefe político superior de cada provincia la dirigirán* según las reglas y atribuciones que les señala la Constitución. Nada de esto hay en los pueblos que se vayan desocupando, porque las autoridades que los gobiernan, sean jueces o ayuntamientos, o eso que llaman prefectos, o están nombrados por el gobierno intruso, o puestos con su conocimiento y aprobación.

Así las cosas, la diputación en las provincias cismarinas es vista como un medio adecuado para la eliminación del control napoleónico sobre las localidades.

El 21 de octubre (DS, V, p. 3863) la comisión ultramarina, dictaminando acerca de varias proposiciones de Castillo, opina que las diputaciones provinciales deben encargarse del reparto de tierras a los indios, pero sólo una vez que éste sea decretado por las Cortes, particularmente en tratándose de las tierras comunales de los pueblos indígenas, atendiendo “a las particulares circunstancias de cada país”. El carácter agencial de la diputación provincial indiana iba consolidándose a marchas forzadas.

En el colmo del favoritismo europeísta, en la sesión del 11 de diciembre (DS, V, p. 4103) se discutió si, como pedía el Ayuntamiento gaditano, debía establecerse diputación provincial en Cádiz, una de las provincias marítimas del reino. Para Borrull,

...según el dictamen del Sr. Morales Gallego no puede haber diputación en aquellos territorios que expresa y determinadamente no se nombran en el artículo 10 de la Constitución, en que se declaran los de la Península, y deberá haberlos en los que especifica; y uno y otro es equivocación, porque únicamente nombra a Castilla la Nueva, y no a las principales ciudades que comprende, y por lo mismo sólo habría libertad para establecer diputación en la capital, que ahora se considera Madrid; mas con todo convino el señor preopinante, y determinó Vuestra Majestad que se formase también en Toledo, Guadalajara, Ávila y Cuenca. Lo mismo digo de Castilla la Vieja, en que por el mismo decreto de Vuestra Majestad de 23 de mayo pasado se mandó establecer diputación no sólo en su capital Burgos, sino también en Valladolid, no obstante de no expresarse su nombre en dicho artículo de la Constitución.

Por el contrario, se nombra en el mismo a Molina; y a pesar de ello determinó Vuestra Majestad que estuviese sujeta a la Diputación de Guadalajara. Por lo cual no es opuesto a la Constitución que se forme Diputación en Cádiz; *siendo la voluntad de Vuestra Majestad que se instituya en los territorios separados e independientes de otros*, y teniéndolo Cádiz, con razón aseguré que debe tener diputación.

Se trata, de nuevo, de la operación arbitraria de la cláusula Espiga: donde hay independencia, esto es, gobierno superior ligado directamente a las Cortes, debe haber diputación. Argüelles (DS, V, p. 4114) interviene en el mismo sentido, aunque sin olvidar que “esta concesión, ni otra alguna de su clase, pueda estorbar la expresada división constitucional, llegado que sea el caso de hacerla las Cortes sucesivas”. Cuatro días después, el 16 de diciembre (DS, IV, p. 4131), queda aprobada la diputación provincial para Cádiz, con el apoyo decidido de los liberal-peninsulares y poca resistencia por parte de Sevilla, provincia que podría haberse sentido desmembrada.

Poco antes se había presentado la cuestión canaria, muy relacionada con el imaginario diputacional y con un escenario similar al que a buen seguro habría enfrentado Arizpe de haberse presentado en Cortes diputadas por el resto de las provincias internas orientales: Nuevo León, Texas y Tamaulipas (Nuevo Santander). El 14 de diciembre (DS, V, p. 4117) la Comisión de Constitución informa que

...ha oído con la mayor atención a los Sres. Diputados de Canarias sobre la gestión de la residencia de la diputación provincial que debe nombrarse en aquellas islas; y aunque dichos Sres. Diputados han procurado ilustrar la materia, no han podido convenir entre sí sobre los particulares datos que debían servir a la comisión para proponer a las Cortes un dictamen decisivo: esto proviene del estado diverso de aquellas islas. En Santa Cruz de Tenerife reside y ha residido mucho tiempo hace el gobierno económico de las islas; es decir, el intendente, que es vocal nato de la diputación, y todas las oficinas; además el capitán general, que tiene el gobierno político hasta que llegue el jefe que se dice haber nombrado la Regencia. En la Gran Canaria se hallan la Audiencia, silla episcopal y cabildo eclesiástico... no estando el punto suficientemente ilustrado, luego que se nombre la diputación provincial, desearía que ésta informase cuanto le parezca convenir al bien de las islas, y por consiguiente el lugar en que deben fijar su residencia...

Para el diputado Gordillo, representante de la gran isla, con esta solución se abrían las puertas a “las bajas y detestables miras de la parcialidad y federalismo”. Lo mejor era decidir, en sede congresional, en dónde se hallaba efectivamente la capital de las islas, que era y siempre había sido

Las Palmas de Gran Canaria. Larena opina, en cambio, que “si hay capital declarada en Canarias lo es la isla de Tenerife”. Santiago Key, diputado por el conjunto isleño, señaló que no deben hacerse valer los títulos históricos, sino los relativos a la conveniencia pública. Y Ruiz de Padrón denuncia una omisión fundamental: ningún artículo constitucional dice que las diputaciones deban residir en la capital. El dictamen de la comisión fue reprobado. Sin embargo (DS, V, p. 4130) quedó aprobada, con la oposición de Key, Ruiz Padrón y Calatrava, una propuesta de Gordillo para que “por ahora” se formara la diputación en Las Palmas de Gran Canaria y para que los ayuntamientos informaran a la Regencia, a fin de que las Cortes decidieran en dónde debía residir definitivamente el cuerpo.

Ahí no termina la historia, pues el 21 de diciembre (DS, V, p. 4148), habiendo llegado casualmente desde Tenerife un barco con noticias acerca de la puesta en práctica de la Junta preparatoria de elecciones en aquella isla, Key logra que el Congreso suspenda el comunicar a la Regencia la resolución tomada a propuesta de Gordillo, sin perjuicio de pedir los informes a los ayuntamientos canarios.

Los problemas particularistas siguen presentándose a lo largo de 1813. El 6 de enero (DS, VII, p. 4549) la comisión ultramarina se opone a la opinión de la Regencia en lo relativo a crear una Junta de Misericordia en Manila (presidida por el gobernador de las Filipinas) encargada de la administración del hospital de pobres, por corresponder a ayuntamientos y diputaciones provinciales la competencia en estos asuntos.

Da buena cuenta de lo intrincado que resultaba dotar de sentido a la palabra “provincia” otro caso insular, el de Cuba. El 26 de febrero (DS, VII, p. 4751) las Cortes aprueban el siguiente dictamen:

Señor, la comisión de Constitución ha examinado los documentos en que apoyan su reclamación contra los acuerdos de la Junta preparatoria de la Habana los dos diputados de la Isla de Cuba. Redúcense los referidos papeles a las exposiciones que hacen los ayuntamientos constitucionales de Cuba y Puerto-Príncipe, quejándose de lo dispuesto por la Junta de la Habana, que olvidando las antiguas y reconocidas divisiones de la misma isla (se refiere básicamente a la división en obispados, “gobiernos” e intendencias), ha formado de toda ella una sola provincia con las dos Floridas, sin acordarse de que por V.M. está resuelto que haya dos diputaciones provinciales en ella, resultando entre otros graves inconvenientes el viaje de 259 leguas que tienen que hacer los electores de Santiago de Cuba hasta La Habana; de más de 200 el de Bayamo, y de 166 los de Puerto-Príncipe. Además, uno y otro diputado de la Isla, en la comisión han manifestado de palabra la mala inteligencia que por la Junta se ha dado a la voz *partido*, y el de La Habana se queja también

de los perjuicios que a dicha ciudad y sus campos resultan de lo que dispuso la preparatoria, ya porque siendo su población más de la mitad de la que se cuenta, en la Isla no se guardó esta misma proporción para los electores, disminuyéndole el número de sufragios que le pertenecen: ya porque haciendo de esta ciudad y sus campos un solo partido, se precisa a viajar hasta 50 leguas algunos electores de parroquia para que vengan a la cabeza de partido; y ya, en fin, porque *a las ciudades y villas de ayuntamiento, y justicias con crecida población y territorio determinado, se las dejó en la clase de parroquia, cuando por tantos títulos se las debió considerar con su jurisdicción como cabeza de partido...*

Hacer de Cuba una sola “provincia” contradecía, además de la nomenclatura tradicional, la erección de una diputación provincial en Santiago y el sistema electoral de la Constitución:

Si no ha de haber más que una Junta electoral de provincia en La Habana, ¿quién ha de elegir la diputación provincial de Cuba? (se refiere a la de Santiago)... El artículo 2o. del decreto de 23 de mayo del año último para la elección de las diputaciones de provincia está muy claro y terminante; y si a él hubiera ajustado sus resoluciones la Junta preparatoria de La Habana habría evitado estos embarazos y las reclamaciones que se hacen. Supone la letra expresa de dicho artículo que *puede haber junta electoral de provincia donde no haya aún diputación provincial, pero no al contrario*; y para aquel caso dispone cómo se han de reunir los sufragios de dos o más provincias para constituir la diputación provincial de ellas; pero *jamás pudo pasar por la imaginación que dos diputaciones provinciales cupiesen en una sola provincia...*

La Comisión sugiere al Congreso disponer lo siguiente:

1o. Que se tenga por válida la división de la Isla hecha por la Junta preparatoria en julio y agosto de 1812 para elegir diputados en las próximas Cortes, y en las dos diputaciones provinciales, si al recibo de esta determinación en La Habana se hallasen verificadas las expresadas elecciones, o agregados allí los doce electores de partido.

2o. Que las diputaciones provinciales de la Isla, oyendo a sus respectivos ayuntamientos constitucionales, informen con la brevedad posible, y con la competente justificación, cuanto conduzca a que se haga una *división regular y permanente* de la Isla en *provincias políticas* y partidos.

El dictamen de los comisionados no se hace cargo, como puede apreciarse, del problema conceptual sustantivo, esto es, de si por “provincia” puede entenderse lo mismo, en Ultramar, a efectos electorales (“políticos”)

y diputacionales (económicos o “de fomento”). Como no conviene, para no romper compromisos en forma abrupta, generar definiciones excesivamente claras, las dilaciones a través de “informes” y “consultas” siguen multiplicándose. Lo cierto es que la isla de Cuba es vista como una misma provincia: una provincia multiprovincial, si se nos permite. Hay que destacar la indulgencia que se guarda hacia una Junta que violó flagrantemente el espíritu de la Constitución y la letra de la ley electoral.

El 18 de marzo (DS, VII, p. 4844) el incansable Castillo, a quien análisis apresurados le han regateado el título de jefe de los provincialistas en favor de Arizpe, formula la siguiente propuesta: “Que los decretos de las Cortes y todas las órdenes del gobierno supremo, ya sean generales, ya particulares, se comuniquen con la misma fecha que a los jefes políticos a las diputaciones provinciales; y no estando éstas formadas, a los ayuntamientos de los pueblos donde aquéllas deban instalarse”. Ante las desavenencias que aparecían a cada instante entre Cortes y Regencia, superados los trances más complicados de la guerra de independencia, va tomando forma el pensamiento de que las diputaciones podrían servir para controlar al Ejecutivo en las provincias y como auxiliares en la labor de control de la constitucionalidad de los actos del poder público. Los constituyentes doceañistas no parecen muy a gusto con el esquema de diputaciones-agencias del Ejecutivo que habían sancionado. Preferirán que los vocales los representen a ellos, y a la Constitución, en las provincias.

Y, sin embargo, el nuevo reglamento de la regencia del reino aprobado en la sesión del 3 de abril (DS, VII, p. 4971) establece en su capítulo II, artículo 25, que la Regencia queda autorizada para suspender a los vocales de las diputaciones en caso de que *éstas* (no *ellos*) abusaran de sus facultades, dando parte a las Cortes. La cuestión no parece haber merecido mayor discusión: la Regencia quedaba, en esta materia, subrogada en la facultad regia que, como hemos visto, establecía la Constitución.

El 22 de abril (DS, VII, p. 5093) se expide por la comisión de Ultramar el dictamen que recae al Memorial que el diputado Bautista Pino, a la manera de lo hecho por su homólogo oriental, Ramos Arizpe, había traído desde el Nuevo México, provincia interna de Occidente. El dictamen se constriñe a la siguiente proposición: “que sea a cargo de las diputaciones provinciales cuidar que los habitantes de Ultramar dispersos en los valles y montes se reduzcan a vivir en poblado, en conformidad con lo dispuesto por las leyes”. Fue aprobado. Y con ello el Memorial de Pino fue reducido hasta la ridiculez.

Las cuestiones planteadas en Cortes, poco antes del comienzo de la primera legislatura ordinaria, tuvieron que ver más bien con la competencia de

las diputaciones. El 25 de abril (DS, VII, p. 5111) fue enviada a la comisión de Constitución una exposición de dudas de la diputación provincial de Galicia. “Promovían (causaban) dichas dudas el intendente y el jefe político, sosteniendo el primero que las diputaciones no tenían que intervenir en las rentas públicas ni en los fondos públicos, y el segundo que no tenía(n) autoridad para hacer efectiva ninguna determinación residiendo el gobierno en el expresado jefe”. Un día después (DS, VII, p. 5122) se aprueba, entre otras medidas, una para que las diputaciones provinciales y el gobierno exciten el celo de los “ciudadanos ilustrados” con miras a que formen sociedades económicas de amigos del país en las “capitales de provincia y ciudades principales en que no las haya”. El día 30 (DS, VII, p. 5144), al tratarse el asunto del nombramiento de jueces interinos, se comienza a manifestar el problema de que muchas provincias ultramarinas de las mencionadas en el artículo 10 y en las adhesiones del Decreto carecen de diputaciones provinciales. Y era lógico: no habiéndose admitido por el fernandista poder central que formaran juntas desde el primer año de las revoluciones hispánicas (1808), éstas no podían convertirse automáticamente en diputaciones. Tampoco es que la mayoría peninsular pareciera lamentarlo demasiado.

El 6 de julio (DS, VIII, p. 5632) se presenta el dictamen y proposiciones de la Comisión de Hacienda sobre contribución única. Las bases 8, 9 y 10 parecen relevantes a los efectos del imaginario territorial-tributario:

8a. El cupo de cada provincia lo determinarán anualmente las Cortes conforme a dicha base (se refiere al censo de la riqueza territorial e industrial de 1799)...

9a. *Las diputaciones provinciales arreglarán el cupo de cada partido, y por ahora, hasta tanto que una división más conveniente de provincias y partidos facilite la distribución del cupo de cada pueblo en cabezas de partido, se arreglará también éste por las diputaciones provinciales.*

10a. Los ayuntamientos constitucionales de los pueblos arreglarán el cupo a cada vecino.

Ya en la legislatura ordinaria, el 13 de abril de 1814, un regnícola arrepentido, Mendiola, sorprende con varias propuestas (ASLO, p. 246):

“Primera. Pido se conceda a Querétaro, como provincia que se compone de diecisiete pueblos, la diputación que por la Constitución le corresponde...

...Cuarta. Que sus armas se orlen con el mote que diga: *Unida a la madre Patria por su diputación provincial, año III de la Constitución*”.

La proposición pasó a la comisión ultramarina. La vuelta de Fernando VII, el golpe de Estado de los *persas* y la disolución de las Cortes nos dejaron

sin saber en qué consistía eso de unirse a la madre Patria a través de la diputación de provincia. Es una lástima.

Sólo tres días antes de que llegara mayo de 1814, y con él el restablecimiento del absolutismo en las Españas (ASLO, p. 309), la Comisión de Legislación desahoga una consulta de la diputación provincial de Cataluña sobre la renovación de los miembros de la misma, dictaminando que los cuatro individuos que han de renovarse deberán ser los cuatro últimamente nombrados. Castillo, en una suerte de canto del cisne diputacional, presenta la siguiente adición: “Que en las provincias en que dichos individuos hayan sido elegidos por distintas juntas electorales, los que deben renovarse serán elegidos *por aquellas provincias* (que no “partidos”), cuyos individuos hayan salido, sin perjuicio de la instrucción de 23 de mayo, que previene que donde sean más de siete las provincias, en el segundo bienio elijan aquellas que no eligieron en el primero”. La propuesta fue enviada a dormir el sueño de los justos a la Comisión de Legislación. Muestra, con todo, bien a las claras el compromiso de Castillo, en tanto que costarricense, con el particularismo de los partidos o de lo que él llamaba “las antiguas provincias”. La falta de consideración de las particularidades de los reinos americanos generaba absurdos y preferencias indebidas. El silencio de Arizpe, representante de entidades llamadas, sin ambages y siempre, “provincias”, continúa siendo enigmático.

Faltan sólo unas jornadas para que el ingrato Fernando, con la ayuda del regnicola poblano Pérez, presidente de las Cortes, desconozca a la Constitución y disuelva Cortes y diputaciones, cuando (ASLO, pp. 326-327) se aprueba el dictamen de la comisión de infracción en el caso del jefe político de Guatemala que había dilatado la reunión de la diputación provincial: “...para evitar en lo sucesivo las arbitrariedades que suelen cometer los que mandan a largas distancias del gobierno supremo, declare Vuestra Majestad expresamente que la mayoría del número de los diputados provinciales basta para que se verifique en el tiempo prevenido la instalación de las diputaciones provinciales”. El 7 de mayo se da cuenta a las Cortes de que (ASLO, p. 342) “seis individuos de la diputación provincial de Guatemala refieren a las Cortes” sus diferencias con el jefe político, atribuidas a que éste “cree y procura hacer ver que ésta no es más que un cuerpo consultivo suyo”. El despotismo fernandino se encargaría de hacer el resto.

III. UN FORMIDABLE DEBATE

Pero antes de que se viniera encima de la Monarquía el sexenio absolutista, antes incluso de que las legislaturas ordinarias comenzaran a operar,

Ramos Arizpe, de quien quizá hemos podido dejar la impresión de no ser tan diputacional ni tan provincialista como nos lo han pintado, tuvo la oportunidad de dejar constancia de su exquisito trabajo parlamentario y político en defensa de la vida constitucional de las localidades.

El 21 de mayo de 1813 (DS, VII, p. 5339) comienza a discutirse en el seno de las Cortes Generales y Extraordinarias el proyecto de *Instrucción para el gobierno político y económico de las provincias*. Antes de entrar de lleno al tema de las diputaciones provinciales, es pertinente decir que los ayuntamientos aparecen en la *Instrucción* como auxiliares e informantes del jefe político en materias tales como natalidad, mortandad, salud pública, etcétera. Así, por ejemplo, en el artículo 6o.: los ayuntamientos tendrán, en lo tocante a caminos y obras públicas que pertenezcan a la provincia de que forman parte, la intervención que les señale el jefe político; “y lo mismo deberá entenderse de las obras públicas *nacionales*... que por no interesar al *reino en general* han de estar al cuidado del gobierno, que encargará a cada provincia o a cada ayuntamiento lo que en cada caso tenga por conveniente”. ¿“Nación”?, ¿“reino en general”?, ¿en qué están pensando los legisladores?

El proyecto de artículo 18 (DS, VII, p. 5363) es curioso en lo atinente a la naturaleza de las diputaciones: “Si algún vecino se sintiere agraviado por providencias económicas o gubernativas, dadas por el ayuntamiento o por el alcalde sobre cualquiera de los objetos que quedan indicados, deberá acudir al jefe político, quien por sí o de acuerdo con la diputación provincial cuando estuviere reunida, resolverá gubernativamente toda duda...”.

Al valenciano Traver le

...llama únicamente la atención en este artículo la expresión que dice “quien por sí o de acuerdo con la Diputación...” a que ésta tenga igual facultad que el jefe político para decidir, me opongo absolutamente. Yo considero el gobierno de las provincias con una cierta analogía al gobierno en grande de la nación. La Regencia es la ejecutora de las leyes, y tiene un Consejo de Estado, que es quien consulta; y éste debe arreglarse en cuanto esté de su parte a los principios del gobierno, y prestarle sus luces para hacer la felicidad del Estado. Respectivamente *los jefes políticos en las provincias son los ejecutores de las leyes y disposiciones del gobierno supremo en todo lo político y económico, y las diputaciones provinciales deben considerarse como unos cuerpos nombrados por el mismo pueblo para auxiliar con sus luces, mas no para disponer y determinar lo que es privativo sólo del ejecutor...*

Sin reconvencción, el precepto fue modificado de conformidad con lo expresado por el diputado, de lo que es posible colegir que en las Cortes

existía el consenso en torno a la naturaleza consultiva de las diputaciones, meros auxilios lumínicos que no administran, no ejecutan, no gobiernan, pero tampoco legislan.

El 31 de mayo comienza a hablar Arizpe (DS, VII, p. 5394). Se discutía el artículo 18 del capítulo II que, refiriéndose a la reducción a poblados de los habitantes de América dispersos, el salillense consideró infamante para Ultramar: “si la comisión muestra tanto celo en favor de los dispersos de América, muéstrelo también en favor de los de Sierra Morena y las Alpujarras, y la ley sea general. Repruebo el artículo por inútil y antipolítico respecto de América, de que solo habla, reservándome proponer uno nuevo que comprenda objetos de verdadera utilidad para América, y veremos la filantropía de la comisión”. La discusión quedó pendiente. El 2 de junio (DS, VIII, p. 5400) se aprueba el precepto, añadiéndole “con arreglo a lo dispuesto por las Cortes en el decreto de 4 de enero de este año”. Arizpe propone entonces la siguiente adición: “También estará a cargo de las diputaciones de Ultramar el establecimiento de misiones de infieles, el de nuevas poblaciones de españoles y la traslación de las antiguas a mejor terreno, asignando y repartiendo las tierras correspondientes, según las leyes de Indias, y dando cuanta al gobierno de lo hecho para su inteligencia y aprobación”.

Propuesta espectacular, sin duda, por cuanto remite hábilmente a las Leyes de Indias —ya ha destacado este rasgo del *momento gaditano* José Antonio Aguilar Rivera hoy mismo— para lograr que, en este punto, las diputaciones sean gubernativas. Ramos Arizpe, con todo, no se hace ilusiones:

...negándose a la aprobación, como lo espero, [el Congreso] aparecerá a la faz de la nación, *menos liberal que cuantos gobiernos han existido, entrando el de Godoy...* es insultar a los habitantes de América el obligarlos a no poseer una vara de tierra, sin haber antes costeadado un recurso a las Cortes para obtenerla, y esto después de mil estafas sufridas ante los empleados de provincia... Resta examinar qué autoridad de las establecidas será la más a propósito para encargarse del fomento de la población y repartimiento de tierras. Mi opinión está comprendida en mi proposición, y es a favor de las *diputaciones provinciales*.

Es de criticarse, además, “la mezquindad con que la Comisión de Constitución, y principalmente el Sr. Argüelles, quieren que Vuestra Majestad proceda reservándose exclusivamente la facultad de dar a los españoles en propiedad una vara de tierra en Californias”.

Tras leer varios pasajes de la Recopilación indiana, el otrora prudente y silencioso salillense cruza el Rubicón:

Ahí tiene Vuestra Majestad la conducta que los reyes de España han observado en esta parte tan importante con la América desde su descubrimiento; autorizados los *virreyes y gobernadores* para hacer poblaciones... y para repartir tierras francamente a los pobladores... autorizadas las *Audiencias*; autorizados los *ayuntamientos...* (y los *intendentes*)... de modo que una de las razones porque no se han fomentado las poblaciones ha sido, a mi entender, por la *multiplicidad y variación de autoridades...* Exigir que no reparta una vara de tierra en Filipinas y la América antes de ocurrir quien las quiera por mil trámites hasta las Cortes, es *trastornar toda la legislación de Indias, practicada por tres siglos*; es querer abiertamente oponerse al fomento de la población... es proteger la ociosidad... Ni hay valor, Señor, para decir que no conservando el Congreso la facultad de dar los terrenos, se disuelve la unidad de la Monarquía; esto es soñar. ¿Pues qué el Sr. Argüelles y todo el Congreso quiere conservar tal unidad más que lo han querido todos los reyes pasados?

Concluye el diputado con una admonición, casi con una advertencia (DS, VIII, p. 5402): “sin duda aquellos españoles *tanto más adictos se mantendrán al gobierno*, cuanto éste propenda más a proporcionarles sus verdaderas riquezas, que consisten en la propiedad territorial”.

Por supuesto, el multialudido líder asturiano no tarda en reaccionar: “se opuso el Sr. Argüelles a los términos de la adición, *por ser contrarios a la unión que debían formar con el gobierno supremo aquellas corporaciones* al facultarlas para que pudiesen hacer el anunciado repartimiento de tierras *sin previo permiso de la autoridad suprema*”. La cuestión quedó pendiente. A nosotros nos parece fundamental el discurso de un Arizpe dispuesto a apelar a argumentos historicistas con tal de consolidar su idea de una “Monarquía de diputaciones”.

El 5 de junio (DS, VIII, p. 5427) se discute el artículo 19, capítulo II: “Debiendo la diputación provincial consultar con el gobierno, y esperar su autorización para todas las providencias en que la ley exige este requisito, y en general para todos los casos y medidas de mayor importancia, se dirigirán todos sus recursos y comunicaciones por el conducto del jefe político, su presidente”. Cuestiona de inmediato Larrazábal: ¿y qué pasa si jefe y diputación se hallan en desacuerdo, por ejemplo, porque el jefe tenga intereses contrarios a los de la provincia? En este caso “es claro que la puerta que el Congreso se ha propuesto cerrar al despotismo y arbitrariedad, con que tanto han afligido a las provincias, principalmente de Ultramar, los jefes superiores, se abre de nuevo... de una manera escandalosa”. Todos los ciudadanos tienen derecho a denunciar las infracciones a la Constitución. ¿Y se va a privar de esta facultad a las diputaciones por medio de artimañas? ¡Pero si originalmente fueron concebidas como las agentes defensoras de la

constitucionalidad en las localidades alegadas del neurálgico centro de las Cortes!

Replica Argüelles: “Si so pretexto de que los jefes políticos estén opuestos en tal cual caso a las ideas u opiniones de las diputaciones, se da facultad a éstas para que representen, bien sea por esta causa, o bien por resentimientos particulares, vendremos a parar en que no habrá gobierno”. Confía en que la responsabilidad a la que podrá sujetarse a los jefes será suficiente para disuadirlos de actuar en contra del orden público y del interés de la provincia. Este es uno, entre tantos, de sus discursos en que parece que el jefe de los liberales no está convencido de lo que argumenta (sabe que es falaz: los jefes políticos habían dado en corto periodo de tiempo varias muestras de ánimo despótico). No hesita, empero, en utilizar falacias con tal de sacar adelante el “sistema” de la Constitución, que él entiende rabiosa e incontestablemente centralista.

Es precisamente ese centralismo el que parece haber provocado la radicalización pluralista de Ramos Arizpe:

...si se quiere atar de manos a las Diputaciones de suerte que sólo resuelvan los negocios triviales y de poco momento, ¿para qué tanto discernimiento en la elección de sus individuos? *Bastaría una junta de muchachos...* (por la propuesta) se constituye y sistematiza en los jefes políticos un despotismo mayor que el que han ejercido los virreyes en América, que *es el término máximo de toda comparación en la materia.*

Tras nueva réplica de Argüelles, la discusión, que se había tornado agria, se suspendió, según urgía a los liberal-peninsulares. Y es que se estaba discutiendo el futuro de la diputación provincial y, en realidad, del modelo territorial doceañista en su integridad.

El 10 de junio (DS, VIII, p. 5457) Ramos Arizpe continúa con su discurso. El artículo en cuestión es “anticonstitucional”, pues pone en entredicho los cuatro primeros artículos de la Constitución:

...¿será incompatible con esa libertad individual, con esa soberanía, con esa protección de personas y propiedades, con ese derecho de representar francamente, concedido a todo ciudadano, y una ley, que encadena las manos para tales usos, *a los cuerpos más respetables de las provincias* más patrióticas por su naturaleza, y a quienes la misma Constitución pone la obligación de velar sobre la observancia de las leyes y prosperidad de los españoles? Monstruosidad ridícula proclamar seguridad, libertad, franco acceso de cada español al gobierno, y *negar éste a unos cuerpos que, poseídos de un verdadero patriotismo, son*

los únicos que podrían arrostrar el poder de los jefes, si no se les pusiera una traba escandalosa en este artículo, reduciéndolos a no representar sino por medio de ellos mismos; esto es dar licencia de andar a los tullidos y poner grillos a los que tienen sus pies robustos; más claro, es destruir cuanto se dice en la Constitución, deprimir la libertad española y proteger el despotismo de los jefes...

Inconstitucional, sí, por reducir al ridículo las facultades de cuerpos que, en el imaginario del constituyente, resultaban los mejores reproductores de la revolucionaria idea de nación:

...los *virreyes y demás jefes superiores* han sido los depositarios de la autoridad gubernativa; mas para ejercer ésta en las materias serias y graves, estaban obligadas a consultar con los Acuerdos, quienes aunque sólo tenían en tales materias voto consultivo, tenían también facultad para siempre que a su juicio los jefes se excediesen de sus facultades, poder hacerles uno, dos y tres requerimientos; y si éstos no bastaren, y no se causare inquietud en la tierra, cumpliéndose lo proveniente por los jefes, los oidores debían dar cuenta al rey para mejor proveer. Así se expresa Felipe II en la ley 36, título XV, libro 2º de Indias.

El carácter consultivo, de cuerpo con el que se acuerda, corresponde en el imaginario americano a unas diputaciones que en más de una ocasión aparecen como cuerpos asesores de los jefes de los reinos:

Vea Vuestra Majestad cómo esos Reyes y Ministros, cuya arbitrariedad tanto ha resonado en estas bóvedas, pensaron en contrapesar más que la comisión el *poder colosal de los virreyes*... Por la Constitución y este mismo proyecto de ley que se discute, se les han sustituido (a las Audiencias) las diputaciones con quienes deben hacerse semejantes consultas: a éstas está encargado el velar que los jefes políticos observen la Constitución... ahora se quiere que sus informes vengan por mano de esos mismos jefes: todo esto es ridículo. *Si bajo el nombre de jefes políticos se quieren sostener o erigir déspotas y tiranos, téngase por lo menos la franqueza de decirlo abiertamente*, pues no es tiempo ya de embaucar más a los pueblos con alegres teorías o promesas vagas: conocen sus derechos, estampados en la Constitución, y sabrán *sostenerlos con la bayoneta*, si fuere necesario.

La amenaza es transparente; no lo es tanto la pretensión de que las diputaciones puedan expresarse normativamente a través de figuras semejantes a los antiguos autos acordados.

En todo caso, es el nacionalismo a lo Cádiz lo que está detrás de las pretensiones de Arizpe:

...convenía a la nación española autorizar tanto más a las diputaciones contra los jefes políticos cuanto mayor sea la distancia entre aquéllas y el gobierno supremo... yo aseguro a V.M. que *toda la nación, especialmente su mayoría*, que habita las Américas, quiere que sus *cuerpos representativos y más populares*, cuales son las diputaciones, tengan libre este derecho; y ojalá tuvieran el de castigar a sus jefes, como lo han expuesto con repetidas quejas varias provincias...

Sin titubeos (DS, VIII, p. 5459), Argüelles responde en un momento en que cualquier otra reacción habría significado aceptar el carácter representativo de las temidas vocalías locales: “aquí se trata de un cuerpo, del cual es presidente el jefe político; por lo que, todo lo que este cuerpo delibere, necesariamente lo ha de hacer a presencia del jefe político”. Después de tachar a Arizpe como un americano tendente al anarquismo, afirma el asturiano que

...en una Monarquía moderada, como la nuestra, no debe haber más representación nacional de la soberanía del pueblo que la que tienen sus representantes en Cortes; y las diputaciones provinciales jamás han tenido ni tienen facultades algunas de resolver sino *con arreglo a las leyes en puntos administrativos*, pues de lo contrario se acabó el Estado. *En todo lo demás, la diputación no representa al pueblo.*

A los miembros de la diputación les queda, en cualquier caso, a salvo el derecho de ocurrir a la metrópoli con carácter individual:

...yo resistiría un sistema que no se adoptase igualmente en la provincia de Sonora que en la de Asturias... si abrimos campo, y autorizamos a las diputaciones provinciales para que, so pretexto de quejas particulares, *se puedan juntar a deliberar sin la presencia de sus presidentes los jefes políticos*, yo aseguro al Congreso que desde este momento puede dejar de contar con el número de provincias de España... Yo desde hoy, aunque parezca un escándalo, me declaro contra las diputaciones provinciales, pues éstas serán útiles, ínterin todos sus radios se dirijan a un centro común.

Nadie había solicitado que las diputaciones sesionaran sin sus presidentes, pero a Argüelles vuelve a importarle poco incurrir en falacia. Así, el artículo fue aprobado sin incluir una adición conciliatoria de Vallejo, diputado por Granada: “y sólo en el caso de justa queja o fundada desconfianza del mencionado jefe, podrá la diputación, con expresión razonada de los motivos, ejecutarlo directamente al gobierno”. Expresaron voto particular en contra Larrazábal, Jáuregui, el catalán Lladós, Castillo y Ros.

Poco después, en la sesión del 11 de junio (DS, VIII, p. 5462), Ramón Dou hace interesantes proposiciones para que las diputaciones se vigilen unas a otras en el tema del repartimiento de las contribuciones. Propone que cada diputación envíe un diputado a otra designada por la Regencia para que, con voz pero sin voto, exponga lo que considere justo y proporcionado en el pago de impuestos. Su proposición no se admite siquiera a discusión.

A nuestros efectos, resulta importante la propuesta de artículo 1o., capítulo III de la *Instrucción* (DS, VIII, p. 5467):

Estando el gobierno político de cada provincia, según el artículo 324 de la Constitución, a cargo del jefe superior político, nombrado por el rey *en cada una* de ellas, reside en él *la superior autoridad dentro de la provincia* para cuidar de la tranquilidad pública, del buen orden, de la seguridad de las personas y bienes de sus habitantes, de la ejecución de las leyes y órdenes del gobierno, y en general de todo lo que pertenece al orden público y prosperidad de la provincia; y así como será responsable de los abusos de su autoridad, deberá ser también puntualmente respetado y obedecido de todos, pudiendo imponer multas con destino a objetos públicos a los desobedientes y díscolos, y entregarlos, si esto no bastare, a los jueces, para que los castiguen con arreglo a las leyes.

Así es que habría jefe superior en *cada una de las provincias*, y no un mismo jefe para varias, al menos en el papel. La diputación, encima, quedaba por completo excluida del gobierno, según anticipó el sevillano José Rech, quien propone, para combatir el despotismo, que lo tocante a las multas lo acordare el jefe con la diputación, o al menos que los agraviados pudieran quejarse ante ella. Argüelles, de inmediato, advierte a nombre de la Comisión que la propuesta de Rech debe rechazarse de plano, pues “sería el medio de que el gobierno político de las provincias, que debe estar reconcentrado, fuese enteramente nulo”. Silves, aragonés, lo secunda al afirmar que, lejos de limitar al jefe, hay que aumentar sus facultades para que pueda arrestar al contraventor, díscolo o revoltoso.

Un día después (DS, VIII, p. 5477) Ramos Arizpe omite referirse a la espinosa cuestión de la desmembración de los reinos (¿habría estado de acuerdo con establecer un jefe superior en cada una de las provincias internas?) y se concentra, más bien, en el tema de las facultades del mandamás. Considera que es el colmo que el Congreso pretenda sancionar la arbitrariedad del jefe político. Lleva razón al analizar sistemáticamente el texto básico de Cádiz: si ni el rey está autorizado para imponer penas a su arbitrio, ¿por qué habrían de estarlo los jefes políticos? El artículo, sin embargo

de sutilezas constitucionales, quedó aprobado. Comenzaba a quedar claro que, ante la interpretación que Argüelles y los suyos daban a la diputación, los pluralistas como Arizpe, aunque no fueran estrictamente provincialistas, tenían que comenzar a pensar en la independencia de sus reinos.

Una nueva violación al texto constitucional se aprobaría para tranquilizar a los regnícolas (DS, VIII, p. 5478): capítulo III, artículo 2o. “Hasta que se verifique la conveniente división de las provincias del reino, de que habla el artículo 11 de la Constitución, habrá un jefe político en todas aquellas en que haya diputación provincial”. Luego, ¿ningún jefe sería superior con respecto a otros? El artículo 3o. habla de jefes políticos subalternos, pero se refiere a aquellos que pueden nombrarse en puertos de mar que no sean cabeza de provincia y en las capitales de partido de “provincias muy dilatadas”. En esos casos, se hallarían bajo la autoridad del jefe político provincial. Así, por ejemplo, ocurriría con el de Guaymas respecto del de las provincias internas de Occidente. Pero no se concebía, al menos en la letra de la ley, que el antiguo virrey de Nueva España fuera a ser “superior” del resto de los jefes políticos del ¿antiguo? virreinato.

El 13 de junio (DS, VIII, p. 5481) se resuelve, sin mayor discusión (capítulo II, artículo 5o.) que

...el cargo de jefe político estará por regla general separado de la comandancia de las armas en cada provincia; pero en las plazas que se hallaren amenazadas *del enemigo*, o en cualquier caso en que la conservación o restablecimiento del orden público y de la tranquilidad y seguridad general, así lo requieran, podrá el gobierno, a quien está encargada por la Constitución la seguridad interior y exterior del Estado, reunir temporalmente el mando político al militar, dando cuenta a las Cortes de los motivos que para ello haya tenido.

Sobre esta base normativa se reunían en Calleja las dos calidades, militar y civil, y tácitamente la supremacía en las armas sobre el resto de los jefes que pudiera haber en la Nueva España, incluyendo a quienes gobernarán provincias de las mencionadas en el artículo 10 constitucional. ¿A qué venía tamaño desorden y semejante indefinición?, ¿por qué Arizpe y los suyos no denunciaban la evidente situación?

En virtud del artículo 8o. del propio capítulo III, los jefes políticos tendrían el tratamiento de Señoría, salvo el de la corte, que lo tendría de Excelencia. El célebre ilustrado catalán Capmany aprovecha la ocasión para protestar, en clave localista, por la abolición de los tratamientos a los ayuntamientos:

Omito lo que traen nuestros autores prácticos, así regnícolas como extranje-ros, sobre las preeminencias de los ayuntamientos de las capitales de reinos y provincias. Sólo añadiré que Barcelona, no sólo fue siempre capital de provincia, sino en algunos siglos corte de sus príncipes... En España hay y hubo siempre una conocida y legalmente reconocida jerarquía entre los pueblos, y es la de ciudad, villa, lugar y aldea; y entre la primera se distinguen con preeminencia las capitales de provincia.

Sin parar mayores mientes en el asunto, el artículo se aprobó.

Aparentemente, la autoridad de los virreyes quedaba definitivamente sepultada: nada de *alter ego* del rey, nada de excelentísimo señor. Con ello las Cortes hacían caso de las reclamaciones ultramarinas, pero no cedían el poder, pues los jefes políticos quedaban como empleados autorizadísimos (incluso, en ciertos puntos, más que los virreyes, que habían de respetar al colegio de sus audiencias). El jefe había de ser el todo poderoso “otro yo” del gobierno central, agencia mucho más vigorosa y directa que las diputaciones. En ello influía el hecho de que la nueva Regencia se mostraba mucho más dócil a los mandatos del Congreso: el gobierno congresional se consolidaba sacrificando el poder de las abortadas protolegislaturas locales. Hacia 1813 no se recelaba tanto del Ejecutivo, aun ausente en su forma de testa coronada, ni de sus agentes en provincia. Se recelaba, más bien, de las levantiscas vocalías de vecinos.

Más botones de muestra fueron aprobados el 14 de junio (DS, VIII, p. 5487). En el capítulo III, artículo 9o., de la *Instrucción* se previno que los jefes políticos tendrían una duración indefinida, pudiendo ser removidos por el gobierno en cualquier tiempo. El representante de Valencia José Martínez llegó incluso a proponer que debían ser perpetuos y nombrarse a propuesta del Consejo de Estado. El artículo quedó aprobado en los términos originales de la propuesta, sin que nadie hiciera mención de la limitación temporal que legalmente tenían los virreyes en términos de la antigua legislación de Indias.

Por virtud del artículo 15, el jefe político sería el único conducto de comunicación entre los ayuntamientos y la diputación provincial, así como entre ésta y el gobierno. El 15 de junio (DS, VIII, p. 5493) Arizpe vuelve a impugnar. Argüelles objeta los términos de la impugnación:

...¿qué comparación, dijo, tienen las audiencias con las diputaciones provinciales, que son cuerpos absolutamente populares, cuerpos que tienen una tendencia continua a oponerse al gobierno, y que siempre que éste intentase hacer algo en perjuicio de la provincia, hallaría una oposición invencible en

estos cuerpos? *No tiene comparación alguna la autoridad ilimitada de los virreyes con la de los jefes políticos*, pues aquéllos estaban autorizados para dar y quitar muchos empleos, cuando éstos sólo tienen facultad para proponer un secretario, y algún oficial para su secretaría, y concluyó diciendo: Que si se accediese a lo que quería el Sr. Arizpe, se iba a establecer una lucha continua entre estas autoridades, y las primeras sesiones de las Cortes se ensayarían con las quejas de las Diputaciones contra los jefes políticos.

El artículo se aprobó con la adición propuesta por Argüelles: “quedando responsable (el jefe político) de cualquiera omisión o dilación que hiciera con el fin de que no llegue al gobierno (la comunicación de la diputación)”. Para la posteridad quedaría la supuesta mayor limitación de las potestades del jefe respecto del virrey, si bien desmentida en los hechos por los preceptos normativos a los que ya nos hemos referido. Ramos Arizpe lo tenía claro: a mayor ralentización del papel de las diputaciones, mayor peligro de vicemonarcas incontrolables y atrabiliarios en Ultramar.

El artículo 21, también controversial, terminará por decir que

...para que pueda tener efecto, si alguna vez ocurriese con urgencia o en gran distancia, la facultad que la Constitución da al rey en el artículo 336 de suspender a los individuos de las diputaciones provinciales, cuando abusaren de sus facultades, los jefes políticos se limitarán en esta parte a ejecutar puntualmente las órdenes que preventivamente les haya comunicado el gobierno.

Las reacciones, no por anunciadas, pueden ser preteridas en su transcripción:

También se opuso a su aprobación el Sr. Arizpe (DS, VIII, p. 5494) creyéndole degradante y opresor de las diputaciones provinciales, y que las instrucciones reservadas de que habla el artículo parecían cosa de Inquisición... Contestó el Sr. Argüelles que este artículo estaba sancionado en parte por la Constitución, que autoriza al rey para delegar su autoridad en *sus agentes*; y que el estado de la nación y la distancia de las provincias obligaba a adoptar medios para prevenir los casos que pudieran ocurrir... Conviniendo el Sr. Larrazábal en la necesidad de que los jefes políticos estuviesen bastantemente autorizados, quiso que estas instrucciones reservadas se diesen por las Cortes... Que esto lo exigía ya la experiencia, pues se había observado que algunos agentes del gobierno, enemigos del sistema establecido por la Constitución, particularmente en Ultramar, habían entorpecido la observancia de los decretos de las Cortes... Contestó el Sr. Argüelles que los males de que se quejaba el Sr. Larrazábal no se remediarían con la desaprobación del artículo, sino con el castigo de los culpados.

El artículo se aprobó. El jefe superior sería *agente del rey*, pero Argüelles sabía perfectamente que, entre líneas constitucionales, el peso del sistema político pasaba por las Cortes. Larrazábal, el guatemalteco, pedía que constara en el texto legal lo que de facto operaría en la realidad que el habilidoso asturiano perfeccionaba.

En los términos del artículo 32, el jefe superior presidiría todas las funciones públicas. El aragonés Luis Palafox, marqués de Lazán, se pregunta qué pasaría con el capitán general, así como la razón para establecer la prelación del mando político sobre del militar. Se queja también de que, como señala otro artículo, el jefe pueda “requerir” las tropas, esto es, dar órdenes al comandante militar de la plaza: “parece indispensable que Vuestra Majestad declare cuáles son las funciones privativas del capitán general de una provincia, y cuáles las del jefe político”. Indispensable, sí, en un régimen de facultades expresas. Sin embargo, el artículo fue aprobado sin listado alguno. Las guerras lo determinaban casi todo, y no daban tiempo a discusiones sobre preeminencias: en algunos sitios, como en el reino de México, habría dos jefes políticos (México y Guanajuato) y sólo un capitán general (por una práctica que probaría ser acendrada, el jefe superior de México, Calleja, venido a causahabiente de sí mismo en tanto que virrey).

La sesión del 18 de junio ofrece una nueva prueba de ánimo proyectual (DS, VIII, p. 5505). Andueza, peruano, propone que “los días de cumpleaños del Rey, de la Reina y Príncipe de Asturias, si los hubiere y no más, recibirá el jefe político *besamanos* en el lugar acostumbrado, de todas las primeras corporaciones de la ciudad”. Bien mirado el asunto, la jefatura política habría ocupado, de haber prosperado la iniciativa, el vicerregio sitial de *alter ego* respecto del monarca y sus manos.

Un día después (DS, VIII, p. 5516) la Comisión de Constitución rinde su dictamen acerca de las adiciones propuestas durante el debate de la *Instrucción*. Respecto de la de Arizpe, tocante a que las diputaciones ultramarinas se hicieran cargo por sí mismas del establecimiento de misiones y poblaciones en sus provincias, dictamina que aprobarla “sería faltar al *principio fundamental* que ha conducido a la comisión en la formación de esta Instrucción, y a las Cortes en su aprobación, a saber: *que todo lo que pertenezca al gobierno de los pueblos corra por manos del gobierno supremo o de sus delegados*”. El Poder Ejecutivo, así, no pasaría ni siquiera tangencialmente por las diputaciones. Arizpe, en consecuencia, tendría que comenzar a enfilar sus baterías hacia las potestades legislativas.

En cuanto al “besamanos”, la Comisión opina que ello debe quedar a lo que indique en su momento el rey. En materia de patronato indiano, propone un artículo: “El Rey y la Regencia en su caso podrán delegar a los jefes

políticos de Ultramar el ejercicio de las facultades del real patronato según *y como hasta ahora se ha practicado con los gobernadores de aquellas provincias* en toda su extensión...”. Todo quedó aprobado.

Por su parte, la Comisión de Arreglo de Tribunales presentó su dictamen acerca de las propuestas de Silves en materia de multas y arrestos. Para el conde de Buenavista resultaba preciso “poner un límite a la autoridad de los jefes políticos; si no se hace así, se va a establecer el más cruel despotismo... que no se apruebe esta facultad que se da a los jefes políticos de poder arrestar, y que en cuanto a la imposición de las multas debe señalarse la cuota”. Calatrava recuerda que el punto ya había sido discutido y aprobado. El liberal aragonés Isidoro Antillón considera, por la contra, que lo que proponía la comisión resultaba inconstitucional y atentaba contra la división de poderes. El dictamen fue reprobado en este punto.

El 20 de junio (DS, VIII, p. 5527) quedó aprobado el artículo 17 en los siguientes términos, relativos a los arrestos en los casos trascendentes para “el bien y la seguridad del Estado”:

Los jefes políticos, como primeros agentes del gobierno en las provincias, podrán ejercer en ellas la facultad que concede al Rey el párrafo undécimo del artículo 172 de la Constitución en solo el caso que allí se previene. También podrán arrestar a los que se hallen delincuentes *in fraganti*. Pero en estos casos los jefes políticos entregarán los reos a disposición del juez competente en el preciso término de veinticuatro horas.

Casi todo, pero no todo, estaba perdido, como puede apreciarse. Incluso en materia de derechos fundamentales, presunción de inocencia y debido proceso, la capacidad cabal de decisión se dejaba en manos del jefe político. Tal vez por ello es que viene la postrer propuesta de Arizpe en materia puramente formal: “que las diputaciones provinciales tuviesen el mismo tratamiento que las audiencias”, pues “son de más rango que los ayuntamientos; y teniendo muchos de éstos el tratamiento de excelencia, deberán tenerle también aquéllas”. Ésta sí fue aprobada.

Fue el ulterior triunfo del Arizpe gaditano que tendrá que esperar a nuevas circunstancias y oportunidades, las mexicanas de 1823-1824, para consolidar el modelo que desde entonces, con toda claridad, tenía en mente.

Y es que en el tema de la articulación política del territorio nacional, la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano había decretado, el 11 de noviembre de 1821, que las diputaciones provinciales mexicanas subsistirían “donde ya están establecidas, y que además se establezcan en las intendencias que no las tengan, renovándose en su totalidad

aquellas con vecinos de las mismas provincias, y pudiendo recaer la nueva elección en los mismos individuos que no hayan cumplido su tiempo” (*Actas*, 1980, p. 89). En ausencia de Ramos Arizpe, el órgano legislativo mexicano había dado el paso de provincialismo exacerbado que nunca habían querido dar las Cortes de Cádiz y que poco antes habían dado las Cortes ordinarias de la Monarquía en Madrid. Lo procedente ahora era volver hacia la sensatez, la cordura y, sobre todo, hacia la Unión entre los territorios mexicanos de la que había hablado el Plan de Iguala y cuya efectiva garantía hallará el cura saltillense en el mecanismo federal republicano. Se trata de una historia de mentalidades y conexiones que aún está por contarse en su integridad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Actas Constitucionales Mexicanas (1821-1824), t. I: *Diario de las sesiones de la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano*, edición facsimilar de la imperial de Alejandro Valdés, 1821.

Actas de las Sesiones de la Legislatura Ordinaria de 1814, Madrid, 1876.

CIENFUEGOS SALGADO, David (2012), “Reflexiones a propósito de la prisión del diputado Ramos Arizpe en el régimen absolutista de Fernando VII (1814-1820)”, *Lex*, núms. 204-205, junio-julio.

(DS) *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias que dieron principio el 24 de setiembre de 1810, y terminaron el 20 de setiembre de 1813*.

(DSCO) *Diario de las actas y discusiones de las Cortes. Legislatura de los años de 1820 y 1821*, Madrid, Imprenta Especial de las Cortes, 1820.

GONZÁLEZ OBREGÓN, Luis (dir.) (2012), *La Constitución de 1812 en la Nueva España*, edición facsimilar de la de 1913, México, Archivo General de la Nación-Universidad Nacional-Museo de las Constituciones, 2012.

LORENTE, Marta y PORTILLO, José María (dirs.) (2012), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid, Congreso de los Diputados.

RIEU-MILLAN, Marie Laure (1990), *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz. Igualdad o independencia*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Francisco (2012), *José Miguel Ramos Arizpe. De súbdito a ciudadano. Documentos 1808-1822*, Saltillo, Gobierno del Estado de Coahuila.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

MARCO JURÍDICO DE LA CIUDAD

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ*

SUMARIO: I. *Nota preliminar.* II. *La ciudad recibe a los campesinos.* III. *Normativa jurídica de la ciudad.* IV. *Legislación federal de la ciudad.* V. *La seguridad pública.* VI. *El servicio público.* VII. *A manera de epílogo.* VIII. *Bibliografía.*

La ciudad está lejos de ser un ente estático e inmutable, según evidencia su historia; en ocasiones crece y se transforma, en otras se atrofia o se enjuta, y siempre proyecta la imagen de las organizaciones humanas que han contribuido a su creación. Su estudio evidencia que la ciudad no tiene razón de ser en sí misma, pues sólo existe en la medida en que los seres humanos la habitan, y no sólo se compone de cemento y piedra, sino también de orden y de servicios, sin los cuales el asentamiento humano, por grande que sea, no pasará de ser un caserío. Convengamos, la ciudad exige orden y servicios.

El orden de la ciudad es el orden público, el cual alude tanto a su diseño ordenado por su normativa como a la coexistencia pacífica de sus habitantes, basada en la seguridad pública cuyo propósito consiste en salvaguardar la integridad, intereses y bienes de las personas, en aras del derecho humano a estar libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, es decir, a estar seguro en el entorno sociopolítico, humanitario y supraindividual.¹

En fin, en un sentido técnico, el orden público, como explica Rolando Tamayo y Salmorán, “se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la ‘autonomía de la voluntad’) ni por la aplicación de derecho extranjero”.²

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *Seguridad pública municipal*, México, Fundap-UNAM, 2003, p. 30.

² Tamayo y Salmorán, Rolando, “Orden público”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2002, t. V, p. 351.

I. NOTA PRELIMINAR

Según sostiene Numa Denys Fustel de Coulanges, la ciudad antigua se forma mediante la unión —no la fusión— de varias tribus, así como la tribu nació de la asociación de diversas fratrías, y cada una de éstas tuvo su origen en el agrupamiento de diferentes familias.

La familia, como la fratría y la tribu griegas, se integró como ente independiente poseedor de un culto propio, especial para sus antepasados, diferente a los de las demás familias, distinto asimismo a los de las fratrías y tribus que integraba, culto vedado a todo extraño.

Una vez constituida una tribu ya no se admitía en ella a ninguna otra fratría o familia, mucho menos a otra tribu; dos tribus no eran capaces de fusionarse, el culto de cada una de ellas lo impedía, al no permitir el acceso de extraños. Mas de la misma manera como varias fratrías se unieron para tener un culto común y formar una tribu, así también, sobre la base de respetar el culto propio de cada una y tener otro común, se asociaron varias tribus. El día en que se celebró esta alianza, nació la ciudad.³

La tribu representa la vida nómada y guerrera basada en la tendencia salvaje y primitiva de los hombres. La ciudad significa el arraigo a la tierra, la estructura de la vida estable donde se depositan el saber, la riqueza y el trabajo, para crear —como su nombre lo indica— la civilización. Como señala Gabriel Alomar: “La ciudad es la obra maestra del instinto pacífico de la Humanidad”.⁴

II. LA CIUDAD RECIBE A LOS CAMPESINOS

Como resultado de la Revolución Industrial, iniciada a finales del siglo XVIII, en el mundo occidental, se modificó sustancialmente la estructura y organización de la sociedad a partir del empleo de la máquina como instrumento de producción y de transporte, creando el mito del progreso.

Después de dos siglos del inicio de la Revolución Industrial se advierte una despoblación de las zonas rurales, producto de un movimiento migratorio incesante del campo a la ciudad que en algunos casos ha alcanzado dimensiones monstruosas para albergar a cerca de veinte millones de habitantes, a costa de que muchos de ellos destinen la cuarta parte de su tiempo

³ Fustel de Coulanges, Numa Dionisio, *La ciudad antigua*, Barcelona, Iberia, 1961, p. 167.

⁴ Alomar, Gabriel, *Teoría de la ciudad*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1980, p. 17.

a su transportación, vivan en habitaciones donde jamás entra un rayo de sol, y pasen largas temporadas sin poder contemplar la naturaleza, por no salir de la selva de asfalto.

México no es la excepción en este fenómeno universal de la corriente migratoria del campo a la ciudad, por lo que en el último medio siglo, de ser un país predominantemente rural, pasó a ser fundamentalmente urbano, no sólo porque las tres cuartas partes de su población viven en las ciudades —una de las cuales es la más grande del mundo—, sino porque en ellas se registra la mayoría de los procesos y acontecimientos socioeconómicos más importantes para la nación.

Tal es el resultado de ese proceso eminentemente demográfico que, dada su magnitud y velocidad, modifica radicalmente la composición rural y urbana de la población, así como la organización económica y social de la sociedad.

Por lo anterior, en lo sucesivo, no se debe pretender construir ciudades gigantescas sino humanas, cuyo objetivo fundamental sea el adecuado desarrollo físico y moral de sus habitantes, donde la vivienda y los sitios de recreo y esparcimiento tengan prelación sobre las áreas industriales.

Ciudades amables y vivibles cuyo diseño y estructura obedezcan primordialmente al bienestar y a la dignidad de los seres humanos que las habitan, propiciando una convivencia pacífica, ordenada, armónica y justa.⁵

III. NORMATIVA JURÍDICA DE LA CIUDAD

Para el arribo a esa ciudad justa, que se antoja utópico, es indispensable elaborar el marco jurídico adecuado, partiendo de la idea de que la ciudad se organice en función del bienestar y de la felicidad de los seres humanos que la habitan. Ese propósito alienta la aparición del derecho urbano o urbanístico.

Para Federico Spantigati, “la disciplina urbanística es un sistema unitario, un conjunto de instituciones jurídicas relacionadas y coordinadas entre sí”.⁶ En mi opinión, se puede entender el derecho urbanístico o urbano como el conjunto de normas jurídicas cuyo objeto consiste en regular las conductas humanas que inciden en el funcionamiento de las ciudades, para la adecuada organización de su territorio y la correcta operación de sus servicios públicos, con el fin de otorgar a sus moradores el hábitat requerido por la dignidad humana.

⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁶ Spantigati, Federico, *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Montecorvo, 1978, p. 71.

Acorde con la apreciación anterior, en nuestro país se pueden distinguir tres niveles diferentes en el derecho urbanístico: el federal, el de las entidades federativas, y el municipal; de ellos me circunscribiré tan sólo al análisis y comentario del primero, o sea, al federal.

En la normativa urbana destacan, como materias fundamentales, la ordenación y regulación de los centros urbanos de población en sus rubros básicos, a saber: uso del suelo, medio ambiente, vivienda, obras públicas y servicios públicos.

Descuellan, asimismo, entre los aspectos primordiales del derecho urbano:

- La asignación de atribuciones al poder público para regular la sistematización y utilización del suelo.
- La regulación de la propiedad urbana conforme a las modalidades impuestas por el Estado.
- El establecimiento de los controles y de las sanciones que garanticen la prevención y el control de la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo.
- La instauración de controles y de sanciones que aseguren el uso del suelo urbano en los destinos predeterminados por el poder público.
- El control y la vigilancia de la ejecución de las obras públicas y de la prestación de los servicios públicos de la ciudad.

IV. LEGISLACIÓN FEDERAL DE LA CIUDAD

El derecho positivo urbano de México tiene su base fundamental en la Constitución vigente en el país y se integra, a nivel federal, con diversas disposiciones contenidas en diferentes ordenamientos, entre los que destacan la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente, la Ley Federal de Vivienda, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, así como los reglamentos, manuales y acuerdos derivados de tales ordenamientos legales.

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Aun cuando desde el siglo pasado existen disposiciones jurídicas que regulan la vida urbana, el inicio de la sistematización formal del derecho

urbano en México puede decirse que se da con la iniciativa de reformas constitucionales en materia de asentamientos humanos, remitida al poder revisor de la Constitución por el presidente Luis Echeverría Álvarez, el 12 de noviembre de 1975.

Según la iniciativa referida, era impostergable la adopción de medidas encaminadas a frenar y disminuir los crecientes desniveles geográficos y sectoriales que impedían, o cuando menos obstaculizaban, el proceso de crecimiento. De ahí la necesidad insoslayable de precisar políticas y de orientar acciones para modificar el rumbo del movimiento urbano del país.

A juicio de la iniciativa mencionada, dependería de nuestro talento para vencer la dramática desigualdad entre el campo y la ciudad, el que pudiéramos transformar nuestro sistema macrocefálico de ciudades en un desarrollo regional basado en centros urbanos razonablemente reducidos, para alcanzar metas de mayor productividad, crecimiento económico y justicia social.

La iniciativa en cita hacía hincapié en que por presión de la elevada tasa demográfica y de la fuerte corriente migratoria del campo a la ciudad se generaban múltiples contiendas sobre tenencia de la tierra, precarismo ilegal en su posesión, carencia de servicios públicos, vivienda infrahumana, contaminación ambiental y grave perjuicio al ecosistema.

También puso de relieve la multicitada iniciativa de reformas constitucionales que la aparición de ciudades perdidas y de cinturones de miseria se debía, en gran medida, a la presión ejercida por quienes insistían en su insatisfecho e ingente requerimiento de habitación y servicios públicos, en un desordenado crecimiento de los centros urbanos de población.

Atenta a dichas consideraciones, la iniciativa de referencia propuso la instauración de instituciones jurídicas que posibilitaran procedimientos públicos encaminados a resolver, en el mediano y largo plazos, la problemática de los centros urbanos, mediante previsiones que tomen en cuenta su desarrollo en el futuro.⁷

Como consecuencia de la citada iniciativa se realizó la reforma del párrafo 3 del artículo 27 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de febrero de 1976, cuyo texto, en su parte relativa, quedó en los siguientes términos:

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en

⁷ Cfr. “Iniciativa de reformas constitucionales en materia de asentamientos humanos”, en Silva-Herzog Flores, Jesús *et al.* (dirs.), *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda*, México, Porrúa, 1977, pp. 456-463.

beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, *lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población...*

La iniciativa de reformas constitucionales en materia de asentamientos humanos a que nos hemos referido, estimó que en los tres niveles de gobierno del sistema político mexicano figuraban los elementos y se daban las acciones del poder público que inciden en la problemática de los centros urbanos, y dio lugar a la adición de la fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional, del tenor siguiente:

El Congreso tiene facultad: ...

XXIX. Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

2. *Ley General de Asentamientos Humanos*

La reforma constitucional antes transcrita sirvió de base y proemio a una abundante legislación que tiende a vertebrar y sistematizar nuestro derecho urbano, en cuyo primer término figura la Ley General de Asentamientos Humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1976, la cual fue abrogada por el artículo segundo transitorio de la ley del mismo nombre, publicada en el diario citado el 21 de julio de 1993.

El ordenamiento legal publicado el 28 de enero de 1988 se inserta en el marco de las llamadas “leyes generales”, en las que el calificativo general no es el antónimo de “particular” sino que tiene la connotación polivalente de observancia en la esfera federal, en el ámbito de las entidades federativas y en el nivel municipal, mediante la respectiva jurisdicción concurrente, que no se compagina con el tradicional sistema residual que establece el artículo 124 constitucional: “Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

Las disposiciones de la Ley General de Asentamientos Humanos en vigor —como lo fueron también las de la abrogada ley de 1976—, son de orden público e interés social, cuyo objeto estriba en establecer la adecuada concurrencia de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios en la ordenación y regulación de las ciudades y demás asentamientos humanos en el territorio nacional.

También tiene por objeto la ley de referencia determinar las bases para planear y regular el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, así como la creación, conservación, progreso y desarrollo de los centros de población; fijar, asimismo, los principios para señalar las provisiones, reservas, usos y destinos de bienes raíces que regulen su propiedad en los centros de población; y señalar, además, los principios para la participación social en materia de asentamientos humanos.

La ley en análisis, en la fracción I de su artículo 2o., entiende por centros de población:

...las áreas constituidas por las zonas urbanizadas, las que se reservan a su expansión y las que se consideren no urbanizables por causas de preservación ecológica, prevención de riesgos y mantenimiento de actividades productivas dentro de los límites de dichos centros; así como las que por resolución de la autoridad competente se provean para la fundación de los mismos.

El ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y la adecuada urbanización de los centros de población, según lo dispuesto por el artículo 3o. de la ley en comentario, deberá procurar elevar el nivel y calidad de vida de la población urbana y rural, entre otras acciones, mediante la promoción de centros de población de tamaño medio; la descongestión de las zonas metropolitanas; la adecuada interacción entre los sistemas de convivencia y de servicios en los centros de población; el establecimiento de condiciones propicias para la relación adecuada entre zonas de trabajo, vivienda y recreación, y la dotación suficiente y oportuna de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos.

La puesta en práctica de planes o programas de desarrollo urbano; el establecimiento de reservas territoriales para vivienda y desarrollo urbano; la construcción, rehabilitación y mejoramiento de vivienda popular; la realización de obras de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos, y la preservación del medio ambiente y del equilibrio ecológico de los centros de población, se consideran acciones de utilidad pública en el artículo 5o. de la referida ley.

Entre las principales herramientas que para el logro de su objeto señala la Ley General de Asentamientos Humanos, en su capítulo tercero, figuran el Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Nacional de Desarrollo Urbano, los programas estatales y municipales de desarrollo urbano, los programas de ordenación de zonas conurbadas y los programas de desarrollo urbano de centros de población, mencionados en el artículo 12 de dicho ordenamiento legal.

El Programa Nacional de Desarrollo Urbano se sujeta, en los términos del artículo 13 de la citada ley general, a los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo. Del contenido de dicho programa conviene destacar su diagnóstico de la situación de los asentamientos humanos del país y la valoración de sus causas y efectos; también la estrategia aplicable al desarrollo urbano; así como los requerimientos que en el rubro de desarrollo urbano presente la población, en razón de su estructura, cantidad y crecimiento.

El presidente de la República aprueba y —en su caso— modifica, mediante decreto, el Programa Nacional de Desarrollo Urbano, el cual se sujeta a un permanente proceso de control y evaluación, según lo dispuesto en el artículo 14 del citado ordenamiento, que también contempla la promoción de la Secretaría de Desarrollo Social para lograr la participación social en la formulación, actualización y realización del referido Programa.

Como una medida de seguridad jurídica, el artículo 17 de la ley en comentario dispone la inscripción obligatoria en el Registro Público de la Propiedad, de los planes o programas de desarrollo urbano, de centros de población y sus derivados, en los plazos señalados para tal efecto en la legislación local.

En su capítulo cuarto, la Ley General de Asentamientos Humanos se ocupa también de regular las conurbaciones, a cuyo efecto considera los convenios y las comisiones de conurbación, así como los programas de zonas conurbadas a que hace referencia en su capítulo cuarto.

Para reglamentar lo dispuesto en el artículo 27 constitucional en lo relativo a la creación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, la multicitada ley, también en su artículo 27, dispone que el ejercicio de los derechos de propiedad, posesión o cualquier otro deducido de la tenencia de inmuebles situados en esos centros, queda supeditado a las reservas, usos y destinos determinados por las autoridades competentes en los programas de desarrollo urbano respectivos.

La fundación de centros de población sólo podrá efectuarse mediante decreto expedido por la legislatura de la entidad federativa correspondiente, en tierras de vocación urbana, previa evaluación de su impacto ambiental, como lo determina el capítulo quinto de la citada ley, que deja a la legisla-

ción estatal el señalamiento de los requisitos y alcances de las acciones de conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.

El capítulo sexto se ocupa, en la ley en análisis, de las reservas territoriales, para lo cual dicta disposiciones encaminadas a coordinar las acciones de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, tendentes a determinar una política integral de suelo urbano y reservas territoriales que dé congruencia al mercado inmobiliario, especialmente al relativo a la vivienda popular y al desarrollo urbano, y evite la especulación en el mismo.

Lo anterior significa que el mencionado capítulo sexto, además de promover acciones y obras para que haya vivienda digna para todos los mexicanos, trata de evitar que unos cuantos se beneficien con la plusvalía generada por las obras públicas sufragadas por el pueblo.

En el capítulo séptimo, la Ley General de Asentamientos Humanos trata de la participación social, en tanto que el fomento al desarrollo urbano lo regula en su capítulo octavo, y las medidas de control de dicho desarrollo las determina en el capítulo noveno y último de este ordenamiento legal.

Entre tales medidas de control destacan las contenidas en los artículos 53 y 55 que establecen la nulidad absoluta tanto de los permisos, autorizaciones o licencias que contravengan los planes o programas de desarrollo urbano, como de los actos, convenios y contratos celebrados en contravención de dichos planes o programas, de la Ley General que comentamos o de la legislación estatal en la materia.

Desde luego, la Ley General de Asentamientos Humanos representa un logro muy importante para la vertebración e integración del derecho urbano en México; sin embargo, no incluye los últimos mecanismos registrados por el derecho comparado para evitar al máximo la llamada “lotería del planeamiento” y lograr una más justa distribución de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística. Sería deseable que en próximas modificaciones a nuestro derecho urbano se valore la conveniencia de incorporar esos nuevos mecanismos.

Entre tales mecanismos distributivos podemos citar el del “aprovechamiento medio” establecido en España en la Ley de Reforma de la del Suelo, del 2 de mayo de 1975, conservado en el texto refundido del 9 de abril de 1976.

En España, la legislación del suelo lo clasifica en urbano, urbanizable y no urbanizable; el suelo urbanizable puede ser programado y no programado. En este contexto, el “aprovechamiento medio” se puede explicar como el mecanismo distributivo de cargas y beneficios derivados de la ordenación urbanística, empleado en un proyecto dado de desarrollo urbano, que permite la comparación de los diversos predios que integran el universo del

proyecto, de manera que los asignados a usos no lucrativos, como vialidades, equipamiento urbano, servicios públicos, zonas verdes y recreativas, por ejemplo, se transfieran a la administración pública; mientras que el suelo lucrativo se reparte entre los propietarios y la administración de acuerdo con determinados factores y fórmulas. Como aclara Ricardo Santos Díez:

El aprovechamiento medio es, pues, el valor total de los usos lucrativos, dividido por la superficie total, todo ello referido a una clase de suelo, el urbanizable programado. La Ley reconoce a todos los propietarios de ese suelo el derecho al aprovechamiento medio, y sólo a ese aprovechamiento, cualquiera que sea el destino que el Plan prevea para cada finca en concreto.⁸

3. *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*

Contenida en 194 artículos, repartidos en seis títulos, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1988, abroga, en los términos de su artículo segundo transitorio, a la Ley Federal de Protección al Ambiente, publicada en el referido *Diario* el 11 de enero de 1982.

En su título primero, de disposiciones generales, la referida Ley General enuncia su carácter reglamentario de las disposiciones constitucionales relativas a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, en nuestro país.⁹ También establece las bases para la concurrencia del gobierno federal, de las entidades federativas y de los municipios en la materia, así como la coordinación entre las diferentes dependencias y entidades de la administración pública federal.

Asimismo, en su primer título, la ley en comentario define diversos conceptos, entre otros: ambiente, contaminación, contaminante, contingencia ambiental, ecosistema, equilibrio ecológico, emergencia ecológica, impacto ambiental y residuos peligrosos. Igualmente se determinan en este título

⁸ Santos Díez, Ricardo, *Tratado de derecho urbanístico*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1978, p. 118.

⁹ Mediante reforma constitucional publicada el 10 de agosto de 1987 en el *Diario Oficial de la Federación* se modificó el artículo 27 y se adicionó la fracción XXIX-G al artículo 73. Con la modificación al artículo 27 se asignó al Estado la atribución específica de dictar las medidas necesarias para preservar y restaurar el equilibrio ecológico. Con la adición de la fracción XXIX-G al artículo 73, el Congreso quedó facultado “para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico”.

las atribuciones en materia ecológica de la actual Secretaría de Desarrollo Social y se precisan los principios de la política ecológica nacional.

El título cuarto de la ley en análisis se refiere a la protección del ambiente, por lo que dedica sus tres primeros capítulos a la prevención y control de la contaminación de la atmósfera, del agua y de los ecosistemas acuáticos, y del suelo, respectivamente. En los cinco capítulos restantes regula las actividades consideradas como riesgosas, el manejo de los materiales y residuos peligrosos, la energía nuclear, así como las cuestiones relativas al ruido, a las vibraciones, a la energía térmica, a los olores y a la contaminación visual.

Finalmente, en el título sexto y último, la ley que nos ocupa determina las medidas de control, las medidas de seguridad, las sanciones administrativas, los recursos administrativos, así como los delitos —y sus penas— de orden federal en materia ecológica.

De todos es sabido que los principales agentes de la contaminación ambiental son la industria y el tráfico vehicular. Sobre este particular, María Ángeles Parra Lucán afirma:

Pese a que la contaminación del medio ambiente no sólo es causada por la industria directamente, sino también de modo indirecto a través de sus productos, e incluso existe una contaminación creada por los particulares (ruidos, gases de sus vehículos, residuos...), es precisamente la contaminación industrial la principal causa de la situación actual. Fundamentalmente, el desarrollo industrial reporta beneficios al hombre, pero con frecuencia ello tiene lugar en detrimento de la calidad del agua, del aire y del nivel sonoro.¹⁰

Es notorio que el tráfico vehicular y la industria se concentran en las zonas urbanas, con los serios problemas que ello representa. Sin embargo, como observa Marco Negrón: “Es ocioso seguir discutiendo si las ‘grandes ciudades’ son o no un obstáculo al desarrollo: ellas se han instalado entre nosotros para permanecer y el reto es cómo sacar el máximo provecho de su potencial”.¹¹

Interesa, pues, al derecho urbano asimilar las normas del derecho ecológico o ambiental, en la medida en que se refieren a la regulación de las conductas humanas que inciden en el funcionamiento de las ciudades.

El derecho ambiental puede definirse —en opinión de Raúl Brañes— como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pue-

¹⁰ Véase Parra Lucán, María Ángeles, *La protección al medio ambiente*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 11.

¹¹ Negrón, Marco, “Realidad múltiple de la gran ciudad”, *Revista Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 114, julio-agosto de 1991, p. 83.

den influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.¹²

Como puede comprobarse fácilmente, el derecho ambiental o ecológico¹³ se encuentra fuertemente imbricado con el derecho urbano o urbanístico, habida cuenta que una parte muy importante de las normas del primero encuentran su principal ámbito de acción en el marco ciudadano, merced a que dos de las principales fuentes de contaminación ambiental —el tráfico vehicular y la industria— se alojan primordialmente en las ciudades.

Así, por ejemplo, los reglamentos de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Residuos Peligrosos y en materia de Prevención y Control de la Contaminación de la Atmósfera, así como el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación de Aguas y el Reglamento para la Protección del Ambiente contra la Contaminación Originada por la Emisión del Ruido, encuentran en la ciudad su más importante campo de aplicación.

Otros ordenamientos de la normativa ambiental únicamente tienen aplicación en la ciudad, tal es el caso, por ejemplo, del Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente para la Prevención y Control de la Contaminación Generada por los Vehículos Automotores que Circulan por el Distrito Federal y los Municipios de la Zona Conurbada.

Esa imbricación tan fuerte registrada entre el derecho urbano y el derecho ambiental podríamos enunciarla, en términos de la teoría de conjuntos, como la intersección de dos ramas del derecho positivo en la regulación de un área específica de la conducta externa humana. Esta intersección permite incluir en el derecho urbano los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, aplicables al ámbito ciudadano.

¹² Véase Brañes, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Fundación Universo Veintiuno, 1987, p. 2.

¹³ “Quizá pudiera afirmarse que derecho ambiental equivale a derecho ecológico, pero pensamos que tal punto de vista en realidad remite a una comprensión excesivamente amplia de la rama ordinal que aquí tratamos de caracterizar, porque una cosa es que efectivamente el derecho ambiental responda a consideraciones ecológicas y otra el que deba aglutinarse, sometiendo a un tratamiento relativamente unitario todos los sectores de normas que en definitiva trascienden a las relaciones del hombre con la naturaleza”. Martín Mateo, Ramón, *Derecho ambiental*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, p. 72.

4. *Ley Federal de Vivienda*

El artículo 4o. constitucional, en su párrafo 4, postula: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.

La Ley de Vivienda, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de junio de 2006, viene a ser, según reza su artículo 1o., reglamentaria del postulado constitucional antes transcrito, con el propósito de instaurar y regular los dispositivos y mecanismos para que toda familia quede en posibilidad de ocupar una vivienda digna y decorosa.

Tanto el derecho positivo como la doctrina reconocen de tiempo atrás el derecho subjetivo a la vivienda. En efecto, hace ya medio siglo que Alberto Martín-Artajo escribió: “De los bienes necesarios a la sociedad doméstica, hay uno que reviste los caracteres de una exigencia inexcusable: es el hogar, de aquí que haya nacido lo que llamaríamos el derecho familiar a la vivienda, cuya satisfacción constituye para la sociedad y aun para el Estado, una nueva gravísima preocupación moral y aún un verdadero deber social”.¹⁴

En su título primero, la Ley de Vivienda precisa su carácter de orden público e interés social y presenta un glosario de términos frecuentemente empleados en su articulado; en el título segundo marca los lineamientos generales de la política nacional de vivienda; en el tercero instaura el sistema nacional de vivienda; en el título cuarto se ocupa del financiamiento para la vivienda; el suelo es el tema del título quinto de la Ley de Vivienda; en tanto que el sexto trata de la calidad y sustentabilidad de la vivienda; el séptimo se refiere a la producción social de vivienda; quedando para el octavo y último título de la Ley de Vivienda la denuncia popular y las responsabilidades de los servidores públicos que intervienen en los programas habitacionales.

Entre los lineamientos generales de la política nacional de vivienda descuellan los propósitos de hacer llegar el beneficio de la vivienda al mayor número de personas, especialmente a la población que se encuentre en situación de pobreza, marginación o vulnerabilidad; fomentar la calidad de la vivienda, y promover que las acciones de vivienda se realicen en un contexto de sustentabilidad ambiental, ordenación territorial y desarrollo urbano.

Como puede advertirse fácilmente, el urbano es el principal ámbito de aplicación de la Ley de Vivienda, por cuya razón se inserta en el derecho urbano la mayor parte de las disposiciones de este ordenamiento legal, junto con la normativa conexas a la vivienda, contenida en diversas leyes y regla-

¹⁴ Martín-Artajo, Alberto, “El derecho a la vivienda”, *Revista Internacional de Sociología*, Madrid, julio-diciembre de 1945, p. 74.

mentos, como la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (sección cuarta del capítulo sexto), y el Estatuto Orgánico del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (sección primera del capítulo séptimo), entre otras.

Como lo apunta Pedro Escribano Collado, “entre los bienes que se consideran de indispensable acceso para todo individuo está la vivienda”.¹⁵ Esto es indiscutible porque se trata de uno de los bienes fundamentales de la vida comunitaria, dada la función social que desempeña; por ello, la ciudad es impensable sin la vivienda, razón por la cual su regulación jurídica es una parte esencial del derecho urbano.

5. *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*

La organización de la administración pública federal, tanto la centralizada como la llamada paraestatal, encuentra sus bases en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, cuyo título segundo, referente a la administración pública centralizada, dedica su capítulo primero a las secretarías de Estado; siendo el artículo 32 el que se ocupa de las atribuciones encomendadas a la Secretaría de Desarrollo Social.

De los asuntos cuyo despacho encomienda el referido precepto legal a la Secretaría de Desarrollo Social —ya sea de manera exclusiva, o conjuntamente con otras dependencias del Ejecutivo, o bien en coordinación con autoridades federales, estatales y municipales—, muchos de ellos inciden directamente en el ámbito del derecho urbano, como son:

- La formulación, conducción y evaluación de la política general de desarrollo social, específicamente las de asentamientos humanos, desarrollo urbano, vivienda y ecología (fracción I).
- La coordinación, concertación y ejecución de programas especiales para la atención de los colonos de las áreas urbanas, para mejorar su nivel de vida (fracción VI).

6. *Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica*

El suministro de energía eléctrica es vital para la operación de las ciudades y las actividades cotidianas de sus moradores, por tal razón la Ley del

¹⁵ Véase Escribano Collado, Pedro, *La propiedad privada urbana*, Madrid, Montecorvo, 1979, p. 227.

Servicio Público de Energía Eléctrica —cuya base se ubica en el párrafo 4 del artículo 28 constitucional—, y las normas reglamentarias que de la misma se desprenden, inciden de manera importante en el derecho urbano.

El referido ordenamiento legal satisface razonablemente los caracteres de generalidad y continuidad señalados por la doctrina para el servicio público; y por medio de su reglamento deja satisfechos los requisitos de regularidad y de igualdad o uniformidad. En cuanto a los caracteres jurídicos del servicio público, Manuel María Díez apunta: “La doctrina señala cuatro caracteres fundamentales de los servicios públicos. Se dice que deben reunir los siguientes: continuidad, regularidad, igualdad y generalidad”.¹⁶

La continuidad implica que el servicio público no se interrumpa o parelice, por satisfacer una necesidad colectiva; la regularidad significa someter el servicio público a normas específicas preestablecidas, las cuales deben ser cumplidas fielmente.

En razón de la característica de igualdad o uniformidad se requiere que el servicio público se preste en condiciones iguales y con las mismas tarifas para todos los usuarios; en tanto que en atención a la generalidad, todos los miembros de la comunidad tienen derecho a acceder a los servicios públicos, en la forma y términos de las normas que los regulan.

Por lo que ve a la generalidad, en el capítulo relativo al suministro de energía eléctrica, la citada Ley dispone:

Artículo 25. La Comisión Federal de Electricidad deberá suministrar energía eléctrica a todo el que lo solicite, salvo que exista impedimento técnico o razones económicas para hacerlo, sin establecer preferencia alguna dentro de cada clasificación tarifaria.

El reglamento fijará los requisitos que debe cumplir el solicitante del servicio, y señalará los plazos para celebrar el contrato y efectuar la conexión de los servicios por parte de la Comisión.

En cuanto a la continuidad, el artículo 27 de la ley de referencia sólo exime de responsabilidad al prestador, por la interrupción del servicio, cuando se deba a caso fortuito o fuerza mayor, o bien a defectos en las instalaciones del usuario o a su culpa o negligencia. Tampoco incurrirá en responsabilidad el prestador del servicio cuando éste se interrumpa, mediante previo aviso, para efectuar trabajos de mantenimiento, modificación o ampliación de sus instalaciones.

En lo tocante a la uniformidad o igualdad del servicio público de suministro de energía eléctrica, el artículo 18 del Reglamento de la ley de la

¹⁶ Díez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1967, t. II, p. 206.

materia dispone que el prestador ofrecerá y mantendrá el servicio en forma de corriente alterna, en una, dos o tres fases, en las tensiones (con tolerancia en su voltaje de 10% de más o de menos) baja, media o alta, utilizables en la zona respectiva, a una frecuencia de 60 ciclos, con tolerancia de 0.8% de más o de menos.

De conformidad con la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, el suministro del fluido eléctrico queda a cargo de la Comisión Federal de Electricidad, prácticamente en calidad de monopolio por ser el único prestador del servicio público de suministro de energía eléctrica (artículo 7o. de la Ley). Respecto de tal monopolio, Andrés Serra Rojas hace notar: “Los servicios públicos federales pueden ser: 1. *Exclusivos*, con el carácter de monopolios como en el caso del artículo 27 constitucional en materia de petróleo, energía eléctrica y los diversos casos que señala el artículo 28 de la propia Constitución”.¹⁷

Para ser usuario del servicio público de energía eléctrica se requiere celebrar con el prestador del mismo, el contrato de suministro correspondiente, debiendo garantizar el usuario sus obligaciones contractuales mediante depósito, cuya cuantía se fija en las reglas de aplicación de las tarifas respectivas.

El capítulo primero del “Manual de Servicios al Público en Materia de Energía Eléctrica”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 1993, señala los datos mínimos que deberán contener los contratos para el suministro de energía eléctrica, como son, entre otros: el número de contrato; los nombres tanto del suministrador como del usuario y, en su caso, las claves del registro federal de contribuyentes; el domicilio tanto del suministrador como del lugar donde será proporcionado el suministro; uso y características del suministro; la carga y demanda contratadas; la tarifa aplicable; la duración y la fecha de celebración del contrato; las garantías otorgadas por el usuario; las causas de suspensión del suministro y los requisitos para su reanudación, y las responsabilidades del suministrador por interrupción o reducción del suministro.

Las tarifas del suministro de energía eléctrica, a propuesta de la Comisión Federal de Electricidad, las fija la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con la participación de las secretarías de Energía y de Economía, en los términos del artículo 32 de la ley de la materia.

La modificación de las tarifas implica la consiguiente modificación automática de los contratos de suministro de energía eléctrica que estuvieren vigentes. La aplicación de las tarifas y de sus respectivas modificaciones

¹⁷ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1981, t. 1, p. 121.

requiere la correspondiente publicación previa en el *Diario Oficial de la Federación* y, cuando menos, en otros dos periódicos diarios de circulación nacional.

V. LA SEGURIDAD PÚBLICA

La ciudad, para ser vivible, amable y justa, requiere de orden y seguridad en la vía pública que nos garantice poder deambular por ella con tranquilidad y sin mayores riesgos.

La seguridad pública de la ciudad se ubica en la intersección de la seguridad pública y del urbanismo, y requiere de la actividad de la autoridad a fin de preservar y hacer efectivo el derecho humano a estar libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, o sea, a estar seguro en el ámbito comunitario y supraindividual de la ciudad.

Para explicar en el contexto urbano el concepto de seguridad pública se ha dicho que: “Es el conjunto de acciones que realiza la autoridad municipal para garantizar la tranquilidad, paz y protección de la integridad física y moral de la población, mediante la vigilancia, prevención de actos delictuosos y orientación ciudadana que proporciona la incorporación de policía y los comités de protección civil al conjunto de la comunidad”.¹⁸

Sin embargo, la seguridad pública en el ámbito urbano es mucho más que eso, habida cuenta que también debe proteger a los miembros de la comunidad contra hechos involuntarios de los seres humanos —incendios y accidentes en general— y contra hechos de la naturaleza, como los terremotos, los ciclones, las inundaciones y las catástrofes en general. Un catálogo de actividades encaminadas a preservar la seguridad pública urbana podría ser el siguiente:

- Vigilancia de la vía y lugares públicos.
- Vigilancia de los establecimientos a los que tiene acceso el público.
- Prevención de la comisión de infracciones administrativas y delitos.
- La colaboración en la investigación y persecución de los delitos.
- Conservación del orden público.
- La seguridad vial.
- El ordenamiento del tránsito peatonal y vehicular.
- La protección civil.

¹⁸ Centro Nacional de Desarrollo Municipal, *La seguridad pública municipal. Guía técnica 16*, 3a. ed., México, INAP-SEDEMUN, 1995, p. 13.

1. *Vigilancia de la vía y lugares públicos*

Por medio de la vigilancia de la vía y lugares públicos se pretende preservar y, en su caso, restablecer en esos lugares el orden público, la paz pública y la tranquilidad de las personas, en aras de la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad municipal. Los bandos y reglamentos municipales, y la normativa equivalente del Distrito Federal, regulan la conducta externa humana en la vía y lugares públicos, a cuyo efecto establecen diversas prohibiciones, tales como:

- Participar en juegos de cualquier índole en la vía pública.
- Orinar o defecar en la vía pública.
- Arrojar en la vía pública animales muertos, desechos o sustancias tóxicas peligrosas para la salud de las personas.
- Impedir o estorbar el uso de la vía pública.
- Maltratar, ensuciar o hacer uso indebido de las fachadas de inmuebles públicos o privados, estatuas, monumentos, postes, arbotantes, semáforos, buzones, tomas de agua, señalizaciones viales o de obras.
- Cubrir, borrar, alterar o desprender los letreros o señales que identifiquen los lugares públicos o las señales oficiales o los números y letras que identifiquen los inmuebles o vías públicas.
- Ingerir bebidas alcohólicas en la vía pública.
- Detonar cohetes.
- Utilizar indebidamente los hidrantes públicos, obstruirlos o impedir su uso.
- Sostener relaciones sexuales en la vía pública o lugares públicos.

2. *Vigilancia de los establecimientos a los que tiene acceso el público*

La vía y lugares públicos no constituyen todo el ámbito espacial de la seguridad pública, porque los integrantes de la población urbana se reúnen también en otros espacios de dicho ámbito, como las áreas destinadas al público dentro de establecimientos mercantiles, o las áreas destinadas al público en los bancos, en las tiendas de autoservicio, escuelas, hospitales, mercados, museos, terminales de autobuses y oficinas públicas, en donde debe haber vigilancia para preservar y, en su caso, restablecer en esos sitios la seguridad, el orden público, la paz pública y la tranquilidad de las personas, en aras de la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad munici-

pal. Dicha vigilancia debiera ser sufragada por el establecimiento respectivo, pero realizada por la policía auxiliar municipal o, en su caso, del Distrito Federal.

3. Prevención de la comisión de infracciones administrativas y delitos

La reducción de las faltas administrativas y de las actividades delictivas favorece la seguridad pública, y en buena medida se puede lograr mediante medidas preventivas encaminadas a reducir la comisión de delitos y de infracciones a la normativa de policía y gobierno, a cuyo efecto es deseable que las autoridades competentes —municipales o del Distrito Federal— formulen y pongan en práctica el programa correspondiente de seguridad pública, debidamente articulado con el programa estatal o del Distrito Federal correspondiente y con el programa nacional de la misma materia, incluyendo en él las acciones encaminadas a lograr dicha reducción de ilícitos, por ejemplo las campañas contra la corrupción o las encaminadas a combatir el alcoholismo y el consumo de estupefacientes, o los programas de educación vial dirigidos a prevenir accidentes, a evitar que quienes estén en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas conduzcan vehículos, o a respetar los límites obligatorios de velocidad en la conducción de vehículos y demás normas de tránsito.

4. La colaboración en la investigación y persecución de los delitos

El artículo 21 constitucional previene: “La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”, lo que predica la competencia del Ministerio Público —federal, del Distrito Federal y estatal, según sea el caso— y de su respectiva corporación policial para la investigación y persecución de los delitos, lo que no es obstáculo para que los cuerpos de policía responsables de la seguridad pública municipal, del Distrito Federal y federal, colaboren en tales tareas.

5. Conservación del orden público

El profesor español Vicente Santa María de Paredes, al finalizar el siglo XIX, explicaba acerca del orden público: “La tranquilidad en que la población vive, entregada a sus ocupaciones habituales, sin interrupción en ellas

que la moleste ni peligros que amenacen indistintamente a sus individuos, constituye el *orden público*, que es una manifestación del orden jurídico, como quiera que este hecho resulta de la obediencia de todos a las leyes".¹⁹

6. *La seguridad vial*

Se puede explicar la seguridad vial como el aspecto de la seguridad pública dirigido a proteger la integridad física de la población en la vía pública respecto de los riesgos y peligros que entraña el tránsito, especialmente el vehicular, tema que es de la competencia municipal por estar incluido en el inciso *h* de la fracción III del artículo 115 constitucional, en cuya virtud la autoridad municipal está obligada a establecer un sistema de seguridad vial, aplicable a toda zona urbana de su jurisdicción, consistente en el conjunto de conjunto de dispositivos, mecanismos, disposiciones y acciones a cargo de la autoridad municipal para la protección de la integridad física tanto de conductores y pasajeros de vehículos, como de peatones, viandantes y cuanta persona se encuentre en la vía pública municipal.

7. *El ordenamiento del tránsito peatonal y vehicular*

Uno de los aspectos más complejos de la seguridad pública urbana es el relativo al ordenamiento del tránsito peatonal y vehicular, dadas sus imbricaciones con múltiples actividades, tales como el transporte, la vigilancia de la vía pública, la protección del medio ambiente y el ahorro de energéticos, que viene a complicar más aún la ya de por sí compleja actividad de ordenar el tránsito de personas y vehículos en la vía pública, permanentemente amenazado en las zonas urbanas por el congestionamiento vehicular, cuyo aspecto medular lo expone H. Buchanan de la siguiente manera:

Los problemas del movimiento en las ciudades nos resultan tan familiares que no es necesario insistir en las frustraciones e irritaciones que provocan los embotellamientos, en el derroche de carburante y en los enormes y básicamente inútiles esfuerzos de la policía, de los agentes de tráfico y de todos los miembros de los numerosos cuerpos que se encargan de regular el tráfico. Un vehículo de motor, incluso el más pesado e imperfecto, es capaz de desplazarse a

¹⁹ Santa María de Paredes, Vicente, *Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1891, p. 282.

1.5 kilómetros por minuto, mientras que la velocidad media del tráfico en las grandes ciudades es aproximadamente de 18 kilómetros por hora.²⁰

Reconocido en las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos y en los textos constitucionales de la mayoría de los países del mundo, el tránsito es un derecho humano, respecto del cual Jorge Mosset Iturraspe y Horacio Daniel Rosatti hacen notar: “En el derecho a transitar interesa el trayecto propiamente dicho y la posibilidad de cubrirlo con la menor cantidad de interferencias jurídicas, técnicas y fácticas posibles dentro de un marco de razonabilidad”,²¹

Con excepción del Distrito Federal, compete la ordenación del tránsito urbano a la autoridad municipal, la cual desarrolla esta actividad en ejercicio de una función pública, a través de una corporación conocida como “policía de tránsito”, que en rigor es un órgano de seguridad pública, de organización y disciplina similar a los cuerpos de la policía preventiva, dependiente de una unidad administrativa municipal que suele tener indistintamente el rango de secretaría, dirección general, dirección o departamento. En materia de tránsito, son autoridades municipales los ayuntamientos, los presidentes municipales y los titulares del área respectiva de la administración municipal.

A la dependencia municipal de tránsito se le suelen asignar las atribuciones que a continuación se mencionan:

- Vigilar el tránsito vehicular urbano.
- Realizar la revisión de automóviles y vehículos automotores.
- Colocar la señalización para el tránsito urbano vehicular y peatonal.
- Operar el sistema de semáforos para dirigir el tránsito vehicular y peatonal.
- Auxiliar al Ministerio Público en la investigación y persecución de los delitos inherentes o relacionados con el tránsito de vehículos y la aprehensión de los infractores.
- Imponer sanciones a las personas que infrinjan reglamentos de tránsito.
- Promover la educación vial.
- Fomentar en la población el respeto al peatón y a las normas de tránsito.

²⁰ Buchanan, H., *El tráfico en las ciudades*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 9.

²¹ Mosset Iturraspe, Jorge y Rosatti, Horacio Daniel, *Regulación del tránsito y del transporte automotor*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992, p. 85.

8. *La protección civil*

La población urbana está expuesta a riesgos y peligros que pueden presentarse súbitamente y ocasionar graves daños a sus miembros, en sus personas y en sus bienes, derivados de hechos fortuitos, inesperados e, incluso, inimaginables, los cuales pueden evitarse, disminuirse o mitigarse si el municipio cuenta con una unidad de protección civil adecuadamente organizada y debidamente capacitada.²²

A. *Definición*

Se puede entender la protección civil como la modalidad de la función estatal de seguridad pública que tiene por propósito salvaguardar la integridad, intereses y bienes de las personas, y de las entidades públicas y privadas ante la eventualidad de un riesgo, siniestro o desastre, a efecto de evitar, o cuando menos reducir, la pérdida de vidas, la destrucción o grave deterioro del aparato productivo y bienes materiales en general, el menoscabo del medio ambiente, así como la interrupción del ejercicio de las funciones públicas y de la prestación de los servicios públicos.

Aun cuando la legislación mexicana no es propensa a incluir definiciones, en su artículo 3o., fracción XXIV, la Ley de Protección Civil para el Distrito Federal del 10 de enero de 1996, define a la protección civil como:

Conjunto de principios, normas, procedimientos, acciones y conductas incluyentes, solidarias, participativas y corresponsables que efectúan coordinada y concertadamente la sociedad y autoridades, que se llevan a cabo para la prevención, mitigación, preparación, auxilio, rehabilitación, restablecimiento y reconstrucción, tendientes a salvaguardar la integridad física de las personas, sus bienes y entorno, frente a la eventualidad de un riesgo, emergencia, siniestro o desastre.

B. *Naturaleza jurídica de la protección civil*

Indiscutiblemente, la protección civil es una función pública, y como tal una actividad esencial del Estado cuya realización conlleva el uso de su imperio, de su potestad, de su autoridad y de su soberanía, lo que no impide que requiera y admita la colaboración de los particulares; se trata de una ac-

²² Véase Ministerio del Interior, *Conocimientos generales de protección civil*, 2a. ed., Madrid, Dirección General de Protección Civil, 1989, p. 60.

tividad alojada en la raíz misma del Estado interpretado como producto del pacto social, habida cuenta que dicho contrato cuenta entre sus finalidades la de proteger a sus suscriptores contra los embates de la naturaleza y en general contra los riesgos y daños provenientes de todo tipo de eventualidades que impliquen siniestros y desastres.

Consiguientemente, la protección civil es una modalidad de la función pública de seguridad pública, que tradicionalmente se ha traducido en tratar de garantizar la tranquilidad pública, el orden público y las instituciones a que éste atañe. Importa, pues, hacer coherente la protección civil —y en general la seguridad pública— con la dignidad humana, mediante la colocación del individuo, en tanto ser social, en el centro de atención de ella.

VI. EL SERVICIO PÚBLICO

Inserta en el médula de la solidaridad, la idea del servicio público entraña, en esencia, la aspiración solidaria intrínseca de la administración pública de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica para satisfacer la necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, en la que cada quien puede reconocer su propia necesidad particular. Por tanto, el servicio público se puede entender como una técnica de protección del usuario.

1. *Caracteres esenciales del servicio público*

En la doctrina se considera que el servicio público está investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales se desnaturaliza o desvirtúa, por cuya razón el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio revista los rasgos o caracteres esenciales de generalidad, igualdad, regularidad y continuidad.

A. *Generalidad*

Consiste la generalidad o universalidad del servicio público en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio. El carácter esencial de generalidad de todo servicio público se vin-

cula con los derechos humanos, porque, en principio, por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el proveniente de la capacidad instalada para la prestación del servicio.

B. Igualdad

La igualdad o uniformidad es consustancial a todo servicio público, y estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos sus usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma. Tanto la generalidad como la igualdad del servicio público son reconocidas y apoyadas por el derecho internacional de los derechos humanos a través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

C. Regularidad

Dado el carácter esencial de regularidad, el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula. Si no se da la regularidad, por prestarse sin la observancia de su regulación jurídica, el servicio podrá ser general y uniforme, pero irregular, o sea, anormal, anómalo y deficiente. En virtud de su carácter esencial de regularidad, el servicio público contribuyó en buena medida al rompimiento del principio secular que erigía a la voluntad de las partes en máxima ley de los contratos, al sustraer del ámbito del consenso de los contratantes de dicho servicio, aspectos fundamentales del mismo, como su calendario, su horario, sus condiciones técnicas, sus medidas de seguridad y su tarifa, los que no son materia de negociación de las partes, sino unilateralmente predeterminadas en una regulación jurídica exorbitante del derecho privado.

La irregularidad del servicio público derivada de la inobservancia de las normas que regulan su prestación, independientemente de la responsabilidad en que incurre el prestador del mismo, también puede implicar culpa de la autoridad a cuyo cargo está su control y vigilancia. Contra uno y otra puede intentar acción legal el usuario del servicio, en caso de irregularidad del mismo.

D. *Continuidad*

Por definición, el carácter esencial debe estar presente en el servicio público, lo que significa que no debe interrumpirse dentro de los horarios y de las fechas o circunstancias previstos en su propia regulación. He de señalar que algunos servicios públicos tienen un programa de prestación intermitente, sin que jurídicamente se pueda interpretar como interrumpido el servicio cuando, conforme a su programa, no se realiza la prestación del mismo, tal es el caso del servicio de alumbrado público, cuya prestación se suele programar de la puesta a la salida del Sol del día siguiente. De esta suerte, la índole de la necesidad de carácter general que cada servicio público está destinado a satisfacer habrá de determinar el matiz de la continuidad del mismo; conforme a esa modalidad deberá evitarse toda interrupción y, en caso de producirse, proceder a subsanarla para reanudar el servicio a la brevedad posible.

2. *Definición del servicio público*

En el orden jurídico mexicano se puede entender por servicio público la actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades similares iguales, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.

3. *Servicios públicos urbanos*

No se puede concebir la ciudad contemporánea sin un cúmulo de servicios públicos específicos: de transporte colectivo; de telefonía; de banca; de correo; de radio y televisión; de educación; de salud; de suministro de energía eléctrica, de agua potable y de gas; de drenaje; de alumbrado público; de mercados y centrales de abasto; de limpia y recolección de residuos sólidos; de panteones, y de rastro.

A. *División del servicio público*

Los servicios públicos se dividen en propios e impropios o virtuales. Los primeros son los establecidos por la ley y atribuidos a la administración pública, la que los presta directa o indirectamente por medio de concesionario. Los impropios o virtuales son los servicios públicos que sin estar reconocidos

como tales en la ley —y por tanto no se atribuye su prestación a la administración pública— de todos modos satisfacen una necesidad de carácter general, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario que condiciona su prestación a un permiso, sin el cual el particular está impedido para prestar dicho servicio público. En México, entre los servicios públicos urbanos impropios o virtuales figuran los de banca, de radio y televisión, y de suministro de gas.

B. Clasificación del servicio público

Se pueden clasificar los servicios públicos urbanos en razón de la instancia del poder público a cuyo cargo quedan, en generales, regionales, municipales o delegacionales, y concurrentes.

a. Generales

Se consideran servicios públicos generales, también conocidos como nacionales —o, en el caso de México, federales—, aquellos cuya prestación, regulación y control está atribuida al gobierno general del país; en tales casos hablamos de un servicio público general, llamado federal cuando se trata de un régimen de este tipo, como es el caso de México. Entre los servicios públicos federales podemos citar el de suministro de energía eléctrica, el de correos, el de banca y el de telefonía.

b. Regionales

Se clasifican como servicios públicos regionales los que se someten al control del gobierno del departamento, región, provincia o entidad federativa y no del gobierno general del país; en México, para distinguirlos de los federales, se les denomina servicios públicos estatales, entre los cuales se pueden mencionar los servicios públicos de transporte colectivo y de taxis.

c. Municipales o delegacionales

Lógicamente, los servicios públicos municipales son los atribuidos a la administración pública municipal; en México, por disposición contenida en la fracción III del artículo 115 constitucional, el municipio atiende los de suministro de agua potable; drenaje; alumbrado público; limpia, recolec-

ción, traslado y disposición final de residuos; mercados y centrales de abasto; panteones, y rastro. Además, incluye calles, parques y jardines, que en rigor no son servicios públicos sino obras públicas.

Como en el Distrito Federal, desde 1928, fueron suprimidos los municipios, los llamados servicios públicos municipales son prestados, en términos generales, por la administración pública delegacional.

d. Coincidentes y coexistentes

Estaremos frente a un servicio público coincidente cuando su control se atribuye a dos o a las tres instancias de gobierno —federación, entidades federativas, municipios—, mas sólo a una de ellas se confiere establecer los criterios para distribuir su prestación y control; así ocurre, por ejemplo, con el servicio público de educación, atribuido por el artículo 3o. constitucional a la Federación, los estados y los municipios, ya que en su fracción VIII confiere al Congreso de la Unión la expedición de las leyes destinadas a distribuir entre ellos la prestación de dicho servicio.

Consideramos servicios públicos coexistentes los que en parte se asignan a la Federación, en parte a las entidades federativas, y en parte a los municipios; los servicios públicos de salud y de transporte colectivo de pasajeros son ejemplos de esta clasificación.

VII. A MANERA DE EPÍLOGO

En el curso de la última centuria ha quedado invertida la distribución de la población en el territorio mexicano. En efecto, en el umbral del siglo XX la población rural era una mayoría abrumadora en el país, en tanto que en la alborada del siglo XXI la población urbana integra la inmensa mayoría del país, con una preocupante macrocefalia que concentra en pocas ciudades a la mitad de la población nacional. De ahí la necesidad de actualizar y sistematizar el marco jurídico de la ciudad para hacerlo adecuado a su reorientación y sano desarrollo, y a la adecuada satisfacción de las necesidades individuales y sociales latentes en la sociedad urbana.

Para México, el siglo XX fue el siglo de la reforma agraria exigida por una población rural que representó —a inicios de esa centuria— el 80% de su población total.

El siglo XXI, a cuyo inicio casi el 80% de la población del país es urbana, habrá de ser el siglo de la reforma urbana que consagre y dé vigencia

plena y efectiva al subjetivo derecho a la ciudad, entendido como el derecho a la vida urbana en un hábitat digno, amable y justo, objeto primordial de la normativa urbanística.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALOMAR, Gabriel, *Teoría de la ciudad*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1980.
- BRAÑES, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Fundación Universo Veintiuno, 1987.
- BUCHANAN, H., *El tráfico en las ciudades*, Madrid, Tecnos, 1973.
- CENTRO NACIONAL DE DESARROLLO MUNICIPAL, “La seguridad pública municipal”, *Guía técnica 16*, 3a. ed., México, INAP-SEDEMUN, 1995.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1967.
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *La propiedad privada urbana*, Madrid, Montecorvo, 1979.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Seguridad pública municipal*, México, Fundap-UNAM, 2003.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio, *La ciudad antigua*, Barcelona, Iberia, 1961.
- MARTÍN-ARTAJÓ, Alberto, “El derecho a la vivienda”, *Revista Internacional de Sociología*, Madrid, julio-diciembre de 1945.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho ambiental*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Conocimientos generales de protección civil*, 2a. ed., Madrid, Dirección General de Protección Civil, 1989.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y ROSATTI, Horacio Daniel, *Regulación del tránsito y del transporte automotor*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992.
- NEGRÓN, Marco, “Realidad múltiple de la gran ciudad”, *Revista Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 114, julio-agosto de 1991.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, *La protección al medio ambiente*, Madrid, Tecnos, 1992.
- SANTA MARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1891.

SANTOS DIEZ, Ricardo, *Tratado de derecho urbanístico*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1978.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1981.

SPANTIGATI, Federico, *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Montecorvo, 1978.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Orden público”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2002.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

EL EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Lawrence FLORES AYVAR*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Definición*. III. *Elementos*. IV. *Análisis casuístico*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Una de las principales demandas sociales respecto al ejercicio jurisdiccional del Estado para la resolución de conflictos y controversias es la interpretación y aplicación del derecho de la manera más amplia y eficaz para proteger y garantizar derechos fundamentales en todo caso en concreto, misma que se vio reflejada, en cierto sentido, mediante la reforma al artículo 1o. constitucional que entró en vigor el 11 de junio de 2011, en donde se adicionaron los párrafos segundo y tercero que establecen lo que se conoce como el *principio de interpretación conforme* y el *principio pro homine*, aunado al hecho de facultar a toda autoridad para ejercer un *control de convencionalidad* en concordancia con las distintas disposiciones internacionales integrantes de nuestro sistema jurídico vigente.

A la par de esta circunstancia, se ha observado un elemento de vital trascendencia para lograr la consagración de la máxima protección a los derechos fundamentales, y es lo relativo al proceso claro, preciso y armónico que se debe seguir para garantizar la defensa y protección de todo derecho, con base en el establecimiento de ciertas pautas o formas a seguir en igualdad de condiciones para la determinación de una resolución imparcial y objetiva.

Sin embargo, hay situaciones en que la forma que se sigue en todo proceso pierde ese sentido esencial de conducción y se maneja con un rigor excesivo, convirtiendo a lo instrumental en sustancial, y el proceso pierde

* Profesor de licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM, así como de otras instituciones de educación superior.

así su verdadera razón de ser, toda vez que de esa manera se logra ocultar y desconocer la obtención de la verdad jurídica objetiva, es decir, la existencia de aquellas circunstancias de hecho que resultan ser relevantes o decisivas para la correcta resolución de la causa.

Dicho escenario significa que el proceso sirve como un medio de frustración del derecho para su aplicación, pues no se cumple con la finalidad para la que se ha establecido, constituyendo de esta forma una práctica *rigorista* o *ritualista* del proceso, misma que la doctrina jurídica latinoamericana ha denominado de manera común como *exceso ritual manifiesto*,¹ figura a la que dedicaremos el siguiente análisis teórico y práctico.

II. DEFINICIÓN

Para conocer con certeza el funcionamiento de esta figura en el ámbito jurídico es indispensable delimitar nuestro campo de estudio mediante su conceptualización, motivo por el cual partiremos de algunas definiciones doctrinales y judiciales que al efecto se han emitido.

En este sentido, el doctor Bertolino señala que “el exceso ritual manifiesto dificulta (o bien, impide) la obtención de la verdad jurídica objetiva, con detrimento del juicio jurisdiccional, frustrando de tal modo el servicio de justicia”.² Así, para el autor referido, es característica esencial para que se actualice la figura del notorio rigorismo formal, el impedimento o la dificultad de obtener la verdad jurídica objetiva, pues ello implica la denegación de la justicia. Por la importancia de este factor, debemos precisar que se entiende por verdad jurídica objetiva a las circunstancias de hecho que resultan esenciales para la resolución judicial de un caso en concreto.

Por su parte, el doctor Linares Quintana señala que el ritualismo estéril es “una especie de injusticia grave por exceso en el orden; el amparo de un fariseísmo de las formas convertidas en vacua solemnidad dañosa”.³ De esta manera, es de resaltarse la insistencia que se hace sobre el daño que provoca a la justicia el exceso del orden formal, pues éste es sólo un medio por el cual se llega a conocer la verdad jurídica objetiva, sin que esto quiera decir que

¹ Figura que también se conoce bajo los términos de *notorio rigorismo formal*, *rigorismo procesal irrazonable*, *ritualismo estéril*, *ritualismo procesal* y *renuncia consciente a la verdad objetiva*, entre otros, mismos que se utilizarán de manera indiferente a lo largo del presente trabajo.

² Véase Bertolino, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 30.

³ Linares Quintana, Juan Francisco, “Recurso extraordinario y ritualismo”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, núm. 4727, abril de 1975, p. 461.

constituya una finalidad independiente a observar en todo ejercicio jurisdiccional para determinar el fondo de un asunto.

El doctor Lugones entiende al rigorismo procesal irrazonable como “un estricto apego a las formalidades procesales que conduce al menoscabo de la admisión de la verdad jurídica objetiva, concluyendo en desconocimiento de derechos de fondo o soluciones notoriamente disvaliosas”.⁴ Al igual que en las anteriores dos definiciones, el doctor Linares resalta una de las principales características de la figura en estudio, que es el apego a las formalidades procesales, el cual tiene dos posibles consecuencias para este autor:

- a) *El desconocimiento de derechos de fondo*, toda vez que al constreñirse un estudio exclusivamente al cumplimiento de las formalidades del proceso, el fondo, la sustancia, el motivo originario del conflicto o controversia no llega siquiera a ser analizado de manera precisa y adecuada como lo demanda el deber judicial, o
- b) *Una solución de poca importancia y trascendencia al caso en concreto*, pues al aplicar una interpretación exegéticamente rigorista a una norma procesal, la sustancia del proceso pasa a un segundo plano de importancia, lo que tiene como consecuencia que el análisis llevado a cabo por la instancia competente se aparte totalmente del problema a resolver, emitiendo una resolución exigua de fondo al caso en concreto.

En cuanto a las aportaciones judiciales que se han realizado respecto a la figura en análisis, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha establecido que el exceso ritual manifiesto se actualiza “al aplicarse de manera manifiesta las normas, atendiendo únicamente a su texto o haciendo una aplicación mecánica de éstas”.⁵ Esto es, que el rigorismo procesal irrazonable atiende precisamente a una cuestión de literalidad y de aplicación silogística que disuade la función jurisdiccional del Estado; en otras palabras, que bajo la estructura de un estudio extremadamente limitado al cumplimiento de formalidades, se está dejando a un lado la garantía y protección de los derechos que se encuentran en conflicto o colisión.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el famoso caso Colalillo, tuvo a bien establecer que el ritualismo procesal “es aquel que surge de una sentencia arbitraria por haber renunciado en forma consciente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, apeguándose en consecuen-

⁴ Lugones, Narciso J., *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 307.

⁵ Sentencia T-052 emitida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia el 30 de enero de 2009.

cia al texto literal de las normas procesales, de lo cual deriva un menoscabo de la justicia”.⁶ Este referente obligatorio para el análisis del exceso ritual manifiesto nos aporta dos cuestiones más a resaltar: *a)* que dicha figura surge de una sentencia arbitraria, y *b)* la renuncia a la verdad jurídica objetiva es consciente.

La arbitrariedad de una sentencia se actualiza al supeditar, de manera directa, el problema de fondo por la observancia de las formas procesales en cuanto a su literalidad y aplicación mecánica de un modo excesivo, pues éstas existen únicamente para poner orden en el proceso, para asegurar a las partes un debido proceso que respete sus garantías y derechos, pero no para determinar el sentido de un fallo, situación que va en contra del denominado *principio de prevalencia del derecho sustancial*.⁷

Lo anterior se relaciona directamente con la segunda cuestión señalada: la renuncia de la verdad objetiva de manera consciente, toda vez que al tener como suficiente un estudio rigorista procesal para emitir una sentencia, se apartan voluntariamente de un estudio sustancial en el tema a resolver, lo que tiene como consecuencia la tacha de arbitrariedad, e incluso de *inconstitucionalidad*.⁸

Derivado de lo anterior, podemos establecer que para efectos del presente trabajo, entenderemos por exceso ritual manifiesto al defecto jurisdiccional que implica una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva, por un extremo rigor en la aplicación de una norma, sacrificando así cuestiones sustanciales que repercuten en una denegación de derechos.

Finalmente, es oportuno señalar de manera precisa que el enunciado defecto de rigorismo procesal no implica de forma alguna eludir el cumplimiento de las normas procesales, sino que busca observar la desnaturalización de su uso en perjuicio de la garantía de defensa, en donde la incorrecta aplicación de aquéllas impida reconocer el derecho de fondo en pugna.

A continuación procederemos a analizar de forma puntual la sustancia y los elementos que presenta el exceso ritual manifiesto en su configuración,

⁶ Fallo número 238:550, pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina el 18 de septiembre de 1957.

⁷ El referido principio consiste en establecer que en caso de conflicto entre una norma adjetiva y una sustantiva, siempre debe prevalecer ésta sobre aquélla.

⁸ La inconstitucionalidad del exceso ritual manifiesto es contemplada en el sistema jurídico colombiano, pues en el artículo 228 de su Constitución Política se encuentra reconocido el principio de prevalencia del derecho sustancial al señalar que: “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas *prevalecerá el derecho sustancial*. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

con la finalidad de conocer cuándo estaremos en presencia de una penalización de una inobservancia procesal y cuándo en una aplicación excesiva e irracional de las normas procesales.

III. ELEMENTOS

En el apartado II se analizaron algunas aproximaciones a la definición del defecto jurisdiccional objeto del presente trabajo, en las cuales se insistió en una aplicación excesiva, injustificada e irrazonable de las formalidades del procedimiento que conllevan el menoscabo del derecho, pero ¿ello significa entonces que todo fallo judicial que se pronuncie principalmente sobre una cuestión de forma y no de fondo, es susceptible de ser atacado por una cuestión de exceso ritual manifiesto?

Como ya se ha señalado anteriormente, la finalidad de esta figura no es desacatar tajantemente las formalidades del proceso, situación que implicaría un desorden e incertidumbre de las reglas que se deben seguir para tener como resultado la resolución de un conflicto o colisión de derechos, sino que busca precisamente que el ejercicio jurisdiccional del Estado se concentre primordialmente en el estudio sustantivo de todo asunto y no se reúse dicha función por motivos esencialmente procesales.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sentencia T-591 de 2011, ha enunciado que para la configuración de esta figura jurídica deben actualizarse los siguientes elementos:

- a) *Imposibilidad de corregir la irregularidad por medio de algún recurso.* Esto significa que la figura en estudio opera únicamente en actos definitivos, esto es, que la resolución de la autoridad competente de la cual se aducen violaciones de derechos fundamentales no pueda ser revocada o modificada por medio de otro recurso ordinario, por lo que es necesario acudir a un medio extraordinario de defensa de carácter constitucional, como es el amparo, para reintegrar al gobernado en el goce de sus derechos violentados.
- b) *Incidencia directa del defecto procesal en la decisión que se considera violatoria de derechos fundamentales.* Este elemento atiende a una cuestión de trascendencia, pues a pesar de presentarse durante la sustanciación del proceso una aplicación excesiva en los formalismos, éstos no afectan el sentido del fallo si no son el fundamento de la motivación realizada por la autoridad competente, por lo que es necesario que la aplicación rigorista de las normas procesales sean el sustento del pro-

nunciamiento judicial, pues sólo así hablaríamos de violaciones a los derechos fundamentales por exceso ritual manifiesto.

- c) *Reclamación de la irregularidad en cuestión dentro del proceso ordinario, salvo que hubiera sido imposible.* De esta forma, se busca que la parte afectada demuestre el interés que tiene en contra de la vulneración de derechos que ha sufrido, pues de lo contrario se tendría por consentido el acto reclamado, haciendo entonces improcedente la reclamación que haga en el recurso extraordinario. Claro está que dicha característica no es rigurosa, pues admite la excepción de conocer dentro de un proceso extraordinario la violación reclamada a pesar de no haberse reclamado en el ordinario, sí y sólo sí acontece una imposibilidad material para hacerlo.
- d) *Constitución de una probable violación a los derechos fundamentales.* El elemento enunciado se refiere a la probabilidad de haber afectado la esfera jurídica del titular del derecho fundamental violentado mediante la aplicación rigorista de una norma procesal por parte de la autoridad competente, situación que se determinará (o deberá determinarse) por la Corte Constitucional.

Como puede observarse, el rigorismo procesal irrazonable no atiende a una cuestión irrestricta de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, pues si bien es cierto que hay casos en donde los juzgadores no entran al estudio del fondo de un caso por cuestiones procesales (verbigracia el consentimiento del acto reclamado o cuando no se hayan agotado los recursos ordinarios que puedan modificar el sentido de la sentencia recurrida), también lo es que no toda aplicación de una norma procesal que haga nugatorio un derecho se debe considerar como exceso ritual manifiesto, pues para ello deben presentarse las características señaladas anteriormente.

Para finalizar este apartado, se debe precisar una última cuestión de vital trascendencia para la comprensión eficiente de la figura en estudio, y es lo relativo a la aplicación de una norma adjetiva en perjuicio de una sustantiva derivada de una conducta imputable al afectado, es decir, que el agraviado no puede conducirse de forma negligente o desinteresada para posteriormente pretender que se vuelvan a estudiar cuestiones que por su falta de atención y previsión han quedado convalidadas dentro de la sustanciación del proceso.

Efectivamente, el principio de prevalencia de la norma sustancial no es categórico, sino que admite ciertas condiciones y excepciones en su aplicación, lo que sin duda atiende también a una cuestión de respeto al debido proceso y a la seguridad jurídica de las partes que intervienen en él, toda vez

que caer en el extremo de considerar procedente la inobservancia de una norma procesal, en todos los casos en que ésta perjudique los intereses de alguna parte, produciría abusos, retrasos y arbitrariedades, violentando así otros derechos fundamentales.

A continuación procederemos a determinar un tema importante en concordancia con lo analizado hasta el momento, y es lo referente a los supuestos jurídicos que se han presentado en Latinoamérica, en donde se han reconocido violaciones a derechos fundamentales por exceso ritual manifiesto, ya que, sin duda alguna, nos brindará un panorama más claro para entender la justificación de introducir esta hipótesis dentro de nuestro sistema jurídico.

IV. ANÁLISIS CASUÍSTICO

En relación con el estudio hasta ahora realizado, analizaremos algunos supuestos en donde se ha observado la configuración del exceso ritual manifiesto. Sin embargo, debemos ser prudentes en este punto, toda vez que no debemos entender los supuestos aquí desarrollados como limitaciones al ritualismo estéril, sino que deben ser entendidos como pautas a considerar al momento de establecer la arbitrariedad de una sentencia bajo determinadas características.

Continuando con esta idea, los supuestos jurídicos bajo los cuales las distintas cortes constitucionales latinoamericanas se han pronunciado sobre la configuración de un exceso ritual manifiesto son:

1. *Aplicación de disposiciones que se oponen a la vigencia de derechos*

Supuesto que consiste en el empleo de una norma procesal en perjuicio de un derecho sustantivo, lo que implica el desconocimiento de la verdad jurídica objetiva. Al respecto, analizaremos a continuación los casos *Jaimes Carvajal* y *Suar* para ejemplificar con claridad este supuesto jurídico del exceso ritual manifiesto.

A. *Caso Jaimes Carvajal*⁹

El referido caso comprende un conflicto de responsabilidad civil extracontractual, originado por un accidente vehicular en el que se vieron

⁹ Sentencia T-264/09 pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia el 3 de abril de 2009.

involucrados el señor Gustavo Carreño, esposo de la peticionaria, quien falleció al momento del accidente, y el señor José Hidalgo, quien conducía un automóvil propiedad del señor Pablo Muñoz, vehículo que se encontraba adscrito al servicio de la empresa Transportes Expreso Cundinamarca Limitada y Cía., SCA.

Tras fallecer el señor Gustavo Carreño se llevó a cabo el proceso penal correspondiente por homicidio culposo en contra del señor José Hidalgo, en el cual se declaró su responsabilidad penal y se le condenó al pago de la indemnización por daños y perjuicios morales y materiales; sentencia penal que fue recurrida por la señora Jaimes Carvajal para que se declararan como terceros civilmente responsables al señor Pablo Muñoz y a la empresa Transportes Expreso Cundinamarca Limitada y Cía., SCA.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación en materia penal confirmó el fallo de primera instancia e indicó que si bien la solicitud de condenar a terceros no resultaba procedente, la interesada podría acudir a la jurisdicción civil para obtener la declaratoria de responsabilidad de terceros, motivo por el cual la señora Jaimes Carvajal inició un proceso ordinario por responsabilidad civil extracontractual en contra del señor Pablo Muñoz y la empresa Transportes Expreso Cundinamarca Ltda. y Cía., SCA.

Así, el juez civil de primera instancia que conoció del caso determinó la configuración de los elementos de la responsabilidad civil, declarando a los demandados como civilmente responsables de la muerte del señor Gustavo Carreño, condenándolos al pago de los daños materiales y los perjuicios morales.

Acto seguido, los demandados interpusieron el recurso de apelación en contra de la sentencia anteriormente mencionada, alegando que el juez de primera instancia debió analizar oficiosamente los elementos que configuran el daño y pronunciarse sobre la compensación de culpas, pues el fallo del proceso penal no es prueba suficiente de que se haya materializado un daño desde del punto de vista civil.

Por ello, el Tribunal de Apelación decidió revocar la decisión de primera instancia con base en dos argumentos: *a)* la falta de legitimidad activa de la peticionaria, pues no se aportó prueba alguna sobre la relación de parentesco con el señor Gustavo Carreño, supuesto que consideró no se acreditaba con las copias de las sentencias penales, ya que éstas carecían de valor probatorio y no demostraban nada diferente a las actuaciones surtidas dentro de un proceso penal, y *b)* la falta de legitimidad pasiva del señor Pablo Muñoz, pues el vehículo al momento de sustanciarse el recurso señalado era propiedad del señor Pablo Rodrigo.

Posteriormente, la peticionaria interpuso acción de tutela, en donde argumentó, entre otras cosas, que una valoración adecuada de la prueba habría llevado a la comprobación de su interés legítimo, ya que si en un proceso penal surtido en dos instancias, cuyas decisiones causaron ejecutoria, se le otorgó la calidad de parte civil a la accionante fue porque aportó los registros civiles correspondientes, así que volver a presentarlos dentro del proceso civil era ocioso, aunado al hecho de que los demandados nunca desconocieron el interés de la peticionaria para actuar en el proceso civil como cónyuge superviviente.

Finalmente, la Sala de Casación Civil estimó que la legitimación en la causa no es un presupuesto del proceso, sino una cuestión inherente a la titularidad del derecho de acción o contradicción, así que lo solicitado por la señora Jaimes Carvajal consistía en realizar un nuevo examen de una cuestión litigiosa en la vía constitucional, y dado que el juez constitucional no puede sustituir al juez natural en la apreciación de las pruebas, y la tutela no es una tercera instancia, era procedente la denegación de la acción de tutela.

a. Criterio de la Corte Suprema

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia consideró que el tribunal de alzada no se basó en la comprobación de la ausencia de legitimidad de la actora para emitir su fallo, sino que tuvo como fundamento la ausencia de la única prueba necesaria para comprobar el parentesco entre la señora Jaimes Carvajal y el señor Gustavo Carreño, por lo que una actuación adecuada por parte del juez de segunda instancia hubiese sido: *a*) ejercer sus facultades oficiosas, en caso de considerar que los registros civiles eran una prueba imprescindible para pronunciarse sobre el fondo del proceso, o *b*) proceder a decretar la nulidad de lo actuado, pues el juez de primera instancia debió haber rechazado la demanda y solicitado la incorporación de tales documentos.

La Corte se pronunció sobre la necesidad ineludible de ordenar pruebas de oficio en el caso en concreto, situación que se sustentó con la aportación de las sentencias de carácter penal por parte de la señora Jaimes Carvajal en el proceso de responsabilidad civil extracontractual, mismas que si bien es cierto no eran conducentes para demostrar su parentesco, sí acreditaban una cuestión relevante para considerar que dichas decisiones judiciales se pronunciaron con base en los elementos de prueba necesarios para accredi-

tar la procedencia de su acción, por lo que resultaba plausible suponer que tales pruebas podían ser incorporadas al proceso civil.

De esta forma, la Corte entendió que el actuar de la Sala Civil únicamente se enfocó en la aplicación rigorista de la norma procesal, pues ésta establece que el estado civil se comprueba con el registro civil, considerando entonces la Sala que nada correspondía hacer al juzgador para contribuir a esclarecer ese hecho, secundario incluso para las partes. Sin embargo, el tribunal de alzada, una vez que constató la falta de un medio probatorio imprescindible para adoptar una decisión apegada al derecho sustantivo, en lugar de adoptar las medidas necesarias para suplir esa necesidad y, especialmente, para cumplir con su tarea de solucionar los conflictos que se someten a su consideración, prefirió revocar el fallo de primera instancia y cerrar definitivamente las puertas de la jurisdicción civil a la señora Jaimes Carvajal, actuación que se convierte en una negación del acceso a la administración de justicia.

De esta forma, la Corte finalmente consideró que la indiferencia a la efectividad del derecho sustancial demostrada en la segunda instancia se convirtió en una violación a los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, toda vez que su decisión sólo podría considerarse un fallo conforme a derecho y, en atención a la verdad jurídica objetiva, si la autoridad judicial hubiera comprobado la falta de interés para actuar de la señora Jaimes Carvajal o si no hubiese existido ningún elemento como los presentados durante la sustanciación del proceso para generar la necesidad de la prueba.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia de Colombia revocó la sentencia de tutela pronunciada por la Sala de Casación y en su lugar concedió la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la señora Jaimes Carvajal. A su vez, dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia e indicó al tribunal de alzada que debía decretar un periodo probatorio adicional en el que hiciera uso de sus facultades oficiosas para dictar un nuevo fallo.

b. Consideraciones

Podemos recuperar del caso planteado una cuestión importante a destacar, y es lo relacionado con el debido ejercicio de las facultades con las que cuenta el juzgador para allegarse de aquellos elementos que son fundamentales para llegar al conocimiento de la verdad jurídica objetiva.

Así, observamos dos conductas completamente diversas desplegadas por los operadores jurídicos de primera y segunda instancia, pues mientras

el primero interpretó armónicamente los elementos aportados por la señora Jaimes Carvajal para demostrar la procedencia de su acción, situación que se vio reforzada en el hecho de no haberse impugnado por los demandados su legitimación; el segundo se adentró a un estudio excesivamente rigorista del caso, lo que derivó en la revocación del fallo de primera instancia por una cuestión que bien se pudo solventar al indicarle al *a quo* que requiriera a la señora la aportación de los registros civiles correspondientes en atención a las facultades de mejor proveer.

De esta forma, se considera relevante que el juzgador, previo a la aplicación de una norma procesal de manera rigorista, reconsidere que la finalidad del proceso es conocer la verdad jurídica objetiva, por lo que es necesario que se haga llegar de los elementos suficientes para cumplir con dicho objetivo, ya sea que éstos sean aportados por las partes o que sean solicitados oficiosamente por el juez.

B. *Caso Suar*¹⁰

El caso *Mayra Griselda Villalta Suar o Mayra Griselda Suar García c/ la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal*, tiene como acto reclamado la resolución que tuvo por desechado el recurso de casación promovido por la agraviada contra la sentencia de segunda instancia que: *a)* no acogió el recurso de apelación especial por ella interpuesto contra el fallo emitido por el juez de primera instancia que la declaró autora responsable del delito de promoción y fomento, y *b)* acogió el recurso de apelación especial interpuesto por el Ministerio Público, mismo que procedió y tuvo como consecuencia el dictado de una sentencia de segunda instancia que la condenaba por el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, incrementando de esta forma la pena anteriormente impuesta.

Lo reseñado se presentó dado que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia previno a la agraviada para que precisara, dentro del plazo de tres días: *a)* los hechos exactos y completos que la Sala tipificó erróneamente; *b)* los argumentos concretos por los que considera que hubo error en la tipificación de la Sala, y *c)* las normas que considera vulneradas, realizando un argumento para cada una de ellas que demuestre la infracción causada.

Tras lo anterior, Mayra Griselda desahogó la prevención, contestando de manera puntual a lo solicitado; no obstante, el Tribunal de Casación rechazó para su trámite el recurso promovido, considerando que el escrito

¹⁰ Sentencia que recayó al expediente 1535-2012 pronunciada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en calidad de tribunal extraordinario de amparo, el 10 de octubre de 2012.

de contestación incumplía con la demostración del error en el fallo impugnado, ya que: *a)* no se proporcionó un argumento claro y preciso, en donde desarrollara las razones concretas por las que considera que hubo un error de tipificación sobre los hechos constitutivos de la conducta típica del comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, sino que se limitó a manifestar su desacuerdo con la figura penal aplicada, y *b)* invocó como norma vulnerada el artículo 12 de la Constitución guatemalteca, que garantiza el derecho de defensa y el debido proceso, misma que tiene alcances de índole procesal; sin embargo, cuando se interpone un recurso de casación por motivo de fondo, las normas vulneradas son de carácter sustantivo.

a. Criterio de la Corte de Constitucionalidad

Sobre el caso, la Corte Constitucional determinó que previo a la admisión del recurso de casación, el Tribunal que conozca del asunto deberá examinar si el escrito presentado contiene los requisitos señalados en ley, así como *que se baste a sí mismo*; es decir, que contenga los elementos suficientes para el estudio del fondo del asunto y la emisión de la sentencia respectiva.

De esta forma, señaló que tras la lectura de los escritos de casación y de desahogo de prevención, se advertía que el recurso instado se bastaba a sí mismo, por lo que contaba con los elementos suficientes para que la Cámara Penal conociera del fondo del asunto, toda vez que se señalaba el agravio ocasionado por la Sala de Apelaciones en cuanto a la tipificación de los hechos que le fueron imputados a la señora Mayra Griselda, así como la norma que estimaba violentada, cumpliendo así con los requisitos legales necesarios para posibilitar su admisibilidad.

En ese sentido, la Corte hizo un pronunciamiento especial sobre la inviabilidad señalada por la Cámara Penal de indicar como norma infringida el artículo 12 constitucional. Así, estableció que dicho argumento debe analizarse en el fondo del asunto y no al momento de su admisión.

Finalmente, la Corte consideró que el actuar de la Cámara Penal fue en exceso rigorista, ya que entró al estudio de cuestiones observables hasta el momento de la resolución de fondo en un momento procesal inoportuno como lo es en la admisión del recurso, limitando así el derecho constitucional de la agraviada a una debida tutela judicial efectiva.

Por ello, se otorgó el amparo a la señora Mayra Griselda, conminándose a la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia para que dicte una nueva resolución en la que tenga por admitido para su trámite el recurso de casación interpuesto.

b. Consideraciones

Se demuestra en el caso anterior una aplicación rigorista de la norma procesal al momento de tener por desechado el recurso de casación que interpuso la señora Mayra Griselda bajo el argumento de no haber desahogado de conformidad con lo dispuesto en la ley procesal la prevención realizada por la Cámara Penal, situación que tiene como consecuencia la negación del derecho a la defensa y al debido proceso, toda vez que se contaba con los elementos mínimos para que la referida Cámara pudiese entrar al estudio de fondo.

Así, consideramos que este caso cumple con los elementos señalados anteriormente, porque dicha actuación judicial violentó el derecho de la señora Mayra Griselda a la defensa y al debido proceso; además, la agraviada agotó los recursos ordinarios procedentes para revocar dicha resolución, en la cual se ve reflejada directamente la aplicación rigorista de la norma adjetiva, ya que es sustancia de la motivación expuesta por la Cámara Penal.

2. Exigencia del cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva

El presente supuesto se configura al momento de aplicar radicalmente una norma procesal para desestimar una acción promovida, sin tomar en cuenta otros factores o hechos que pueden subsanar los errores que se cometieron por el promovente. Ejemplo de lo anterior son los denominados casos Salitre y de los 500 pensionados, los cuales procederemos a desarrollar en forma concisa a continuación.

*A. Caso Salitre*¹¹

Este asunto refiere un conflicto de admisibilidad sobre una apelación, ya que la empresa Ganadera Salitre Cue, S. A., a través de su representante legal, interpuso en tiempo dicho recurso en contra del fallo con número de identificación 1718/07/05, siendo que al momento de la identificación de éste, el número correcto era 1787/07/05, por lo que el tribunal de alzada desechó el mencionado recurso por no haberse indicado de forma fehaciente el acto reclamado, por lo que tuvo por desestimados todos los agravios expresados.

¹¹ Sentencia núm. 884, emitida por la Corte Suprema de Justicia de Paraguay el 24 de noviembre de 2011.

a. Criterio de la Corte Suprema

Al respecto, la Corte Constitucional de Paraguay consideró que si bien es cierto que en el proceso deben respetarse ciertas reglas, cuya inobservancia conlleva una sanción, también lo es que el respeto a dichas reglas no puede decaer en una aplicación irrazonable de aquéllas sin vulnerar con esto preceptos constitucionales por su exceso.

En ese sentido, la Corte estimó que de todos los elementos que conforman el escrito de interposición de la apelación se desprendía que en todo momento se hacía referencia al numeral 1787/07/05, situación que incluso reconoció el tribunal de alzada al expresar que “la única resolución recaída es la S.D. núm. 1787/07/05 de fecha 21 de agosto de 2007”.

Por ende, la Corte Constitucional consideró que la resolución pronunciada por el tribunal de segunda instancia privó del derecho a la defensa al quejoso, pues incurrió en una aplicación rigorista de las reglas procesales, toda vez que bastaba con una interpretación sistemática del escrito para tener plenamente identificado el fallo impugnado, lo que hizo que se incurriera en una causal de arbitrariedad que tuvo como consecuencia la declaración de nulidad del acto reclamado dictado por el Tribunal de Apelación.

b. Consideraciones

Sobre este caso, se destaca la falta de probidad por parte de los operadores jurídicos, toda vez que la inobservancia en la formalidad presentada por el agraviado podría haberse subsanado fácilmente mediante la interpretación integral del contenido de la demanda, pues no había otros elementos dentro de ésta que imposibilitaran al juzgador conocer con certeza el acto impugnado por la Ganadera Salitre, provocando así el desconocimiento de la verdad jurídica objetiva en el caso en concreto, lo que se traduce en la violación al derecho de defensa y del debido proceso.

B. *Caso de los 500 pensionados*¹²

El presente asunto a desarrollar trata de una acción en litisconsorcio activo conformado por 500 personas cuya pretensión se centra en el reclamo del pago de su pensión correspondiente, motivo por el cual designaron un

¹² Sentencia T-1323 de 2002 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

representante en común, quien dirigió por un error la demanda a los juzgados civiles. El juez civil que conoció del asunto remitió dicho escrito inicial a su homónimo en materia laboral por razón de competencia.

Posteriormente, el juez laboral que radicó el asunto ordenó tanto la corrección de la demanda como la corrección de los 500 poderes adjuntos en ella, concediendo para tal efecto un plazo de cinco días conforme lo indica la legislación adjetiva en la materia. Sin embargo, el representante común, al momento de corregir la demanda, solicitó la ampliación del plazo señalado con el fin de tener posibilidades materiales de anexar los 500 poderes corregidos, alegando que no todos sus representados se encontraban en la misma región del país. A pesar de lo anterior, el juez laboral señaló que el plazo para desahogar la prevención era inmutable, por lo que tuvo por desestimada la demanda.

a. Criterio de la Corte Suprema

Al efecto, la Corte colombiana consideró que la exigencia impuesta por el juez laboral respecto a imponer un término de cinco días en el caso en concreto y su negativa a la ampliación del mismo, configuran un actuar enmarcado en el supuesto del exceso ritual manifiesto, ya que dicha aplicación estricta de la norma adjetiva violenta el derecho al pago de la pensión en favor de una cantidad significativa de personas, por lo que un actuar debido por parte del juzgador laboral, en concordancia con la prevalencia del derecho sustancial, hubiese sido la inobservancia de la norma procesal referente a los términos legales para la corrección de los poderes, o bien dar valor a la inequívoca expresión de voluntad contenida en los poderes rechazados.

b. Consideraciones

No debe perderse de vista, al analizar un caso de rigorismo procesal irracional, la exigencia irreflexiva de un requisito formal, pues el cumplimiento de una norma adjetiva debe adaptarse siempre a las condiciones específicas del caso en concreto en atención a la obtención de la verdad jurídica objetiva, y no aplicarse de manera cerril en circunstancias que presenten un impedimento material para cumplirlas, pues esto conllevaría, como en el caso anteriormente planteado, una violación directa a los derechos de defensa y debido proceso de los ciudadanos.

3. *Apreciación rigurosa de pruebas*

El enunciado supuesto se configura en el momento en que un juez desestima de manera directa, por una cuestión de forma, un elemento de convicción aportado por alguna de las partes, el cual resulta ser trascendental para resolver el fondo del asunto.

Tal es el caso del primer antecedente en América del exceso ritual manifiesto, el ya enunciado caso argentino *Colalillo Domingo vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata*. Dicho asunto plantea un problema de indemnización de daños causados por un accidente vehicular en favor del señor Colalillo Domingo. El eje central de la discusión se centró en determinar si a la fecha del accidente el actor propietario del automóvil siniestrado contaba o no con permiso de conducir (o como se denomina en la sentencia en comento, *registro de conductor*).

Durante la sustanciación del proceso, el señor Colalillo intentó demostrar que al momento del accidente contaba con el permiso correspondiente mediante un oficio en donde solicitaba a la Dirección de Tránsito de Buenos Aires que señalara la fecha de registro de su permiso, ya que había perdido el documento físico que lo acreditaba. La Dirección referida contestó que no contaba con registro alguno con el número de permiso indicado por el actor.

Dada esta respuesta, el señor Colalillo prefirió tramitar la reposición de su permiso. Sin embargo, el nuevo permiso (que indicaba una fecha de primera expedición de dos meses de anterioridad al accidente) fue recibido por el actor hasta el momento de dictarse la sentencia de primera instancia pero antes de notificársele, por lo que hizo del conocimiento del juez dicha situación mediante un escrito, pero éste le informó que no podía cambiar el sentido de su sentencia, que consistía en la determinación de tener por desestimada la demanda.

Así las cosas, el señor Colalillo apeló dicha sentencia argumentando la procedencia de admitir el nuevo elemento probatorio, agregado después del dictado de la sentencia de primera instancia. La Cámara que conoció de la apelación confirmó el fallo de primera instancia expresando que la sola agregación del documento extemporáneo a los autos era insuficiente para modificar lo decidido por el juez.

A. *Criterio de la Corte Suprema*

El 18 de septiembre de 1957 la Corte Suprema de Justicia de Argentina se pronunció sobre el caso *Colalillo Domingo vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata*, señalando que:

- a) Si bien es cierto que es propio de los jueces determinar cuándo existe negligencia procesal sancionable de las partes, así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de derechos, también lo es que éstas no son consideraciones suficientes para eludir el fundamento de hecho que da solución al caso, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia.
- b) Ningún proceso puede ser conducido en términos estrictamente formales, toda vez que no se limita éste al cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, motivo por el cual se convierte en una obligación irrenunciable la ponderación de principios y formalismos jurídicos con el fin de evitar incurrir en algún daño para la justicia mediante la aplicación mecánica del derecho, lo que produciría no la aplicación de la ley a los hechos del caso en concreto, sino precisamente la frustración ritual de su aplicación.

Por lo anterior, la Corte dejó sin efectos la sentencia recurrida y remitió los autos al tribunal competente para el dictado de una nueva sentencia.

B. *Consideraciones*

En este caso, observamos una aplicación rigurosa de la norma adjetiva que tiene como consecuencia la negación del derecho al cobro de una indemnización, toda vez que se omitió el estudio de fondo que era determinar si el señor Colalillo tenía o no derecho precisamente a ese pago, para lo cual era indispensable establecer si al momento del siniestro, el actor contaba o no con el registro de conductor correspondiente, situación que por causas no imputables a éste no pudo demostrar dentro del plazo que marcaba la ley procesal.

Sin embargo, el actor demostró al final del proceso contar con el documento base de su acción previo a ser notificado formalmente de la resolución del juez de primera instancia, por lo que éste, al momento de tener conocimiento del contenido de dicho documento en donde se acreditaba la vigencia del registro de conductor del señor Colalillo, debió tomar en consideración esta situación para modificar el sentido de su fallo.

Ahora bien, a pesar de que se haya aplicado rigurosamente la norma procesal en los términos anteriores, el juez de segunda instancia, que tenía en tiempo y forma todas las constancias de lo obrado en el proceso, debió pronunciarse sobre la ilegalidad del fallo anterior, concediendo el pago de la indemnización correspondiente en favor del señor Colalillo.

Tal y como se puede apreciar, este caso cumple con las condiciones expuestas anteriormente, ya que al no considerar trascendente el contenido de un documento fundamental para el caso en concreto, se está aplicando una disposición que se opone al derecho al debido proceso y de legalidad; aunado al hecho de haberse agotado todos los recursos legales para modificar o revocar dicha resolución y que dicha interpretación ritualista se ve reflejada directamente en el sentido de la resolución, toda vez que es objeto de la fundamentación y motivación de la autoridad de segunda instancia.

V. CONCLUSIONES

Como se puede observar en el desarrollo del presente trabajo, las resoluciones judiciales que se pronuncian en atención al cumplimiento excesivamente ritualista de las formas procesales, dejan en un segundo plano de importancia la verdad jurídica objetiva; en otras palabras, transforma arbitrariamente la forma en fondo, situación que no contraviene la misma esencia del derecho.

A su vez, llama bastante la atención que tras la primera consideración efectiva de la figura hace más de 50 años en el caso Coralillo, continúan presentándose ante las cortes constitucionales latinoamericanas casos de exceso ritual manifiesto, siendo que éstos deberían ser resueltos, por lo menos con mayor frecuencia, por los juzgados de menor jerarquía, ya que los análisis jurisprudenciales, en forma conjunta con la doctrina en la materia, han permitido ir clarificando los alcances y efectos de la figura referida, por lo que el compromiso jurisdiccional de velar en todo momento por el alcance de la verdad jurídica objetiva es responsabilidad incuestionable de todo juzgador.

También es cierto que parte de la responsabilidad para que lo anteriormente señalado se materialice es de los abogados litigantes, ya que muchas veces se observa un manejo abusivo de las figuras protectoras de derechos fundamentales por su parte,¹³ lo que tiene como lamentable consecuencia que los operadores jurídicos no se avoquen de manera seria, concreta y profunda a sus análisis e investigaciones, redundando la actuación judicial en la simple aplicación mecánica de normas, produciendo así una parálisis alarmante en la transformación de la ciencia jurídica.

Por otra parte, se debe insistir en el tema del respeto a las formas, pues sin éstas los procesos serían en sí mismos arbitrariedades manifiestas carentes de orden, por lo que una vez más se requiere de la coparticipación entre

¹³ Como son el control de convencionalidad e incluso el propio juicio de amparo.

juzgadores y litigantes para manejar de manera adecuada el medio que permitirá conocer la verdad jurídica objetiva en pro de garantizar de forma efectiva los derechos fundamentales.

Por último, no se puede dejar pasar la oportunidad de señalar que la inclusión de una figura como el exceso ritual manifiesto dentro del sistema jurídico mexicano complementaría eficazmente la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, toda vez que ayudaría considerablemente a evitar violaciones de derechos fundamentales que se vinculan con el debido proceso, con la defensa, con la seguridad jurídica y con el adecuado ejercicio jurisdiccional del Estado, así como a establecer, de manera puntual, las fronteras entre una aplicación rigorista de la norma procesal y la inobservancia injustificada de las pautas mínimas procesales a satisfacer, supuestos que dejan supeditada la protección de dichos derechos fundamentales a una cuestión de astucia procesal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERTOLINO, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.

LINARES QUINTANA, Juan Francisco, “Recurso extraordinario y ritualismo”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, núm. 4727, abril de 1975.

LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

LA UNIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN MÉXICO: ANTECEDENTES, INICIATIVAS, OBSTÁCULOS, RAZONES

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *Nota preliminar.* II. *Algunas hipótesis y antecedentes de la federalización en México.* III. *Conclusión.*

I. NOTA PRELIMINAR

Me asocio con satisfacción y convicción al homenaje que se hace a mi colega y amigo Jorge Witker a través de esta obra colectiva. Lo hago, con autorización del profesor Witker y de quienes han coordinado este merecido reconocimiento, por medio de un artículo con el que inicio un trabajo más amplio sobre su tema y que en 2013 fue recogido en una publicación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Aguascalientes, por invitación que me hizo —y que agradezco— el presidente de ese órgano judicial.

Dos palabras sobre Jorge Witker, compañero en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Este distinguido investigador, que ha descollado en el ámbito de la especialidad que cultiva —y en otras a las que ha beneficiado con reflexiones y aportaciones—, nació en un país hermano y amigo, ambas cosas, y arraigó en México, para beneficio nuestro, desde hace mucho tiempo. Los años no han corrido en vano. En este periodo “mexicano” de la vida de Witker, el destacado catedrático e investigador ha recorrido un largo trecho, siempre ascendente, en la actividad académica.

Don Jorge cuenta con estudios de grado y posgrado en Chile, Australia y España. Varias obras suyas —principalmente sobre derecho económico— han visto la luz en México, su segunda patria. En lo personal, le agradezco

* Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores; ex procurador general de la República. Este documento fue publicado como monografía en el Poder Judicial del Estado de Aguascalientes.

su generosa disposición de participar en una obra colectiva que coordiné en 2010, para celebrar el primer centenario del inicio de la independencia y el primero de la Revolución Mexicana, dos movimientos profundos, pendientes de mayor desarrollo y frutos más justicieros, a la altura de los mejores sueños de insurgentes y revolucionarios de ayer y de ahora. El profesor Witker acudió a ese libro conmemorativo como autor de dos excelentes estudios: “Los tratados de integración”, en el tomo II, acerca de derecho internacional, y “Doscientos años de derecho económico”, en el tomo V, en torno al derecho social.

Dije que el estudioso del derecho y observador atento de su aplicación, siempre inquietante y reclamante, ha participado en el debate y la enseñanza en otros espacios del ordenamiento jurídico. Así ha sido —por ejemplo— en el campo del enjuiciamiento penal. En efecto, Witker se ha sumado al amplio número de juristas que examinan y orientan las novedades aportadas por la reforma constitucional de 2008 bajo la bandera del “sistema procesal acusatorio”, y más notoriamente del “proceso oral”.

Este asunto mayor ha generado constantes exámenes, deliberaciones, revisiones. El estudio analítico y crítico de las novedades penales y de su aplicación inmediata —todas las novedades que esto implica, no sólo la oralidad en la normativa y la práctica del enjuiciamiento— dará mucho que hacer y decir en el futuro cercano. Ha sido y será importante la presencia del doctor Jorge Witker en este espacio de nuestra doctrina y de nuestra práctica, siempre con el propósito de servir mejor a la libertad, a la justicia y al ejercicio pleno de los derechos humanos.

Me parece que el tema del presente artículo colinda con las preocupaciones de nuestro eminente colega en la última dimensión que he mencionado. A partir del giro constitucional de 2008 habrá de revisarse —una vez más— el enjuiciamiento penal mexicano, ahora por el conducto de un probable código único de procedimientos penales, largamente esperado, anunciado y discutido. La unidad de la legislación penal de la Federación mexicana —que no perdería su calidad política federal por contar con leyes únicas en la rama penal— puede ser defendida con buenos motivos y razones. Tal es la tesis que sostengo en el artículo que ahora entrego a la obra de homenaje a Witker, redactado al principio de 2013, tomando en cuenta los informes y elementos de juicio existentes hasta ese momento, que son del dominio público.

Por supuesto, la situación prevaleciente en este ámbito pudiera variar en poco tiempo si se presentan avances en la atención de ciertas sugerencias de política legislativa que han sido objeto de publicidad y debate. Esta circunstancia explica algunas expresiones del texto y determina la incertidum-

bre que prevalece en otras. No hay incertidumbre, en cambio, en el gran aprecio y afecto con los que comparezco en la obra de homenaje a Witker: es absoluta mi certeza sobre la gran calidad humana y académica del investigador que nos une en esta expresión de solidaridad.

II. ALGUNAS HIPÓTESIS Y ANTECEDENTES DE LA FEDERALIZACIÓN EN MÉXICO

Me propongo abordar, como lo anuncia el título de esta nota, algunas hipótesis de trabajo —afirmaciones previas de política penal—, diversos antecedentes en torno a la unidad legislativa penal en nuestro país, llamada “federalización” —que en rigor debiera ser denominada “centralización”—, y la dispersión legislativa que ha existido y que persiste en la actualidad. Me referiré igualmente a algunos documentos y disposiciones que han militado o militan en uno u otro sentido, y que influyen en la deliberación de los penalistas y los políticos. Mencionaré los motivos que abonan la corriente federalizadora —o centralizadora— de la legislación penal y los que esgrimen sus adversarios. Formularé, finalmente, algunas preguntas en las que concentro mis conclusiones, que son favorables —lo anticipo— a la unidad de la legislación penal mexicana, indispensable como herramienta de una política criminal nacional y racional, que ciertamente requerimos.

Recientes propuestas, emitidas en la circunstancia de nuevos acontecimientos políticos, han favorecido el reexamen de una vieja pretensión: la unidad de la legislación penal en México. En este caso, la propuesta proviene tanto de un planteamiento directo del presidente de la República, formulado el 10. de diciembre de 2012, en el primer discurso pronunciado por el titular del Ejecutivo Federal al asumir este cargo, como del consenso de fuerzas políticas favorecedoras del denominado “Pacto por México” —suscrito por representantes de distintos partidos—, también al final de diciembre de 2012 y el inicio de 2013, que gravitan con fuerza sobre la reflexión y la decisión en torno al tema que ahora nos interesa. Esos pronunciamientos, y muchos otros derivados de ellos, han generado una saludable expectativa de reforma.

Esta reanimación del tema, que pudiera culminar en novedades constitucionales y secundarias, guarda cercanía con sugerencias de mayor alcance en el orden internacional y con avances del mismo signo en ese ámbito. En esta dirección figuran los pasos adelante hacia la armonización del régimen penal, especialmente en Europa (en el marco del Consejo de Europa y la Unión Europea), los ensayos en otros Estados federales (como los Estados

Unidos de América, en el *Model Penal Code*, expresión de la *Model Act* alentada por la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws) y las frecuentes instancias a favor de ordenamientos tipo, tanto en México como en América Latina: proyectos de Código Penal Tipo para Latinoamérica, en cuya comisión redactora participaron ilustres penalistas mexicanos, presididos por Luis Garrido, y de Código Procesal Penal Modelo, a cargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de relevantes figuras del procesalismo en nuestra región, como la maestra brasileña Ada Pellegrini.

En México ha permanecido inaccesible el objetivo de unidad legislativa penal, merced a las características del sistema federal adoptado por nuestro país (que no son, necesariamente, las de “todo” Estado federal, como lo prueban los ejemplos de Alemania, Suiza, Brasil, Venezuela y Argentina, entre otros) a través de la asignación de atribuciones estatuida por la fracción XXI del artículo 73 de la ley fundamental, que deposita en los estados de la República y en el Distrito Federal, en sus respectivas jurisdicciones, la potestad legislativa en materia penal, y reserva a aquélla la misma facultad en el orden federal, sin establecer, empero, qué debe entenderse por delitos y faltas “contra la Federación”. La fracción XXI de ese precepto ha recibido cambios en el curso de años recientes, que inician una suerte de redistribución o “cruce” de atribuciones penales entre la Federación y las entidades federativas.

Conviene precisar, ante todo, las ventajas que pudieran derivar de la unidad penal en esta etapa de nuestro desarrollo como Estado nacional y de las condiciones que actualmente prevalecen en materia de seguridad y justicia penal, que ciertamente son preocupantes, dicho con un eufemismo que no satisfará la percepción despierta y la experiencia dolorosa de un amplio sector de la sociedad mexicana.

En consecuencia, hay que tender la mirada sobre el presente —sin ignorar las soluciones del pasado, atentas a los requerimientos que las determinaron— y considerar los efectos que las decisiones de hoy pudieran tener en el futuro previsible. En suma, debemos actuar con diligencia y lucidez al amparo de una consideración política, en función del presente conocido y del futuro deseable.

En primer término, aclaremos de nueva cuenta que la dispersión de facultades legislativas en el ámbito penal no es inherente a la organización político-jurídica que supone un régimen federal. Es obvio que cada Federación puede y debe adoptar fórmulas propias sobre su estructura y su desarrollo histórico, según su conveniencia y al amparo de sus propias circunstancias. En otros términos: no existe un “modelo federal” rígido al que deban acomodarse todas las concreciones nacionales. No lo hay para los distintos

países que han acogido la estructura federal, ni para el desenvolvimiento histórico en un mismo país, como lo acredita el caso clásico de los Estados Unidos de América y lo muestra, igualmente, la experiencia de México al cabo de doscientos años de “práctica federal”.

Esta afirmación, ampliamente confirmada por la enseñanza del derecho comparado, pone fin al “mito” de que el sistema federal exige dispersar las facultades legislativas penales —con sus consecuencias aplicativas— entre las piezas que componen la Federación. Al desalojar ese “mito”, se abre la vía para que la unidad penal prospere en el interior de una Federación. En fin de cuentas, la determinación de la estructura y el rumbo corresponden a las circunstancias de cada país y de cada tiempo, y a la consecuente orientación de las grandes decisiones políticas, plegadas a una realidad nacional y no a un patrón universal.

En segundo término, es necesario observar las condiciones que prevalecen en el mundo y en nuestro país en cuanto al desenvolvimiento de la criminalidad y a las correspondientes necesidades de prevención y respuesta por parte de la sociedad y el Estado. No formamos parte de un mundo incomunicado, sembrado de fronteras regionales o nacionales que impidan tanto la actividad criminal como la reacción pública frente a la delincuencia. Un signo de este tiempo es la proliferación criminal por encima de cualesquiera fronteras territoriales, merced a las crecientes posibilidades que brindan la información y el traslado de ideas, bienes y personas.

Hoy día, el crimen es “trascendente”. Ésta es una de sus más acusadas características contemporáneas, observada desde hace más de un siglo, de la que me he ocupado en otras oportunidades al describir la evolución de la criminalidad, anticipada por la criminología italiana en el alba del siglo XX. Se ha transitado del delito acotado en el espacio y entre sus protagonistas y víctimas —una suerte de delito *intuitu personae*—, al crimen que trasciende todos los espacios y se produce a partir de una multitud de sujetos activos y de víctimas, a menudo anónimos y siempre dispersos.

En el mismo sentido de “trascendencia” territorial y personal debiera marchar —y marcha, en efecto— la reacción contra el delito, en forma compatible con los intereses que anidan en la soberanía de los Estados nacionales, por una parte, y con la eficacia de su acción colectiva para enfrentar los factores y las expresiones de la delincuencia, por la otra. La tensión entre ambos intereses debe resolverse a través de medidas racionales y eficaces, que los preserven y pongan al día.

En tercer término, es indispensable advertir —y luego actuar en consecuencia— que la función penal del Estado moderno debe atenerse a un diseño informado por la racionalidad, la congruencia y la eficacia, y desde

luego sustentado en los valores y principios de una sociedad democrática. Ese diseño es condición de una genuina política criminal que posee proyecciones internacionales y nacionales. Dejaré de lado, por ahora, la primera categoría y me concentraré en la segunda, es decir, en la vertiente nacional que permite identificar los problemas de la unidad penal precisamente en México.

No es razonable pretender que un Estado nacional (sobre todo si aloja una gran población, instalada en un extenso territorio y activa en múltiples relaciones de diversa naturaleza, con creciente intensidad y complejidad) carezca de lineamientos suficientes y eficientes para guiar las tareas comunes y resolver los problemas colectivos. En este marco se inscribe la política criminal —o política criminológica, o de defensa social, como se prefiera—, que reúne y pone en marcha las decisiones fundamentales sobre el sistema penal.

Esas decisiones, que no pueden ser erráticas ni fragmentarias, conciernen a los extremos básicos del quehacer estatal en relación con el crimen, la seguridad y la justicia penal. Tales extremos corresponden al papel que se asigne a la función penal dentro de las tareas del Estado, a la caracterización —y tipificación— de las conductas ilícitas, a cierta idea compartida sobre la caracterización del delincuente, a la admisión de determinadas consecuencias del delito cimentadas en la prevención general y la prevención especial, a la recepción y desarrollo de un sistema de investigación, enjuiciamiento y sentencia, y a la adopción de reglas acerca de la ejecución de condenas.

Tales son los conceptos sobre los que se elevarán, necesariamente, las “decisiones políticas fundamentales en materia penal”, que habrán de proyectarse sobre el Estado en pleno (sin perjuicio de la influencia que reciban del ámbito internacional y de la que, a su vez, ejerzan sobre éste), admitiendo especificaciones razonables que no alteren el sentido y la operación del conjunto y desechando particularidades que desatiendan ese sentido y traben esa operación, a menudo provenientes de ideas y circunstancias superadas.

En virtud de todo lo anterior, adquiere mayor sentido y actualidad la exigencia, frecuentemente formulada, de contar con una verdadera política criminal que se manifieste en una legislación uniforme, moderna, arraigada en la realidad y atenta a la construcción del futuro. Si esto no ocurre, seguiremos presenciando programas fallidos y expectativas frustradas, que han sido parte de nuestra experiencia más frecuente en los últimos años.

Vayamos brevemente a la historia de los esfuerzos nacionales en favor y en contra de la unidad penal, que inician en las tareas históricas de la nueva República por contar con un derecho penal propio y una justicia penal

adecuada a sus necesidades y expectativas. En los primeros años de la vida independiente, México se mantuvo atado a la normativa penal de la etapa colonial: disposiciones emitidas para la metrópoli y para sus colonias. Los esfuerzos por contar con una legislación penal mexicana fueron episódicos y menores, siempre oscurecidos por la principal preocupación de aquellas horas: organizar constitucional y administrativamente al nuevo Estado.

En aquella etapa el tema penal pasó a segundo término, apenas atendido por mandamientos circunstanciales que pretendieron poner orden en medio del caos que imponía la criminalidad en las ciudades y en el campo. Era natural, como observó Raúl Carrancá y Trujillo, “que el nuevo Estado nacido con la independencia política se interesara primeramente por legislar sobre su ser y funciones. De aquí que todo el empeño legislativo mirase, primero, al derecho constitucional y al administrativo”.

No abundaron, de ninguna manera, los proyectos de legislación penal integral, que atendieran la múltiple vertiente de esta materia: sustantiva, procesal y ejecutiva. Paulatinamente aparecieron ordenamientos penales en algunas entidades de la República, inspiradas en la legislación de la vieja metrópoli y receptoras de algunas inquietudes propias de la nueva era. No fue sino hasta bien avanzada la segunda mitad del siglo XIX que México presenció una obra codificadora de gran magnitud, iniciada en la “periferia” y desarrollada en el “centro”.

Esa obra ocurrió primero en Veracruz, en 1869, a través de los códigos de Fernando J. Corona —que cubrieron la materia penal y civil, sustantiva y adjetiva—, y luego en la Federación y el Distrito Federal, al culminar la tarea emprendida por el régimen juarista para dotar a México de un Código Penal, obra encomendada a la comisión que presidió Antonio Martínez de Castro, un “caudillo” del penalismo mexicano.

Puestas las bases para la nueva era de la legislación penal nacional, ésta se enfiló hacia la multiplicación de ordenamientos a la luz del régimen federal, o más bien de la interpretación que se hizo sobre las necesidades y posibilidades del sistema federal adoptado por la República. Con el Código clásico de 1871, frecuentemente elogiado, comenzó la formación de ordenamientos estatales que siguieron los lineamientos de la ley federal, sin que los estados prescindieran de su autonomía en esta materia. Adelante veremos cómo se mantuvo la misma tendencia en la legislación del siglo XX. Por lo pronto, persistió en el más importante ensayo de reforma, que no tuvo éxito, emprendido en 1903 por la comisión encabezada por Miguel Macedo, y publicado en 1912, apenas vencida la dictadura.

En una reseña cronológica de los movimientos ocurridos en el tema que ahora nos ocupa, procede mencionar tanto la solución adoptada por el

Constituyente de 1856-1857 y la interpretación que de ésta se hizo, como la propuesta relativamente centralizadora que afloró en el Congreso de 1916-1917. En ambos casos, la deliberación giró en torno al sistema penitenciario, asociado, en 1857, a la conservación o abolición de la pena de muerte, asunto sobre el que se produjo un amplio debate.

La carta de 1857 provocó la discusión de los juristas acerca del carácter federal o estatal del sistema penitenciario. La primera parte del artículo 23 constitucional había determinado que para la abolición de la pena de muerte quedaría “a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario”. En tal virtud, hubo cuestión acerca del carácter federal o estatal de este régimen. Ignacio L. Vallarta consideró —en sus famosos *Votos* como ministro de la Suprema Corte de Justicia— que competía a los estados, no a la Federación, disponer sobre las penas y crear su propio sistema penitenciario. En una posición contraria se colocaron José María Lozano, Félix Romero y Rafael de Zayas Enríquez, entre otros juristas que examinaron este asunto.

Lozano entendió que el poder administrativo mencionado en el artículo 23 era el federal, y que la Federación debía ordenar a las entidades federativas la construcción de penitenciarías y declarar, cuando esto ocurriese, que debía quedar abolida la pena capital en el estado correspondiente. Romero supuso que los estados se habían pronunciado, tácitamente, a favor del centralismo, en la medida en que habían conservado la pena de muerte no obstante haber erigido penitenciarías en los términos del artículo 23 constitucional. Y Zayas Enríquez consideró que la eficacia del sistema penitenciario en toda la República sólo podría conseguirse bajo una administración central. El tema que en este momento nos interesa volvió al debate en el Congreso de Querétaro. Carranza propuso que el artículo 18 pusiera a cargo del gobierno federal la ejecución de las penas privativas de libertad cuya duración fuera mayor a tres años. La comisión dictaminadora rechazó la sugerencia del primer jefe. Adujo que ésta cancelaría facultades de los estados en materia penal, trasladadas al ámbito federal, y sostuvo que la centralización ejecutiva hacía de lado las particularidades del tratamiento de los reclusos, conocidas por quienes estaban enterados de las condiciones locales y mejor atendidas en los establecimientos estatales. De ahí que la comisión propusiera un nuevo texto para el artículo 18: “Los estados establecerán el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, como medio de regeneración del delincuente”.

Las propuestas en conflicto dividieron las opiniones de los diputados. El constituyente José Natividad Macías defendió el proyecto de Carranza, sosteniendo que los estados conservarían su jurisdicción sobre los sentenciados

del fuero común reclusos en establecimientos federales. Otro tanto hizo Terrones: sólo se trataría —dijo— de una “semifederalización”, justamente porque las entidades federativas seguirían determinando la situación jurídica de los reos comunes de su incumbencia. Hilario Medina y Enrique Colunga se pronunciaron en contra del proyecto de Carranza, aduciendo que socavaba la soberanía de los estados. También hubo propuestas de media vía, como la postulada por José María Rodríguez.

Atenta al debate, la comisión presentó un nuevo proyecto, que prevalecería. En el fundamento de éste figuraba una consideración política: resultaba “más liberal y democrático que se deje en completa libertad a los estados para adoptar el sistema penal que les convenga”. El precepto aprobado distribuyó la organización del sistema penal entre la Federación y los estados, “en sus respectivos territorios” (aun cuando debió decir “en sus respectivas jurisdicciones”).

Resuelto el punto por la Constitución de 1917, la ley secundaria se atuvo naturalmente a las disposiciones de ésta. Así ocurrió tanto en 1929, cuando se emitió una nueva ordenación penal, de corta vigencia, ligada al polémico penalista José Almaraz, como en 1931, cuando se expidió el Código Penal federal y distrital que lograría mayor tiempo de vigencia y sobre cuyos lineamientos esenciales se formó la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de medio siglo. En este momento conviene recordar las opiniones y las expectativas que giraron en torno al Código de 1931 y a su posible relevo futuro por una ley de alcance nacional, es decir, una ley centralizadora de la normativa penal.

Los penalistas que participaron en la redacción del Código de 1931 o formularon los más vigorosos y persuasivos comentarios en defensa de éste, no coincidían sobre la solución final del punto que estamos examinando, aunque se pronunciaron generalmente a favor de ese ordenamiento y de los efectos de unificación o armonización que tuvo. En este sentido se alzó la voz de Raúl Carrancá y Trujillo —vigoroso promotor de la unidad penal—, tomando en cuenta que la legislación penal de las entidades federativas se había elaborado a imagen de ese ordenamiento, que tuvo la virtud de servir como ejemplo y factor de uniformidad del derecho penal de la República. Carrancá rechazó con vehemencia cualesquiera soluciones que propiciaran la multiplicación de ordenamientos con rasgos dispares —rompiendo así la uniformidad alcanzada— y destacó la necesidad de plantear, como punto de llegada, la emisión de un solo Código Penal para los Estados Unidos Mexicanos.

Abundaron las críticas de eminentes observadores extranjeros en torno al “extremoso federalismo” adoptado por México en esta materia, que daba

como producto una gran dispersión, innecesaria y perniciosa. En este sentido hubo pareceres relevantes, como fueron los sustentados por Luis Jiménez de Asúa, Felipe Sánchez Román —primer conductor del Instituto de Derecho Comparado de la UNAM, que sería, al cabo de los años, Instituto de Investigaciones Jurídicas— y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, este último en lo que respecta a la legislación procesal.

En la misma línea, los críticos de la dispersión legislativa, nacionales y extranjeros, hicieron notar que resultaba preferible contar con un código penal imperfecto, sujeto a correcciones y reformas, como lo era la ley de 1931, que favorecer la aparición de ordenamientos dispares que perturbaran la unificación alcanzada en torno a esa ley. En esta dirección opinó Jiménez de Asúa, al estudiar el proyecto de reforma penal de 1949: “Como en muchos estados se promulgaron códigos que tomaron como modelo el del Distrito Federal, no conviene modificar éste demasiado profundamente, para no romper la deseada armonía u obligar a los estados, que no ha mucho se dieron nuevos códigos, a volver a enmendarlos. La inseguridad legislativa es peor que los códigos defectuosos”.

En esa circunstancia polémica surgió una corriente alternativa que tomaba en cuenta tanto las objeciones formuladas —sobre todo desde la trinchera política— en contra de la centralización, mediante reforma al artículo 73 constitucional, como la evidente necesidad de caminar hacia adelante en la adopción de una política penal de alcance nacional y, por lo tanto, en la admisión de ordenamientos que facilitarían la armonía legislativa, sin prescindir de la autonomía retenida por los estados en este campo.

Esa corriente alternativa, mediadora entre las posiciones contrapuestas, se concentró en la sugerencia de ordenamientos tipo o modelo, de libre adopción por los legisladores locales, que recogieran las experiencias y las enseñanzas mejor informadas en materia penal. La alternativa representada por los códigos tipo tuvo una manifestación muy importante en 1963 —conducida por el procurador del Distrito y Territorios Federales, Fernando Román Lugo—, y se ha mantenido activa a través de otras propuestas en años posteriores, que llegan hasta el presente, como adelante veremos. En el Instituto de Investigaciones Jurídicas, algunos investigadores —el autor de estas líneas y las profesoras Olga Islas de González Mariscal y Victoria Adato Green— plantearon ordenamientos modelo en sus respectivas especialidades: penal y procesal penal.

Una nueva manifestación de la corriente centralizadora, proyectada una vez más hacia la vertiente penitenciaria —donde han menudeado las peores experiencias— se presentó en oportunidad de la reforma al artículo 18 constitucional iniciada en 1964 por el presidente Adolfo López Mateos.

La iniciativa del Ejecutivo propuso que los gobiernos estatales pudieran celebrar convenios con el Ejecutivo Federal para que los reos del orden común extinguieran sus condenas en establecimientos penales de la Federación.

Esa iniciativa, analizada con detalle por los diputados, en una cámara legislatora que por primera vez contaba con fuerte representación de partidos políticos de oposición (me refiero a la presencia de los “diputados de partido”, notable precedente de la representación proporcional que ha sido objeto de diversas reformas electorales), recibió diversos cambios en el curso del trabajo parlamentario. Fueron producto, fundamentalmente, de la participación de legisladores del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Acción Nacional.

No me ocuparé de las modificaciones —ciertamente importantes— en el rumbo y en el texto de la propuesta presidencial que sean ajenas al problema de la concentración o desconcentración de las funciones punitivas del Estado. Por lo que toca estrictamente a esta cuestión, se mantuvo en pie la idea de los convenios entre la Federación y los estados, con diversas características aportadas por los dictámenes en las cámaras de Diputados y Senadores y por los debates en ambos cuerpos legislativos. Años después, este régimen consensual aplicado en el ámbito punitivo se aplicaría a la ejecución en otros países de las penas dictadas por los tribunales mexicanos en contra de extranjeros, así como al traslado a México, para los mismos fines, de mexicanos sentenciados por tribunales extranjeros, asunto regulado por el mismo artículo 18 de la ley suprema, que permitió la celebración de un buen número de tratados internacionales a partir del suscrito entre México y los Estados Unidos de América en 1976.

En el sexenio 2000-2006 se pretendió reanimar el interés del poder revisor de la Constitución en la centralización penal mediante reformas constitucionales sugeridas por la Secretaría de Seguridad Pública. La propuesta no tuvo buena recepción y quedó a la vera del camino.

En años cercanos a ese intento, prosperaron otros esfuerzos por llevar a los estados de la República la atención de temas penales anteriormente reservados a la Federación, o bien, a la inversa, atraer a ésta materias que habían permanecido en el ámbito de los estados. Fueron los casos del conocimiento por las autoridades federales de delitos comunes conexos con ilícitos federales; la posibilidad de que las autoridades del fuero común conozcan de delitos federales en materias de competencia constitucional concurrente; el giro adoptado en relación con la delincuencia organizada, y la legislación general sobre secuestro. Estos empeños reafirmaron el interés por reconsiderar la distribución de facultades penales entre la Federación y los estados,

en términos adecuados a las nuevas manifestaciones de la criminalidad y a los requerimientos de la procuración e impartición de justicia.

En este itinerario de trabajos, obstáculos y desarrollos de la materia que venimos examinando, es pertinente tomar nota de la reforma de 2005 en el ámbito de los menores infractores o adolescentes en conflicto con la ley penal, es decir, de las personas que han cumplido 14 años de edad, pero aún no alcanzan 18.

Obviamente, este asunto suscitó y sigue despertando diversas consideraciones, en las que no ingresaré. Vale decir, sin embargo, que una de las primeras propuestas conocidas por el poder revisor a este respecto consideró tanto la modificación del artículo 18 constitucional como la reforma al artículo 73 de la ley suprema, para asignar al Congreso de la Unión la potestad de dictar bases uniformes en el tema de los menores de edad que incurrían en conductas previstas en las leyes penales.

En 2005 se logró la reforma al artículo 18 (aunque en términos diferentes y mejores que los intentados inicialmente: la Constitución rechazó la errónea idea de que la justicia para adolescentes tendría naturaleza penal) para reconsiderar el sistema de justicia penal especializado en aquellos infractores. No tuvo favorable acogida, en cambio, la sugerencia de dotar al Congreso federal de mayores atribuciones en el ámbito de los adolescentes. En el proceso de reforma resurgió el tema de la autonomía o soberanía de las entidades federativas, sorteado gracias al retiro de la propuesta de reformas al artículo 73, que facilitó el avance de la correspondiente al artículo 18.

Con los antecedentes que he descrito, sin perjuicio de otros que no figuran en este texto, llegamos a la reforma constitucional penal de 2008, con sus implicaciones a propósito de la armonización legislativa —ya que no unificación penal—, y a los trabajos emprendidos en 2012 y continuados en 2013, a los que me referí al inicio de este breve estudio. La reforma constitucional de 2007-2008, a la que he calificado como “ambigua”, porque recoge aspectos positivos propios del orden penal democrático, y novedades preocupantes receptoras del autoritarismo penal, se cifró principalmente en el enjuiciamiento.

En sus preceptos transitorios, el decreto de reforma constitucional de 2008 dispuso un prolongado periodo de integración del denominado sistema acusatorio en el conjunto de la legislación mexicana, a partir de decisiones de cada instancia legislativa —es decir, la Federación, por una parte, y las entidades federativas, una a una, por la otra— que se alzarían sobre las bases aportadas por los cambios de 2008.

Así las cosas, habría una suerte de reorganización penal unificadora en torno a esos cambios procesales, con margen considerable para las decisio-

nes particulares de la Federación y de los estados. Algunas entidades se habían anticipado a la ley suprema, llevando a cabo su propia reforma procesal penal; otras, atentas a aquélla, emprendieron el camino posteriormente; varias más se han mantenido a la expectativa durante algunos años —más de la mitad del tiempo de espera— o han dado varios pasos adelante, sin lograr, por lo pronto, la expedición de nuevos ordenamientos procesales. Este movimiento legislativo no conduce a la unificación penal, en modo alguno. Por el contrario, puede llevar a una mayor dispersión, como en efecto ha ocurrido, al favorecer soluciones diferentes en temas procesales específicos.

En la circunstancia revisionista generada por la reforma constitucional de 2008, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATrib) patrocinó un interesante proyecto de código procesal, que operaría a la manera de ordenamiento tipo al que concurriesen, voluntariamente, las entidades federativas, denominado “Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación”. Esta propuesta, con importante base constitucional y doctrinal, es bien conocida. El proyecto fue coordinado por Carlos Natarén Nandayapa.

En 2008, el poder revisor de la Constitución buscó alentar la adopción de los cambios hacia el sistema acusatorio y dispuso que se creara dentro de los dos meses siguientes al inicio de la vigencia del decreto de reformas constitucionales una “instancia de coordinación integrada por representantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias (previstas en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, bajo las disposiciones vigentes) de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales”, dotada de una secretaría técnica, “que coadyuvará y apoyará a las autoridades locales y federales, cuando así se lo soliciten” (artículo octavo transitorio).

Esa secretaría técnica, incorporada en el ámbito de la Secretaría de Gobernación y denominada Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), cuyo primer titular fue Felipe Borrego Estrada, se ocupó en elaborar un proyecto de ordenamiento procesal penal —de nuevo, un texto tipo— que dio paso a la iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales, del 19 de septiembre de 2011. La misma Secretaría Técnica publicó un valioso documento de Eduardo Ferrer-MacGregor y Rubén Sánchez Gil, denominado “Codificación procesal penal única en la república mexicana a la luz del sistema acusatorio”. A raíz del relevo en el gobierno federal, la SETEC, bajo la titularidad de María de los Ángeles Fromow, emprendió la revisión del material elaborado a fin de preparar un proyecto de código de procedimientos penales que pudiera franquear la puerta, por fin, hacia el ordenamiento procesal

único, consecuente con la reforma de 2008 y con la corriente unificadora que reapareció en diciembre de 2012. Es probable que pronto se cuente con este documento.

En el conjunto de gestiones de armonización bajo el imperio de las novedades constitucionales de 2008, surgieron otras propuestas. Entre ellas cuenta el denominado proyecto alternativo de Código de Procedimientos Penales, redactado por un grupo de juristas coordinados por el profesor Moisés Moreno Hernández, quien también ha coordinado la elaboración de un proyecto de Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos (aún pendiente la reforma constitucional que centralice la legislación de este ramo). Este proyecto se acogió en la iniciativa del 4 de abril de 2013, presentada por las senadoras María Cristina Díaz Salazar, Diva Hadamira Gastélum Bajo e Hilda Esthela Flores Escalera (Partido Revolucionario Institucional). Se tiene conocimiento de que un grupo de juristas impulsados por organizaciones no gubernamentales y despachos de abogados promotores del sistema acusatorio plantean modificaciones a ese proyecto.

Hace poco tiempo se puso en circulación —en medios académicos, profesionales y gubernamentales— un conjunto de sugerencias de reforma procesal penal planteadas entre 2011 y 2012 por miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y reunidas por el profesor Marco Antonio Díaz de León, que no constituyen, desde luego, un anteproyecto de código de su materia. A esto hay que agregar varios documentos precedentes (no mencionaré los anteriores a 2008), en cuya relación figuran, por ejemplo, las iniciativas correspondientes al Código Federal de Procedimientos Penales, planteada por el senador Pablo Escudero Morales (Partido Verde Ecologista), de fecha 2 de octubre de 2012, e igualmente de Código Federal de Procedimientos Penales, presentada por los senadores Roberto Gil Zuarth (Partido Acción Nacional) y Víctor Manuel Camacho Solís (Partido de la Revolución Democrática), del 5 de febrero de 2013.

Por lo que toca al ordenamiento penal sustantivo, tema que fue muy concurrido cuando había de emitirse el Código Penal para el Distrito Federal (acerca del cual aparecieron varios proyectos en fechas casi simultáneas, en una suerte de “animada competencia”, que sirvieron como referencia para la formulación del Código del año 2002, denominado “Nuevo”), no han abundado las sugerencias —hasta donde llega mi conocimiento— en la medida en que se han multiplicado en el terreno procesal penal. Es debido mencionar una iniciativa de decreto sobre Código Penal Único, presentada por la diputada Zuleyma Huidobro González (Movimiento Ciudadano), del 19 de marzo de 2013. Algunas informaciones confiables han hecho notar que en estos meses surgieron obstáculos frente a la propuesta de lograr la

unidad penal sustantiva, que habría quedado pendiente, y se advirtió, en cambio, la posibilidad de impulsar la unificación penal procesal a partir de un ordenamiento modelo, no de un texto único sustentado en una nueva facultad legislativa del Congreso de la Unión con base en el artículo 73 constitucional. Será en este mismo 2013, según se anuncia, cuando conozcamos el rumbo final de las alternativas reformadoras planteadas en los últimos meses: ¿verdadera unidad legislativa penal?, ¿armonización inducida, con sustento en las reformas constitucionales de 2008 y en criterios de política penal?, ¿ordenamiento modelo al que adhieran voluntariamente, en mayor o menor medida, los legisladores federal y estatales?

En todo caso —y siempre a reserva de observar los nuevos pasos del país, a corto plazo, en este complejo camino de la renovación legislativa penal—, es evidente la recurrencia de las objeciones que han frenado la unidad penal sustantiva. Realmente no existen argumentos plausibles, convincentes, para impedirla y mantener la dispersión legislativa que hemos tenido y padecido.

¿Cuáles serían, en efecto, los problemas técnicos o políticos para desecharse la unidad en la parte general del código penal? ¿Qué particularidades indeclinables recogerían los estados de la República, precisamente en esa parte del ordenamiento? ¿Con qué fundamento y en qué dirección se plantearían soluciones particulares y no fórmulas de unidad, en temas tales como la aplicación de la ley penal, las reglas sobre los delitos y la responsabilidad, la tentativa y la consumación, la participación en el delito, las causas que excluyen la incriminación, los concursos, las penas y medidas, la aplicación de sanciones, la extinción de la responsabilidad? ¿Es razonable conservar la diversidad de códigos en función de detalles o matices, invariablemente secundarios, en este conjunto de temas?

Por otro lado, ¿cuáles son las objeciones irremontables para la corriente unificadora en la parte especial del ordenamiento sustantivo? ¿No es perfectamente posible —si se examina el punto con seriedad— coincidir en descripciones típicas y en punibilidades razonables, todas ellas atentas a bienes jurídicos tutelables y a principios ampliamente reconocidos a propósito de la tipificación y penalización de conductas ilícitas? ¿Es admisible que haya variedad —caldo de cultivo para la impunidad y freno para la política criminal— dentro de nuestro país en la recepción y descripción de conductas punibles y la previsión de penas y medidas aplicables? ¿Es razonable que ciertos hechos sean delictuosos en determinadas entidades, y en otras no; o que haya versiones dispares acerca de la incriminación de las conductas que lesionan bienes jurídicos tutelados; o que existan punibilidades distintas y en ocasiones muy diferentes, que alimenten una especie de “fuero de

conveniencia” para la comisión de delitos? ¿Es sensato que la frontera entre entidades federativas, cada vez más comunicadas entre sí por todo género de vías e intereses, sea también una frontera erizada de valladares para la aplicación de una política penal nacional?

Decir que en determinadas regiones ocurren hechos que deben ser severamente sancionados y que no se presentan en otros ámbitos del país, como el delito de abigeato, y que esto constituye un argumento para la dispersión legislativa, dista mucho de ser un argumento aceptable para sostener esa dispersión. Es obvio que si algunas conductas de suyo ilícitas no se realizan en determinados lugares y en otros sí, sólo en éstos serán perseguidas y sancionadas. Y lo es que el amplio tramo para el ejercicio del arbitrio judicial en materia de punibilidades permitirá aplicar a los responsables de cada hecho punible la sanción que resulte racional, proporcional y equitativa.

Ni siquiera el fuerte debate en torno a la penalización o liberación penal de algunas formas de terminación voluntaria del embarazo sería motivo suficiente para desechar la urgente unidad legislativa penal. Es claro que no hay coincidencia en torno a la tipificación y sanción del aborto, como lo es que resultaría posible y practicable llevar esta figura a otro ordenamiento, fuera del código penal, para darle el trato que prefiera el legislador local, sin frenar innecesariamente el avance de la ley penal en el conjunto del país.

En materia procesal, la reforma de 2008 ha proporcionado las bases para transitar hacia la unidad legislativa secundaria, sin perjuicio de someter a revisión algunas de las normas constitucionales incorporadas en ese año, que contienen errores evidentes y entran en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos, vinculante para México, porque hemos aceptado esa vinculación en ejercicio de nuestra soberanía, no a despecho de ella.

Ahora bien, ante el panorama notorio y comprobado de la existencia de diversas formas de entender y reglamentar la reforma constitucional en varios extremos relevantes, como son las facultades sentenciadoras del juez de control —sólo por ejemplo—, ¿por qué no reasumir la organización del enjuiciamiento criminal, desde la investigación y hasta la sentencia ejecutoria, en forma unitaria que brinde seguridad jurídica a todas las personas y permita el buen desempeño (asimismo uniforme, sin accidentes ni variantes perturbadoras, inconsecuentes con los fines del proceso y con la operación de éste en el marco de la política penal nacional) de la procuración y la administración de justicia? ¿Qué razón atendible existe para tener diversos modelos —llamémoslos así— de proceso penal, según la iniciativa y la imaginación de los legisladores particulares, en vez de contar con un solo sistema normativo nacional al amparo de una misma ley, que acoja solu-

ciones uniformes y convenientes, perfectamente conocidas, desarrolladas y aplicadas en toda la República?

En lo que respecta al régimen de ejecución de penas y medidas —ago- biado por múltiples problemas, errores, vacíos, abandonos, incesantemente denunciados—, ¿por qué no podemos contar con un solo ordenamiento ejecutivo nacional que contenga fórmulas amplias para recibir y atender las circunstancias locales? ¿Qué razón existe para seguir multiplicando los ordenamientos ejecutivos, extraordinariamente abigarrados, frondosos, inoperantes? ¿No hemos dicho hasta el cansancio que la ejecución de las sentencias constituye la expresión final y más elocuente de la justicia pe- nal y que es necesario contar en este campo con lineamientos acertados y coincidentes con el ideario penal que informa la mejor parte del texto cons- titucional? ¿Es posible lograrlo a través de leyes ejecutivas “desbordantes y ocurrentes”?

Más allá del espacio rigurosamente penal, también conviene —urge, mejor dicho— llevar adelante la depuración y unificación de la normativa acerca de los menores de edad en conflicto con la ley penal. La convocatoria a establecer un sistema integral de justicia en este sector no ha sido pun- tualmente atendida. De nueva cuenta abundan las particularidades donde debían existir disposiciones de alcance nacional, bien meditadas y pertinen- tes, además, claro está, de instrumentos de aplicación realmente atentos al espíritu y a la letra de la ley fundamental.

III. CONCLUSIÓN

Concluiré este panorama observando que la Academia Mexicana de Ciencias Penales ha recogido la unidad de la legislación penal en sus preocupaciones tradicionales, prácticamente a partir de la fecha de su fun- dación en 1940, y en sendos planteamientos formulados por sus integrantes, no siempre con fortuna, a las autoridades de la República cada vez que se plantea la posibilidad de imprimir un giro decisivo a las actividades preven- tivas y punitivas del Estado.

La voz de esa corporación académica ha sido constante en el examen del problema que examino en esta nota. En la relación de partidarios de la unidad cuentan muchos miembros de la Academia, desde Raúl Carrancá y Trujillo hasta Ricardo Franco Guzmán. Lo mismo ha ocurrido en 2012 y 2013.

Cabe recordar el enfático señalamiento formulado en la “Propuesta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales sobre Seguridad Pública y

Justicia Penal”, suscrita por numerosos integrantes de dicha corporación y enviada o entregada al equipo de transición del nuevo gobierno de la República, primero, y posteriormente a la Secretaría de Gobernación y a la Procuraduría General de la República del gobierno federal. En la parte que viene al caso para los efectos de este artículo, los académicos suscriptores de la propuesta sostuvimos: “Es conveniente contar con una legislación penal —sustantiva, adjetiva y de ejecución de sanciones— única para todo el país. La dispersión prevaleciente, en la que abundan ocurrencias y diferencias, no favorece la lucha contra el crimen y da lugar al absurdo de que el mismo delito tenga sanciones distintas según si es común o federal o según la entidad donde se cometa”.

OPINIÓN CONSULTIVA DICTADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN EL CASO RELATIVO AL “HÁBEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS”

Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO*

SUMARIO: I. *Problema planteado*. II. *Antecedentes*. III. *Binomio: derechos-garantías*. IV. *Prohibición de la suspensión del hábeas corpus*. V. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. VI. *Naturaleza de la situación de excepción o estados de emergencia*. VII. *Principio de “no derogabilidad”: su alcance jurídico*. VIII. *Principio de “proporcionalidad”: su alcance jurídico*. IX. *Principio de “no discriminación”: su alcance jurídico*. X. *Principio de “compatibilidad”: su alcance jurídico*. XI. *Derecho consuetudinario y situaciones de excepción*.

I. PROBLEMA PLANTEADO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte (10 de octubre de 1986) una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) en relación con la última frase del artículo 27.2 de la misma:

¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2º del artículo 27 de la Convención, no puede suspenderse por un Estado parte de la citada Convención Americana?¹

* Investigador C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La Autónoma de México le reconoce con el PRIDE nivel C. El de Investigadores le reconoce como investigador nacional nivel 1.

¹ Véase CIDH, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-8/87*, del 30 de

II. ANTECEDENTES

Esta opinión surge en virtud de que algunos Estados parte en la Convención de San José de 1969 han sostenido (e incluso algunos han legislado) que cuando existen situaciones de emergencia uno de los derechos que pueden ser suspendidos es el de la protección judicial a través del hábeas corpus.

Esta interpretación es negada absolutamente por la Comisión en sus consideraciones desarrolladas al solicitar la opinión, ya que si bien admite que conforme al artículo 27 de la CADH, un Estado puede, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, adoptar disposiciones —estrictamente limitadas en tiempo y espacio— que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, la Comisión no tiene duda en asegurar que ni aún bajo una situación de emergencia (*emergency situations*) el hábeas corpus pueda suspenderse, ya que su “finalidad inmediata” es poner a disposición del juez a la persona detenida.

Aun respecto de la libertad personal, cuya suspensión temporal es posible en circunstancias excepcionales, el hábeas corpus permitirá al juez comprobar si la orden de arresto se apoya en un criterio de razonabilidad. Sostener lo contrario, esto es, que el Poder Ejecutivo no se encontraría obligado a fundamentar una detención o a prolongar ésta indefinidamente durante situaciones de emergencia... implicaría, en concepto de la Comisión, atribuirle al Poder Ejecutivo las funciones específicas del Poder Judicial...²

III. BINOMIO: DERECHOS-GARANTÍAS

El artículo 25.1 de la Convención, que dispone que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo y expedito ante un juez competente que

enero de 1987, serie A, núm. 8, p. 25. El profesor Héctor Fix-Zamudio, al hacer un espléndido comentario del artículo 14 de nuestra Constitución Política, ha escrito lo siguiente: “Actualmente se impugnan todas las resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país ante los tribunales federales por conducto del juicio de amparo, que de esta manera, no sólo procede por violaciones directas a los derechos fundamentales realizados por cualquier autoridad, sino también cuando se infringen disposiciones legales secundarias y aun reglamentarias, con lo cual se ha establecido un recurso de casación federal, que por ello recibe el nombre del amparo judicial o amparo casación”. Véase Fix-Zamudio, Héctor, “Comentario al artículo 14”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 7a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 137.

² CIDH, *Opinión Consultiva OC-8/87, cit.*, pp. 7-9, párrafo 12.

lo “ampare” contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, debe ser leído en conjunción con el artículo 7.6, que establece que toda persona privada de la libertad posee el derecho a recurrir ante un juez competente, a fin de decidir en forma inmediata sobre la legalidad o no de su arresto.

Así, la Corte, al referirse a ambos textos precitados (artículos 25.1 y 7.6), dirá lo siguiente:

El texto citado (25.1) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las Constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención... El hábeas corpus... tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias... a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez, para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.³

IV. PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL HÁBEAS CORPUS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes de rendir su fallo, dejará muy en claro que cualquier Estado parte que en sus ordenamientos jurídicos internos autorice, en cualquier forma que sea, una “suspensión” del procedimiento del hábeas corpus o del amparo, en “situaciones de emergencia” (*emergency situations*), estará infringiendo el derecho internacional, pues debe considerarse que serían incompatibles con las obligaciones internacionales que les han sido impuestas por la Convención Americana.

De esta suerte, la Corte, el 30 de enero de 1987, dictará por unanimidad su opinión consultiva en los siguientes términos:

Que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.⁴

³ Véase CIDH, *Opinión Consultiva OC-8/87, cit.*, pp. 18 y 19. Es en este sentido que la Corte entiende al hábeas corpus como uno de los aspectos específicos de la institución del “amparo”. Anteriormente la Corte puntualizó lo siguiente: “En una sociedad democrática los derechos y las libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. *Ibidem*, p. 17, párrafo 26.

⁴ *Ibidem*, p. 24. Los jueces para conocer de este caso fueron Buergenthal; R. Nieto; R. E. Piza; P. Nikken; H. Fix-Zamudio; H. Gros-Espiell, y J. H. Alcerro.

V. GARANTÍAS JUDICIALES EN ESTADOS DE EMERGENCIA

Poco tiempo después, el 17 de septiembre de 1986, el gobierno de la República Oriental de Uruguay, mediante comunicación sometida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitaría una opinión consultiva sobre el alcance de la prohibición contenida en el artículo 27, ordinal 2, de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en la Convención.

Aquí la Corte IDH hará amplia y extensiva referencia a su anterior opinión consultiva del 30 de enero de 1987, pero hará además una serie de precisiones de gran interés jurídico.

Uno de los puntos más interesantes fue el de puntualizar que el artículo 25, ordinal 1, de la Convención incorpora el principio de la efectividad de los recursos o medios procesales destinados a garantizar los derechos en cuestión, obligando a los Estados parte a suministrar recursos judiciales “efectivos”, los que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8o., ordinal 1).

Luego entonces, si existe un recurso, pero éste no es “efectivo”, se estará incumpliendo la obligación impuesta al Estado parte. De esta suerte, por ejemplo, no habrá “recursos efectivos” si, por ejemplo, el Poder Judicial de un país determinado carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad.

El hecho de que un recurso cualquiera esté formalmente previsto en la legislación interna, e incluso sea admisible, no prueba nada acerca de la idoneidad o efectividad del mismo.

Sólo si el recurso es idóneo, esto es, solamente si el recurso en cuestión es susceptible de establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos, y puede proveer lo necesario para su restablecimiento, sólo entonces podrá el Estado parte argumentar que está cumpliendo con la obligación legal mencionada.⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de recordar que el hábeas corpus, el amparo u otro recurso cualquiera destinado a garantizar el respeto de los derechos, deben considerarse como garantías ju-

⁵ CIDH, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (artículos 27.2; 25 y 8o., Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-9/87*, del 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, pp. 10-15. El artículo 8o. (“debido proceso legal”) denominado por la CADH como “garantías judiciales” puede inducir a confusión, dice la Corte, porque “...no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”. *Ibidem*, p. 15, numeral 27, párrafo 2.

diciales indispensables no susceptibles de suspenderse, acordó por unanimidad lo siguiente:

También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29. c), previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (punto 2).⁶

VI. NATURALEZA DE LA SITUACIÓN DE EXCEPCIÓN O ESTADOS DE EMERGENCIA

Sin duda, uno de los más importantes problemas en el campo de la protección internacional de los derechos humanos es el de identificar los parámetros que deben gobernar a esa serie precisa de derechos, en situaciones de emergencia.

De entrada, al Estado se le presentan dos graves problemas, a saber: por un lado, hacer frente al estado de emergencia y restaurar el orden público en el país, pero, por otro lado, no dejar de respetar los derechos humanos fundamentales de los individuos.

Además es un hecho que en los últimos tiempos, las más graves violaciones a los derechos humanos han ocurrido en el contexto de “estados de emergencia”, también llamados *situations of exception; emergency powers; état d’urgence*; suspensión de garantías, etcétera.

En estas situaciones parece muy tentador que el Estado utilice la pretendida situación de emergencia como una excusa para negar la aplicación de los estándares básicos, y adoptar medidas derogativas que llegan a ser excesivas y en franca violación de los tratados y convenciones sobre derechos humanos.⁷

⁶ *Ibidem*, p. 21, numeral 41, párrafo 2. En este caso, como es común, varias organizaciones no gubernamentales ofrecieron sus puntos de vista como *amici curiae*: The International Human Rights Law Group; The International Commission of Jurists; Lawyers Committee for Human Rights, y Amnesty International. *Ibidem*, p. 6, numeral 8.

⁷ Véase Despouy, L., *Etat d’exception en Europe Continentale et en Amérique Latine*, International Institute of Human Rights Strasbourg, 14a. sesión, 1983, pp. 1-15. Si además tomamos en cuenta que un gran número de Estados no son parte de convenciones de derechos humanos que consagran un régimen legal para las “emergencias”, y por lo tanto los parámetros de los tratados no les son aplicables, en cuanto tales, a dichos Estados, se comprenderá mejor la

De la jurisprudencia analizada por Jaime Oraá, tomando como base la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1959), la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), este autor desprende las principales características que parece deben tomarse en cuenta en las situaciones de emergencia que “amenacen la vida de la nación” (CEDH), o “amenacen la independencia o seguridad del Estado parte” (CADH):

- 1) La emergencia debe ser actual o al menos inminente; por lo tanto, una emergencia de “naturaleza preventiva” no podrá ser legal.
- 2) La emergencia debe ser de tal magnitud como para verse afectada la totalidad de la nación, y no únicamente una parte de ésta.
- 3) La amenaza en cuestión debe ir en contra de la existencia misma de la nación, entendiéndose por esto, la amenaza a la integridad física de la población, de la integridad territorial, o del funcionamiento de los órganos del Estado.
- 4) La declaración de emergencia debe ser utilizada como un último recurso, es decir, únicamente después de haber agotado las medidas que normalmente son utilizadas cuando ocurren disturbios al orden público.
- 5) La declaración de emergencia es una medida temporal que no puede durar más allá de la emergencia misma; luego entonces, los mal llamados “estados de emergencia permanentes” son jurídicamente ilícitos.⁸

VII. PRINCIPIO DE “NO DEROGABILIDAD”: SU ALCANCE JURÍDICO

Uno de los más importantes principios en la reglamentación de los derechos humanos en situaciones de emergencia es el principio de “no derogabilidad” de ciertos derechos fundamentales, incluso en situaciones de *public emergency* que sean susceptibles de amenazar la independencia o seguridad del Estado parte.

importancia de saber cuál es la situación de esta materia en el marco del derecho internacional consuetudinario.

⁸ Véase Oraá, Jaime, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 11-33. Las declaraciones de emergencia pueden surgir por crisis políticas, como amenazas graves al orden público y situaciones graves de inestabilidad interna, o por crisis surgidas de desastres naturales o, en fin, por crisis de orden económico. *Idem*.

El problema de cuáles son los derechos humanos que en ninguna circunstancia son susceptibles de derogación es un problema serio que permanece así hasta el día de hoy; baste mencionar que en tanto que para la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos son siete los derechos inderogables, para la Convención de San José de Costa Rica de 1969, ésta acepta que en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá llevar a cabo una “suspensión de garantías” por tiempo limitado, pero en ningún momento (artículo 27.2) podrán suspenderse los siguientes derechos:

- 1) El derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 3o.).
- 2) El derecho a la vida, a partir del momento de su concepción (artículo 4o.).
- 3) El derecho al respeto a su integridad física, psíquica y moral (artículo 5o.).
- 4) El derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 6o.).
- 5) El derecho a no ser condenado por hechos que en el momento de su comisión no fueren ilícitos, ni la imposición de penas más graves que las aplicables (artículo 9o.).
- 6) El derecho de toda persona a la libertad de conciencia y de religión, implicando su divulgación tanto en público como en privado (artículo 12).
- 7) El derecho de la familia a ser protegida por la sociedad y el Estado (artículo 17).
- 8) El derecho de toda persona a poseer un nombre propio y al apellido de sus padres (artículo 18).
- 9) El derecho de todo niño a las medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado (artículo 19).
- 10) El derecho de toda persona a poseer una nacionalidad (artículo 20).
- 11) El derecho de todo ciudadano al goce de sus derechos políticos (artículo 23).⁹

Por su parte, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades de 1950 establece (artículo 15) que en tiempos de guerra o de cualquier otra emergencia de orden público que amenace “la vida de la nación”, cualquiera de las altas partes contratantes puede tomar

⁹ Véase *Documentos básicos, OEA/UE, cit.*, pp. 25-48.

medidas que deroguen sus obligaciones a las que están sujetos por la Convención hasta donde sea estrictamente requerido por las exigencias de la situación, con tal y que dichas medidas no sean inconsistentes con sus otras obligaciones impuestas por el derecho internacional.

Sin embargo, de acuerdo con la misma Convención Europea, ninguna de las altas partes contratantes bajo ninguna circunstancia, incluyendo las situaciones de emergencia, pueden derogar o suspender el ejercicio de los siguientes derechos:

- 1) El derecho a la vida protegida por el orden jurídico, a favor de todo individuo (artículo 2.1).
- 2) El derecho de todo individuo a no ser objeto de tortura, tratos o castigos inhumanos y degradantes (artículo 3o.).
- 3) El derecho de toda persona a no ser sometida a esclavitud o servidumbre alguna (artículo 4.1).
- 4) El derecho a no ser declarado culpable de ningún delito (*criminal offense*) que no fuese considerado como tal en el momento en que se cometió, ya sea bajo el ordenamiento jurídico nacional, o el ordenamiento jurídico internacional (artículo 7o.).¹⁰

Por último, por lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, éste dispone (artículo 40) que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente), los Estados parte podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan sus obligaciones, siempre y cuando las disposiciones no sean incompatibles con el resto de las obligaciones a que están sometidos por el derecho internacional.

Sin embargo, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no autoriza a los Estados partes, bajo ninguna circunstancia, incluso las situaciones excepcionales que pongan en peligro a la nación, a la suspensión de ninguno de los siguientes derechos:

¹⁰ Véase Mark Janis *et al.*, “Texto de la Convención Europea de 1950”, *European Human Rights Law, Text and Materials*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 468 y ss.

Al igual que la Convención de San José, la Convención Europea contempla en el artículo 7o. el principio de legalidad y retroactividad. Sin embargo, nos parece más correcta la redacción de esta última al precisar que el ilícito debe ser considerado *under national or international law*, en tanto que la Convención Americana se refiere a hechos que no fueren delictivos, “según el derecho aplicable”.

- 1) El derecho a la vida inherente a la persona humana, y del cual no puede privarse arbitrariamente (artículo 6.1).
- 2) El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo los experimentos científicos (artículo 7o.).
- 3) El derecho a no ser sometido a esclavitud, ni a forma alguna de servidumbre (artículo 8o.).
- 4) El derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (artículo 11).
- 5) El derecho a no ser condenado por hechos que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

Lo anterior no se opone al juicio de una persona según “los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (artículo 15.1 y 2).

- 6) El derecho de todo ser humano, en todo tiempo y lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 16).
- 7) El derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, no pudiendo nadie ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar las anteriores libertades, siempre y cuando su manifestación no vaya en contra de la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.¹¹

Así pues, es claro que el principio de no derogabilidad, o inderogabilidad de ciertos derechos, puede con toda certeza ser considerado como uno de los más importantes principios de la cláusula derogativa (“estados de emergencia”).

Si bien existe unanimidad de criterio respecto al hecho de que incluso en situaciones de emergencia que amenazan la integridad o seguridad de un Estado, éste no puede derogar ciertos derechos fundamentales, sin em-

¹¹ Véase “Texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, y para México desde el 23 de junio de 1981”, en *Recopilación de instrumentos internacionales*, Ginebra, Nueva York, Centro de Derechos Humanos, ONU, 1988, pp. 18-38. Hay que decir que el hecho de que un pacto internacional sobre derechos humanos como este de 1966 disponga que nada de lo dispuesto, en su artículo 15, ordinal 1, se opone al juicio o condena de una persona por hechos delictivos “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” es poco afortunado en este tipo de instrumentos, independientemente de que parece inútil la mención, toda vez que ya se ha especificado que nadie podrá ser condenado por hechos delictivos “según el derecho nacional o internacional” que en el momento de su comisión no poseían la tipificación o carácter de tales.

bargo, y como se ha visto, no existe unanimidad de criterio respecto a cuáles deben ser aquellos derechos no derogables.

Todo parece indicar que en la redacción de los tres tratados anteriores (Pacto de San José, Convención Europea, Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos) se utilizaron dos diferentes criterios, bastante inconsistentes entre sí, para excluir unos derechos e incluir otros.

Por un lado se pensó incluir aquellos derechos que se estimaban como absolutamente fundamentales e indispensables para la protección de los seres humanos. Pero por otro lado se estimó conveniente incluir aquellos derechos cuya derogación por parte de un Estado no podía ser nunca justificable, ya que eran derechos que no tenían relación con la situación de emergencia.

Del examen de los tratados y la práctica internacional, parece fuera de toda duda que existen por lo menos cuatro derechos no derogables bajo circunstancia alguna, y que serían los siguientes:

- a) El derecho a la vida inherente a la persona humana.
- b) El derecho a no ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- c) El derecho a no ser sometido a esclavitud ni a ningún tipo de servidumbre.
- d) El derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran penalmente delictivos (según el derecho nacional o internacional).

Estos cuatro derechos no sólo serían oponibles a todo Estado por ser derecho internacional consuetudinario, sino además tendrían el estatus de normas de *ius cogens*, en el sentido de ser normas imperativas de derecho internacional general, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario.¹²

VIII. PRINCIPIO DE “PROPORCIONALIDAD”: SU ALCANCE JURÍDICO

El principio de “proporcionalidad”, que no es exclusivo del derecho de los derechos humanos, es un principio general de derecho internacional.

¹² Véase el artículo 53 que establece el *ius cogens*. Convención de Viena sobre el Derecho del los Tratados de 1969, documento oficial A/CONF.39/27. Para un acucioso estudio sobre la noción de *ius cogens* véase el curso dictado en la Haya por Antonio Gómez-Robledo: “Le Ius Cogens en Droit International”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, La Haya, núm. 172, vol. III, 1981.

El principio de “proporcionalidad”, contenido en la Convención Americana, en la Convención Europea y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, significa que las medidas adoptadas en situaciones de emergencia deberán adoptarse por el tiempo y en la medida estrictamente limitados a las exigencias de la situación, esto es, que dichas medidas deben ser necesarias y proporcionales a la gravedad de la amenaza que se notifica.

De la práctica americana, europea y de Naciones Unidas se pueden inferir, de acuerdo a Jaime Oraá, los principales elementos constitutivos del principio de proporcionalidad aplicado a los “estados de emergencia”, en la forma siguiente:

- Las medidas derogativas de los estándares de los derechos humanos sólo pueden ser adoptadas cuando las medidas normales del derecho interno y las limitantes previstas para tiempos de paz sean insuficientes.
- La sola existencia de una emergencia de orden público que amenace la seguridad de la nación, en el marco del concepto de la cláusula derogatoria, no justifica *ipso facto* cualquier derogación tomada dentro de un estado de emergencia; deben ser, a todas luces, necesarias y estrictamente proporcionales a la supuesta amenaza.
- Cada medida de derogación tiene que poseer una relación con la amenaza; en otras palabras, debe existir necesariamente un vínculo entre los hechos del estado de emergencia y las medidas adoptadas.
- Las medidas derogativas tomadas por el gobierno deben ser susceptibles, potencialmente al menos, de superar el estado de emergencia.
- En la estimación acerca de si el Estado que ha derogado derechos, temporalmente, ha cumplido o no con el principio de proporcionalidad, los órganos que supervisan o “monitorean” este tipo de situaciones tienen que tomar en cuenta no sólo la necesidad de instrumentar las medidas derogativas, sino también la forma en que dichas medidas derogativas han sido llevadas a la práctica.
- Al analizar la proporcionalidad de las medidas derogatorias y hacer su estimación y evaluación, los órganos de “monitoreo” deberán examinar otras alternativas menos graves que pudiera adoptar el gobierno al estar enfrentando el estado o situación de emergencia.
- En la estimación del cumplimiento o incumplimiento con el principio de proporcionalidad, una especial importancia debe darse a las necesarias salvaguardas tomadas por el gobierno a fin de evitar la serie de abusos que se presenta con frecuencia en este rubro.

- El estado o situación de emergencia decretado por un gobierno es especialmente de orden temporal; sólo se justifica en tanto la emergencia siga en pie.¹³

IX. PRINCIPIO DE “NO DISCRIMINACIÓN”: SU ALCANCE JURÍDICO

El principio de “no discriminación” constituye la segunda condición sustantiva para hacer efectiva la derogación de los derechos de acuerdo con el régimen jurídico establecido por la “cláusula derogativa”, y consiste en que, en estados de emergencia, las medidas de suspensión no deben suponer, en forma alguna, una discriminación con base en la raza, color, sexo, lengua, religión u origen social.

Esta condición de “no discriminación”, si bien aparece en la Convención Americana en su artículo 27.1, y en el Pacto de Naciones Unidas en su artículo 4.1, no está consagrado en la Convención Europea.

Esta ausencia, que a primera vista parece de suma importancia, sin embargo la doctrina más autorizada sostiene que no tiene mayores consecuencias, en tanto que la aplicación de medidas derogativas por discriminación está igualmente prohibido en el sistema europeo, en virtud de la estipulación general de no discriminación que opera a través del artículo 14 de la Convención.¹⁴

¹³ Véase Oraá, Jaime, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, cit., pp. 140-170. Hay que puntualizar que ni el sistema americano, ni el sistema europeo tienen por función el reemplazar la autoridad de los gobiernos; su principal objetivo es el de alcanzar un efectivo y uniforme estándar de protección de los derechos humanos. De ahí que, en especial con la Corte de Estrasburgo, se haya desarrollado el concepto de *margin of appreciation*. La idea es sencilla, esto es, que respecto a muchas materias, la Convención deja a las partes contratantes un área de discreción. Pero así de fácil que es su enunciación, muy difícil es su aplicación en situaciones concretas, sobre todo si tomamos en cuenta que el concepto de “margen de apreciación” no está contenido en la Convención y que éste ha sido desarrollado: *on a case-by-case basis*. Véase Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Gran Bretaña, Manchester University Press, 1988, capítulo 7, pp. 136-159.

¹⁴ Véase McKean, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1983. También, Merrills, J. G., *op. cit.*, pp. 152-159. El artículo 14 de la CEDH dice: “La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race la couleur, la langue, la religion, les opinions, politiques ou toutes autres opinions, l’origine nationales ou sociale, l’appartenance a une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation”. Así, este artículo 14 ha sido interpretado como complementario de estipulaciones sustantivas, a la vez que como un artículo autónomo, en el sentido de que ha podido ser aplicado en situaciones en las cuales no ha existido violación de ninguna otra norma convencional. Según el profesor Merrills,

A este respecto, y dentro del sistema interamericano, es interesante el “Caso Nicaragua-Miskitos”, examinado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵

La Comisión Interamericana trató de establecer si la reubicación forzosa de la población indígena miskita, en enero de 1982, de las comunidades del Río Coco a los cinco campos de Tasba Pri, era legalmente justificada por el hecho de que existía en ese entonces un estado de emergencia en Nicaragua.

El derecho que concretamente se estaría derogando en este caso sería el derecho de circulación y residencia, reconocido en el artículo 22 de la Convención Americana.

Después de revisar la jurisprudencia de la Corte y Comisión Europea, y la doctrina del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos, la Comisión consideró que la situación de emergencia debía ser de naturaleza seria, creada por una situación excepcional que verdaderamente representara una amenaza a la convivencia nacional.

La Comisión encontró fundamentado el estado de emergencia por la infiltración y las incursiones de grupos de antiguos miembros de la guardia nacional.¹⁶

Más adelante, la Comisión analizaría si la reubicación de los miskitos habría violado alguna de las formas de discriminación prohibidas por la Convención.

La Comisión examinaría si la reubicación forzada podría ser una forma velada de castigo en contra de un grupo étnico considerado desleal al gobierno, por lo que recordó que en estos casos los gobiernos debían señalar en forma expresa las razones que se encuentran en la base de este tipo de restricciones.

La Comisión, en su Informe, consideró que la reubicación, por razones muy claras de estrategia militar, no había sido realizada en forma discriminatoria, pero al mismo tiempo tuvo mucho cuidado en enfatizar que una vez el estado de emergencia llegara a su fin, los miskitos deberían de ser ayudados a regresar a sus tierras si así lo deseaban, ya que de no proceder así el gobierno sí estaría entonces infringiendo el derecho interamericano al obligarlos a residir en los campos de reubicación.¹⁷

casos en los cuales el único punto de la controversia ante la Corte sea el de la discriminación, son bastante raros. Véase Merrills, J. G., *op. cit.*, p. 152.

¹⁵ Véase IACHR, *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, OAS. Ser. L/V/II. 62, doc. 10, rev. 3 (29 Nov. 1983), pp. 113 y ss.

¹⁶ Véase *ibidem*, pp. 115, numeral 8 y 116, numeral 12.

¹⁷ Véase *ibidem*, p. 120. Parece evidente que si se trata de poblaciones indígenas, la prue-

X. PRINCIPIO DE “COMPATIBILIDAD”: SU ALCANCE JURÍDICO

Por último, la cláusula de derogación que establece el derecho del Estado a adoptar medidas de suspensión de garantías en estados de emergencia estaría limitada por la condición de que dichas medidas no fueran “incompatibles” (*inconsistent*) con las demás obligaciones.

El principio de “compatibilidad” sólo entra en juego una vez que hayan satisfecho las otras condiciones de la “cláusula derogatoria”, esto es, cuando se haya probado: *a*) la existencia de una situación de emergencia que amenaza la independencia o seguridad del Estado; *b*) que el estado de emergencia ha sido oficialmente proclamado y los Estados parte han sido notificados; *c*) que no ha sido afectado jurídicamente uno de los derechos no derogables; *d*) que las medidas adoptadas estén estrictamente requeridas por el estado de emergencia, y *e*) que no entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Este examen de las condiciones requeridas y satisfechas fue el que precisamente llevó a cabo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso que ya hemos visto entre el Estado de Nicaragua y el grupo étnico de los miskitos.

Como se recordará, la Comisión Interamericana examinaría fundamentalmente si las medidas de reubicación forzosa de alrededor de unos ocho mil quinientos miskitos en cinco campos, mucho muy alejados de sus tierras, en enero de 1982, podía considerarse como una medida legítima de derogación de su “derecho de circulación y residencia” consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana.¹⁸

De acuerdo con los hechos del caso, el gobierno de Nicaragua había planeado de tiempo atrás la posible reubicación de los miskitos por razones de orden económico principalmente. Sin embargo, cuando la situación militar empeoró, tuvo que olvidarse del plan anterior y evacuar a la población indígena para poner a salvo sus vidas, y a la vez para poder responder en forma efectiva a las agresiones y ataques de los llamados “contras” desde el territorio de Honduras.

Aquí, sin embargo, el Informe de la Comisión no es nada claro y se presta a interpretaciones ambiguas. Esto es posible que se haya dado a conciencia de la Comisión, pues lo que ésta pretendía, antes que nada, era

ba de la necesidad de medidas derogatorias se hace más estricta que por lo que se refiere al caso de otro tipo de poblaciones, cuya vida no depende tan fuertemente de su vinculación a la propia tierra. En este sentido véase Oraá, Jaime, *op. cit.*, p. 188.

¹⁸ Véase IACHR, *Nicaragua-Miskitos Case*, 1983, pp. 115-119.

evitar a toda costa que el gobierno nicaragüense fuera a perpetuar de facto las reubicaciones forzadas por razones de tipo económico, so pretexto del estado o situación de emergencia.

Pero si la práctica es escasa y no concluyente en el sistema interamericano en lo referente al principio de compatibilidad, más escasa o acaso nula lo es en el sistema europeo o en el del Pacto de Naciones Unidas.

En realidad el problema o, mejor dicho, gran parte del problema del llamado principio de “compatibilidad” reside en la dificultad con la que se encuentra el especialista de saber cómo podrían existir obligaciones adicionales de respeto a los derechos humanos en situaciones o estados de emergencia que pudieran surgir del derecho internacional consuetudinario, más allá de aquellos ya contemplados en el texto de los tratados y sus regímenes legales sobre la cláusula derogativa.

Lo que es posible es que este principio de “compatibilidad” tenga mayor aplicación en el futuro por el hecho mismo del crecimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el campo de los derechos humanos, no sólo a través de convenciones y tratados, sino a través del aumento de las obligaciones de derechos humanos en el campo del derecho consuetudinario y en el rubro de los principios generales de derecho.¹⁹

XI. DERECHO CONSUECUDINARIO Y SITUACIONES DE EXCEPCIÓN

Por último, no debemos olvidar que, hoy por hoy, no existe deuda alguna de que en el estado actual de evolución del derecho internacional, los Estados están jurídicamente vinculados por normas de protección a los

¹⁹ La Comisión Interamericana, en el *Caso Nicaragua-Miskitos*, tuvo muy en cuenta el Informe presentado por el profesor italiano Balladore Pallieri en el Instituto de Derecho Internacional, “Les transferts internationaux de populations”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 44, 1952, pp. 139-199. El profesor Jaime Oraá considera que el cuerpo normativo que actualmente podría ser más relevante en la aplicación del principio de compatibilidad es el relativo a las leyes en tiempos de guerra, especialmente las derivadas de las convenciones de Ginebra de 1949, y sobre todo de sus dos protocolos de 1977, en áreas tales como derecho a un juicio imparcial, al debido proceso legal y a las garantías en contra de detenciones arbitrarias. Oraá, Jaime, *op. cit.*, pp. 190-206.

Para un más preciso y exhaustivo análisis dentro del marco del derecho humanitario véanse las reflexiones del profesor Theodor Meron en relación con las Convenciones de Ginebra, su práctica, *opinio iuris*, y violaciones, en conjunción con el Protocolo I y el Protocolo II en: *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991: “Although the Protocols have been so disrespected, violations of a norm do not necessarily signify the demise of the norm, particularly if the norm itself is well established and recognized” (p. 77).

derechos humanos, independientemente de que sean o no sean Estados partes en tratados o convenciones internacionales. En otras palabras, existen obligaciones impuestas por el derecho internacional consuetudinario que se han venido desarrollando principalmente a partir de la Carta de la Organización de Naciones Unidas de 1945.

Por lo anterior, es cada vez más discutible sostener que la situación de los derechos humanos en un país en estado o situación de emergencia pertenece exclusivamente a la “jurisdicción doméstica” del Estado en cuestión.

Esta postura encuentra cada vez más rechazo por la comunidad internacional, y prueba de ello es el específico rechazo por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de sus comités especiales *ad hoc*, cuando en particular existe, *prima facie*, evidencia de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos.²⁰

De acuerdo con el derecho internacional general, el único medio que podría ser invocado por un Estado para incumplir con normas jurídicas en situaciones de emergencia sería la invocación de “fuerza mayor”, “legítima defensa” y el “estado de necesidad”.

El “estado de necesidad” constituiría la causa de justificación de un acto cometido deliberadamente en violación de una regla imperativa en vistas a salvaguardar, en presencia de un daño grave e inminente, un valor manifiestamente superior a aquel protegido por dicha normativa.²¹

El estado de necesidad, como excluyente de la responsabilidad estatal, es sin duda el cuerpo normativo que mayormente corresponde al llamado estado o situación de emergencia, y debe sólo presentarse frente a una amenaza grave, respetando los principios de “proporcionalidad” y de “no-derogatividad” de normas imperativas.²²

²⁰ En este punto tan delicado debe, con todo, distinguirse entre la no intervención, la no injerencia y sobre todo el supuesto “derecho de injerencia humanitaria”. La validez del principio de no intervención, como el principio consuetudinario, fue recordado por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso de Nicaragua vs. Estados Unidos* en su fallo de 1986 (véase *Recueil des Arrêts*, 1986, p. 109, numeral 202).

²¹ Véase *Report by Roberto Ago on State Responsibility: The International Wrongful Act of State, Source of International Law Commission I*, 1980, p. 14.

²² En este sentido se pronuncia el internacionalista Jaime Oraá, para quien a la luz de la práctica internacional y de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, al menos parecería que los principios de “amenaza grave” (o excepcional); de proporcionalidad; de no derogabilidad de los derechos fundamentales, y del principio de no discriminación, pueden muy bien ser considerados como principios emergentes de derecho internacional general en un muy avanzado estado de cristalización: “Moreover, it could be said that some of these principles are already principles of general international law” (*op. cit.*, p. 269).

ESBOZO CRÍTICO Y ANALÍTICO DE LA TEORÍA DE LOS SENTIMIENTOS MORALES DE ADAM SMITH

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA*
Fernando SOSA PASTRANA**

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Breve reseña biográfica e ideológica de Adam Smith*. III. *La teoría de los sentimientos morales*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes pensadores que ha tenido la humanidad es precisamente Adam Smith, pues sus ideas y concepciones teóricas, sobre todo las contenidas en su obra denominada *La riqueza de las naciones*, han tenido una gran cantidad de seguidores intelectuales, refractarios y hasta la fecha sigue siendo el eje central de múltiples discusiones teóricas, académicas, intelectuales e ideológicas.

Sin embargo, poco se ha analizado la complejidad del pensamiento de Smith, más allá del contenido de su obra *La riqueza de las naciones*, a pesar de que esta obra sólo es una parte de la tríada tópica en la que Smith trató de justificar y explicitar la evolución de las instituciones, en específico las relacionadas con el derecho de propiedad, como medio para detectar las causas y consecuencias del progreso de la humanidad.¹

En efecto, como explica Miguel Alfonso Martínez-Echevarría, para Adam Smith el progreso de la humanidad debía estar apoyado en los principios de una jurisprudencia que fungiera como una armazón teórica que pudiera sustentar una nueva ciencia moral, estructurada en tres grandes

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Cfr. Martínez-Echevarría, Miguel Alfonso, "Adam Smith", en Domingo, Rafael (ed.), *Juristas universales*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, vol. II, p. 641.

apartados: a) una teología natural, que contuviera las pruebas racionales sobre la existencia de Dios y la demostración de sus atributos; b) una ética, donde se pudiera explicitar con precisión y claridad cómo la sociabilidad influye en el carácter de los individuos, y que fue precisamente la línea básica y fundamental de su libro *Teoría de los sentimientos morales*, y c) una explicación de la génesis y desarrollo del progreso de la sociedad, a partir de una jurisprudencia encaminada a dar plena actualidad a los principios de una “libertad natural”, y que es el argumento, *grosso modo*, de su obra *La riqueza de las naciones*.²

A diferencia de lo que Smith buscaba en los tres apartados anteriores, es decir, que hubiera una coherencia y completitud que permitiera entender y elaborar una nueva ciencia moral, algunos autores han considerado que, por el contrario, existe una especie de ruptura o contradicción entre el pensamiento de Smith en la *Teoría de los sentimientos morales* y en *La riqueza de las naciones*; de ahí que resulte de suma importancia volver a retomar el estudio de la concepción moral que Smith elaborara, para poder vislumbrar con total plenitud su pensamiento e ideología.³

Es de aclararse que no se busca en el presente trabajo mostrar o explicitar cómo es o el porqué de la ruptura del pensamiento de Smith entre su *Teoría de los sentimientos morales* y *La riqueza de las naciones*, sino plantear algunos esbozos metodológicos que permitan ser una introducción para un análisis más profundo de la concepción de la moral para Smith. Lo que consideramos sumamente importante, pues la concepción de moral de Smith, al ser incluida en las discusiones que han surgido actualmente en relación con la moral y el derecho, y las concepciones éticas de la actividad jurisdiccional y de los operadores jurídicos de nuestra sociedad, las puede enriquecer, complementar, justificar o ampliar.

II. BREVE RESEÑA BIOGRÁFICA E IDEOLÓGICA DE ADAM SMITH

Para poder comprender el contexto en que un autor o pensador forja sus ideas es necesario entender el contexto individual en el que éste se desenvolvió, pues ahí se encuentra el arado que marca el derrotero intelectual que lo distingue, explica y justifica en contraposición con otros pensadores.

De ahí que consideremos pertinente hacer una breve explicación biográfica e ideológica de Adam Smith, para tratar de situar en su contexto individual el pensamiento moral de nuestro autor.

² *Ibidem*, p. 643.

³ *Cfr. ibidem*, p. 645.

Adam Smith nació en 1723 en el pueblo pesquero de Kirkcaldy, cerca de Edimburgo, Escocia, y murió en esta última ciudad en 1790. Cursó los estudios elementales en su aldea natal, y su formación superior se desarrolló en las universidades de Glasgow y Oxford. En la primera de ellas se hizo cargo de la cátedra de lógica en 1751, a los 28 años de edad, para después ocupar la de filosofía moral, la que impartió hasta 1763.

Una parte muy importante de su formación intelectual la constituyó su estancia en Francia durante casi tres años, de principios de 1764 y hasta finales de 1766, teniendo entonces la oportunidad de tratar con los más notables filósofos y economistas fisiócratas galos de la época. También dejaron su huella los contactos con Voltaire en Ginebra.

En cuanto a su formación ideológica e intelectual, no puede considerarse que Smith sea, en sentido estricto, un “jurista” o un “economista”, pues acorde a la época del autor, no existía una separación o enfrentamiento entre la economía y el derecho, de ahí que su pensamiento amalgame a ambas disciplinas, sin que por eso se pueda considerar que exista un sincretismo metodológico en sus planteamientos, sino que respondía precisamente a la visión estrecha entre la economía y el derecho que en esa época imperaba; sin embargo, el propio Smith siempre se consideró a sí mismo como un profesor de moral, tal como se entendía en el seno de la Ilustración escocesa de finales del siglo XVIII.⁴

Ampliamente conocido por su obra *La riqueza de las naciones* (*The Wealth of Nations*), que le granjeó entre muchos autores el hiperbólico y discutido título de “Padre de la Economía Política”, Smith es también un profundo filósofo de la moral que legó a la cultura occidental interesantes reflexiones éticas en su obra *Teoría de los sentimientos morales* (*Theory of Moral Sentiments*), publicada por primera vez en 1759, y de cuyo análisis crítico nos ocuparemos en esta ocasión.

Como explica Martínez-Echevarría, el punto central de las reflexiones intelectuales de Smith fue el diseño de una ciencia de la moral como consecuencia de las influencias pietistas y racionalistas del calvinismo y el janseñismo, es decir, una ciencia de la moral, no fruto de una concepción individual, sino fundamentada sobre la acción colectiva y el orden social.⁵

No fue ciertamente Smith el primer filósofo que buscó el criterio de moralidad de las acciones humanas fuera del entendimiento, en la sensibilidad o emotividad del hombre. Antes que él, Demócrito (cerca del 460-370 a.C.) afirmó que los actos humanos son morales o virtuosos en la medida en que

⁴ *Ibidem*, p. 641.

⁵ *Ibidem*, p. 642.

independizan al hombre de los deseos y de las cosas exteriores, produciendo en su alma un estado constante de alegría y serenidad.⁶

Aristipo de Cirene, fundador de la corriente conocida como hedonismo, sostuvo que es moral o virtuoso todo aquello que le produzca al hombre placer, sobre todo placer físico, ya que en éste estriba precisamente su felicidad (435-354 a.C.).⁷

Epicuro (341-270 a.C.) desarrolló una teoría hedonística más elevada, identificando la felicidad del hombre con el máximo placer, tanto material como espiritual, combinado con el mínimo de dolor,⁸ y calificando de moral todo aquello que sirva de medio para el logro de esta combinación ideal.

El hedonismo resurgió en la Edad Moderna con Pedro Gassendi (1592-1655) y con los materialistas y sensualistas franceses, tales como Helvecio (+ 1771), quien enseñó que el hombre, en todas sus acciones, únicamente busca el placer y huye del dolor, por lo cual será virtuoso todo lo que procure placer, y será pecado la abnegación, a no ser que próxima o remotamente sirva para aumentar el placer.⁹

Shaftesbury (1671-1713) edificó su ética en los efectos humanos o inclinaciones, distinguiendo entre ellas cuatro tipos: inclinaciones simpáticas (sociales), inclinaciones idiomáticas (egoístas), inclinaciones connaturales y afectos espirituales por los que estimamos la belleza y la bondad, y despreciamos la fealdad y la maldad; las inclinaciones connaturales siempre son malas, y las egoístas o idiomáticas lo son únicamente cuando se oponen a las simpáticas o sociales; la virtud o bondad moral consiste en la armonía o recta ordenación de todos estos afectos, de tal manera que inmediata o mediatamente sirvan para el bien de la especie humana; cuando esta armonía o recta ordenación se produce, se suscita el placer en nuestro sentido moral, que es una especie de instinto de nuestra naturaleza.¹⁰

Finalmente, Hutcheson (1694-1747), maestro de Smith, desarrolló la idea del sentido moral de Shaftesbury y afirmó que en forma instintiva sentimos lo que es bueno y lo que es malo; lo bueno halaga al sentido moral y lo malo lo perturba, lo que hace que nos inclinemos al bien y nos apartemos del mal.¹¹

⁶ Cathrein, Víctor, *Philosophia Moralis in Usum Scholarum*, Barcelona, Herder, 1959, p. 8.

⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁸ Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, trad. de Edmund O'Gorman, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 31.

⁹ *Ibidem*, p. 32.

¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹¹ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

Una vez que se ha explicitado no sólo el contexto histórico y personal en que Smith se desarrolló, sino también ideológico y teórico, estamos en condiciones de analizar los postulados básicos de la teoría de la moralidad que nuestro autor desarrolla, así como sus principales ejes centrales.

III. LA TEORÍA DE LOS SENTIMIENTOS MORALES

1. *Consideraciones preliminares*

Previo al análisis que se efectuará de la mencionada obra, consideramos oportuno presentar los elementos centrales de uno de los primeros análisis que se llevaron a cabo de ésta, misma que condensa los puntos relevantes o los ejes rectores de la concepción moral de Smith, ya que será de utilidad para compenetrarnos, en términos generales, a las ideas centrales del pensamiento de nuestro autor.

En ese orden de ideas, uno de los análisis más destacados sobre el presente tema es el que realizó el profesor Dugald Stewart, quien consideró que la teoría de los sentimientos morales se sustenta en el principio fundamental de que los objetos primarios de nuestras percepciones morales son las acciones de otras personas, y que nuestros juicios morales en relación con nuestra conducta son sólo aplicaciones a nosotros mismos de sentencias que ya hemos formulado sobre el comportamiento del prójimo.¹²

El mencionado profesor reflexiona que tal principio fundamental implica dos investigaciones distintas, en la que la primera es explicar de qué manera aprendemos a juzgar la conducta de nuestro vecino, y la segunda es mostrar el cómo al aplicarnos tales juicios a nosotros mismos es que adquirimos un sentido del deber y una impresión de su autoridad suprema sobre todos nuestros principios.¹³

Stewart considera que los principios orientadores de la doctrina moral de Smith básicamente pueden concebirse a través de cinco proposiciones, de las que presentamos una síntesis a continuación:

- 1) Es sólo a través de nuestra propia experiencia que podemos formarnos alguna idea de lo que pasa en la mente de otra persona en cualquier ocasión concreta; y la única forma en que podemos formarnos

¹² *Cfr.* Stewart, Dugald, “Relación de la vida y escritos de Adam Smith”, en Smith, Adam, *Ensayos filosóficos*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Ediciones Pirámide, 1998, p. 237.

¹³ *Idem.*

esa idea es suponernos a nosotros mismos en las mismas circunstancias de dicha persona, y concebir cómo nos veríamos afectados en tal situación. A este principio de nuestra naturaleza que nos lleva a entrar en la situación de los demás y a compartir con ellos las pasiones que dicha situación tiende a provocar, se le da el nombre de simpatía, solidaridad o compasión.¹⁴

- 2) Una simpatía o solidaridad entre personas diferentes es siempre agradable para ellas. Cuando yo estoy en una situación que estimula cualquier pasión, es placentero para mí saber que los espectadores de mi situación entran conmigo en sus diversas circunstancias y son afectados por ellas del mismo modo en que lo soy yo. Por otro lado, es satisfactorio para el espectador el observar esta correspondencia de sus emociones con las mías.¹⁵
- 3) Cuando el espectador de la situación de otro hombre, al asumir todas sus diversas circunstancias, se siente él mismo afectado del mismo modo que la persona principalmente concernida, aprueba el afecto o la pasión de dicha persona como justa y apropiada, y conforme a su objetivo. Pero en la corrección de cualquier afecto o pasión exhibidos por otra persona se debe entender su adecuación con el objeto que los provoca. Sólo puedo juzgar dicha adecuación a partir de la coincidencia del afecto con el que yo siento cuando concibo que estoy en idénticas circunstancias; y la percepción de esta coincidencia es la base del sentimiento de la *aprobación moral*.¹⁶
- 4) Cuando asistimos a la situación de otra persona, y nos concebimos ubicados en sus mismas circunstancias, surge naturalmente en nuestro espíritu una emoción análoga a la que ella siente; esta emoción simpatizadora guarda sólo una pequeña proporción, en términos de grado, con la experimentada por la persona principalmente afectada. Por tanto, para obtener el placer de la simpatía mutua, la naturaleza instruye al espectador para que eleve su emoción hasta el nivel que el objeto realmente produciría; y, por otro lado, instruye a la persona cuya pasión ha sido provocada por el objeto para que la modere, todo lo posible, hasta que se equilibre con el espectador.¹⁷
- 5) Sobre estos dos esfuerzos diferentes se fundan dos conjuntos distintos de virtudes. Sobre el esfuerzo del espectador para asumir la situa-

¹⁴ *Ibidem*, pp. 238 y 239.

¹⁵ *Ibidem*, p. 239.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 239 y 240.

¹⁷ *Ibidem*, p. 240.

ción de la persona principalmente afectada y para elevar sus emociones simpatizadoras al nivel de las emociones del actor, se fundan las virtudes afables, las virtudes de la condescendencia sincera y el humanitarismo indulgente. Sobre el esfuerzo de la persona principalmente concernida para atenuar sus propias emociones, de forma de corresponder tanto como sea posible con las del espectador, se fundan las virtudes grandiosas, imponentes y respetables, las virtudes de la abnegación, del autocontrol, de la continencia de las pasiones que somete a todos los movimientos de nuestra naturaleza a lo requerido por nuestra dignidad y honra, y por la corrección de nuestra conducta.¹⁸

Dugald Stewart reflexiona que con base en tales especulaciones generales Smith logra examinar la medida en que los juicios de los seres humanos acerca de la misma son susceptibles de ser influidos, en casos similares, por las circunstancias prósperas o adversas del agente. Así, cuando no hay envidia en el caso, nuestra propensión a simpatizar con la alegría es mucho más intensa que nuestra propensión a simpatizar con la tristeza, y en consecuencia, es más fácil obtener la aprobación de los seres humanos en la prosperidad que en la adversidad; y es a partir de tal principio que Smith trata de rastrear el origen de la ambición y del deseo de jerarquía y preeminencia; el gran objetivo de tal pasión es acceder a la posición que coloca al hombre más a la vista de la simpatía y la atención general, y le proporciona un predominio fácil sobre los afectos de los demás.¹⁹

Consideramos que la explicitación proporcionada por Stewart, si bien no sustituye la lectura del texto de *La teoría de los sentimientos morales*, sí proporciona las bases mínimas y esenciales para comprender cuáles son los cimientos básicos en los que Smith sustenta sus pensamientos y que servirán de base para la crítica y análisis que en líneas posteriores se pretende realizar.

2. *Análisis crítico de la Teoría de los sentimientos morales*

Smith divide su obra en siete partes, de las que las más importantes son la primera, en la que habla de la propiedad, decoro o decencia (es decir, moralidad) de los sentimientos y de las acciones del hombre, con base en el sentimiento de la simpatía con los sentimientos de agradecimiento o de resentimiento que una persona experimenta por el beneficio o daño que le

¹⁸ *Ibidem*, pp. 240 y 241.

¹⁹ *Ibidem*, p. 240.

produce la acción de otra persona; la tercera, en la que busca el fundamento de nuestros juicios sobre nuestros propios actos y sentimientos, y explica en qué consiste el sentido del deber; la cuarta, donde expone los efectos de la apariencia de utilidad sobre el sentimiento de aprobación, y la séptima, que consiste en una revisión de los distintos sistemas filosóficos en cuanto al fundamento de la moralidad.

Para Smith, la moralidad de los sentimientos y acciones del hombre está ligada a la simpatía que dichos sentimientos y acciones despiertan en los demás. La simpatía es la capacidad que todos tenemos para alegrarnos con el bien ajeno y compadecernos o entristecernos con el mal ajeno. Este sentimiento es la base de una vida social solidaria, ordenada y productiva para todos.

Es, además, un sentimiento universal:

Por más egoísta que quiera suponerse al hombre, evidentemente hay algunos elementos en su naturaleza que lo hacen interesarse en la suerte de los otros, de tal modo que la felicidad de éstos le es necesaria, aunque de ello nada obtenga, a no ser el placer de presenciarla. De esta naturaleza es la lástima o compasión, emoción que experimentamos ante la miseria ajena...²⁰

El que con frecuencia el dolor ajeno nos haga padecer es un hecho demasiado obvio que no requiere comprobación, porque este sentimiento, al igual que todas las demás pasiones de la naturaleza humana, en modo alguno se limita a los virtuosos y humanos, aunque posiblemente sean éstos los que lo experimenten con la más exquisita sensibilidad. El mayor malhechor, el más endurecido transgresor de las leyes de la sociedad, no carece del todo de ese sentimiento.²¹

La simpatía, por la que nos solidarizamos con los sentimientos de los demás, no es intuitiva, es decir, no percibe directa o inmediatamente los efectos de los demás, sino que los capta o conoce a través de los datos objetivos externos de la situación en que los demás se encuentran:

Como no tenemos la experiencia inmediata de lo que otros hombres sienten, solamente nos es posible hacernos cargo del modo en que están afectados, concibiendo lo que nosotros sentiríamos en una situación semejante. Que tal sea el origen de nuestra condolencia (*fellow feeling*) por la desventura ajena; que el ponerse imaginativamente en el lugar del paciente sea la manera en que llegamos a concebir, o bien a resultar afectados, por lo que él siente,

²⁰ *Ibidem*, p. 52.

²¹ Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, cit., p. 52.

podría demostrarse con múltiples observaciones obvias, si no fuera porque creemos que es algo de suyo suficientemente evidente. Mas no son sólo estas circunstancias, incitadoras al dolor y al sufrimiento, las que provocan nuestra condolencia.²²

Cualquiera que sea la pasión que proceda de un objeto, en la persona primariamente inquietada brota una emoción análoga en el pecho de todo atento observador con sólo pensar en la situación de aquélla. Nuestro regocijo por la salvación de los héroes que nos interesan en las tragedias o novelas es tan sincero como nuestra aflicción por su dolor, y nuestra condolencia por su desventura no es menos cierta que la complacencia por su felicidad. En todas las pasiones de que el alma humana es susceptible, las emociones del espectador corresponden siempre a lo que, haciendo suyo el caso, se imagina serían los afectos del que las sufre.

Esto es lo que Smith piensa de la simpatía, y nos parece que su concepción no presenta ningún problema en particular. Lo que presenta problemas —y muchos— son las relaciones que establece entre la simpatía y la moralidad humana; más en concreto, la forma en que erige a la simpatía como criterio de moralidad (a la que él llama decoro, propiedad o decencia).²³

Nos es dable juzgar sobre la propiedad o impropiedad de los sentimientos ajenos por su concordancia o disonancia con los nuestros... Cuando acontece que las pasiones de la persona a quien principalmente conciernen se encuentran en armonía perfecta con las emociones de simpatía del espectador, por necesidad le parecerán a éste justas y decorosas, y adecuadas a sus objetos; y, por lo contrario, cuando poniéndose en el caso descubre que no coinciden con sus personales sentimientos, necesariamente habrán de parecerle injustas e impropias, e inadecuadas a los motivos que las mueven.²⁴

Así, pues, serán morales o decorosos los sentimientos y acciones que susciten, mediante la simpatía, nuestra aprobación, y serán inmorales o indecorosos aquellos que hagan surgir nuestra desaprobación o censura. Smith refuerza estas ideas mediante los conceptos del mérito y el demérito, con los correspondientes de recompensa y castigo: "...Todo lo que parece ser objeto propio de la gratitud, parece merecer recompensa; y... del mismo modo, todo lo que parece ser objeto propio de resentimiento, parece merecer castigo".²⁵

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

²⁵ *Ibidem*, p. 75.

El sentimiento que más inmediata y directamente nos incita a la recompensa es la gratitud; el que más inmediata y directamente nos incita al castigo es el resentimiento. A nosotros nos aparecerá, pues, como merecedor de recompensa, aquel acto que se ofrezca como el objeto propio y aceptado de la gratitud; así como, por la otra parte, aparecerá como merecedor de castigo aquel acto que se ofrezca como el objeto propio y aceptado del resentimiento.²⁶

Así aparece una vez más la simpatía como criterio de moralidad: será moral un acto que provoque un agradecimiento con el que simpatizamos o aprobemos, porque el agradecimiento conduce a la recompensa y ésta se impone como consecuencia de la bondad moral del acto; por la misma razón, no será moral el acto en cuestión si no estamos de acuerdo en que deba provocar un resentimiento con el que simpatizamos o aprobemos, porque el resentimiento conduce al castigo y éste se impone como consecuencia de la maldad moral del acto; y por la misma razón, no será inmoral el acto en cuestión si no estamos de acuerdo en que deba provocar resentimiento.

El planteamiento de Smith que acabamos de esbozar suscita en nuestra mente varias interrogantes: *a)* ¿son morales los actos y sentimientos humanos que provocan nuestra simpatía, es decir, porque los aprobamos, o los aprobamos porque son morales?; *b)* ¿no es demasiado individualista el criterio de la simpatía, al hacer depender la moralidad de los sentimientos o actos de los demás del hecho de considerar que yo sentiría o haría lo mismo si me encontrara en las mismas circunstancias?; *c)* ¿son innatos los sentimientos de simpatía con que juzgamos la moralidad de los sentimientos y actos humanos?, y *d)* ¿es de orden meramente emotivo el proceso de la simpatía, o se funda, por el contrario, en consideraciones de índole racional? Trataremos, a continuación, de dar respuesta a las anteriores cuestiones.

a) De la respuesta que se dé a esta pregunta dependerá el que concluyamos que Adam Smith considera que la simpatía es el criterio esencial o factor constitutivo de la moral (los actos y sentimientos son morales porque simpatizamos con ellos), o que tan sólo ve a la simpatía como indicio o criterio lógico para el conocimiento humano porque son moralmente buenos.

La filosofía católica tradicional o filosofía escolástica ha atribuido a Smith por lo general la primera postura, al catalogarlo como sensualista en cuanto al criterio constitutivo de la moralidad, según testifican los siguientes textos:

El escocés Adam Smith (1723-1790), más conocido como economista que como filósofo, estableció la moralidad sobre el principio sensualista de la sim-

²⁶ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

patía. El principio sensualista y utilitario resaltan en su obra clásica de economía política y en su *Teoría de los Sentimientos Morales*.²⁷

El sensualismo reduce la norma de la moralidad a algunos sentimientos nobles, que pueden ser diversos, de donde se infiere que también las normas de moralidad pueden ser diversas. En concreto, se señala: el sentimiento de benevolencia (Shaftesbury, Hutcheson); el de simpatía (Adam Smith, 1723-1790); el del corazón (Hume, 1711-1776); el de la bondad (Rousseau, Diderot, 1713-1784; el de la conmiseración (Schopenhauer, Tolstoi, 1828-1910); el del altruismo (Saint-Simon, Comte)...²⁸

Al igual que el cartesianismo, el kantismo dio pie a corrientes empíricas que renuevan, en una forma o en otra, la moral hedónica del placer sensible... mezclando el egoísmo con el altruismo. El egoaltruismo, o utilitarismo (con resabios cristianos), tiene dos representantes: Jeremías Bentham y John Stuart Mill. El altruismo desinteresado, o moral del sentimiento, o hedonismo espiritual: haz lo que te dicte el buen corazón (Rousseau y Jacobo); haz lo que te concilie la mayor simpatía ante los demás (e imparcialmente ante ti mismo), Adam Smith (1790).²⁹

Nosotros pensamos que Smith adoptó en realidad la segunda postura (la simpatía no es la norma constitutiva de la moralidad, sino un medio para conocerla), soslayando o eludiendo de plano el problema de la fundamentación última de la moralidad (¿por qué algunos actos y sentimientos son morales y, como consecuencia de su moralidad, nos inspiran simpatía?). Basamos nuestra opinión en el hecho de que Smith, en repetidas ocasiones, da a entender que antes de brindar nuestra simpatía a un sentimiento ajeno, debemos considerar si dicho sentimiento es el que corresponde al objeto o causa que lo provocó.

Quizá esta adecuación o correspondencia objetiva entre el sentimiento y su causa es la fuente real de la moralidad que Smith no quiso señalar explícitamente, para no desvirtuar su fundamentación del orden moral en la simpatía. Y ésta es precisamente una de sus contradicciones.

b) Efectivamente, Smith reconoce que se incurriría en un excesivo individualismo si se juzgara la moralidad de los sentimientos y actos de otra persona únicamente por comparación con los propios. Más aún, admite que existe un gran peligro de parcialidad cuando juzgamos nuestros propios actos y sentimientos, aun cuando tratáramos de averiguar por nosotros mismos lo que los demás sentirían de nosotros. Para evitar esta posibilidad de

²⁷ González, Z., *Historia de la filosofía*, Madrid, Imprenta de B. M. Araque, 1879, p. 165.

²⁸ González, Ireneo, *Tractatus Philosophiae Moralis; et Philosophiae Scholasticae Summa*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (B.A.C.), 1957, vol. III, p. 422.

²⁹ *Cfr.* Martínez del Campo, Rafael, *Ética*, 2a. ed., México, Jus, 1958, pp. 35 y 36.

error por parcialidad, debemos juzgarnos a nosotros mismos y a los demás, teniendo en cuenta las reglas generales de moralidad, que se obtienen por inducción a partir de lo que los demás sienten acerca de situaciones determinadas.³⁰

Escuchemos al propio Smith:

El principio por el cual aprobamos o reprobamos nuestra propia conducta parece ser, en todo, el mismo por el cual nos formamos parecidos juicios respecto de la conducta de las demás gentes... Aprobamos o reprobamos nuestra propia conducta, según que sintamos que, al ponernos en el lugar de otro o como quien dice mirar con sus ojos, y desde su punto de vista, nos es posible o no, simpatizar cabalmente con los sentimientos y motivos que la determinaron.³¹

Dos son las ocasiones en que examinamos la propia conducta y nos esforzamos por verla a la luz con que el imparcial espectador la vería. Primero, cuando estamos a punto de actuar; segundo, después de haber actuado. En ambos casos es muy fácil que nuestros juicios sean parciales... Cuando estamos a punto de actuar, la avidez de la pasión rara vez nos permitirá considerar lo que hacemos con el desapasionamiento de una persona indiferente.³²

Una vez agotada la acción y una vez que las pasiones que la instigaron se han apaciguado, podemos, ciertamente, penetrar con mayor frialdad los sentimientos del espectador indiferente. Mas ahora nuestros juicios son por lo general de escasa importancia en comparación con lo que antes fueron, y con frecuencia no acarrear sino vanos remordimientos e inútil compunción, sin que esto nos asegure de no incurrir en iguales errores en lo porvenir.³³

Sin embargo, la naturaleza no ha dejado esa humana flaqueza, que es de tanta importancia, sin algún remedio, y tampoco nos ha abandonado por completo a los engaños del amor propio. Nuestra constante observación de la conducta ajena, insensiblemente nos lleva a la formación de ciertas reglas generales relativas a lo que es debido y conveniente ya sea hacer o evitar. Algunas acciones de los otros escandalizan todos nuestros sentimientos naturales.³⁴

Advertimos que todos los que nos rodean manifiestan igual aversión por tales actos. Esto de nuevo confirma y hasta agrava nuestro natural sentido de su deformidad... Tomamos la resolución de no hacernos culpables de semejantes actos ni, de este modo, convertirnos jamás, por ningún motivo, en objeto de universal reprobación.³⁵

³⁰ *Ibidem*, p. 56.

³¹ *Cfr.* Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, cit., p. 99.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, pp. 105-107.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, pp. 108 y 109.

Insiste Smith en que la aversión que experimentamos ante los actos malos procede de nuestra naturaleza, y no de la aplicación de la regla general al caso particular, en forma deductiva; pues tal regla general, al ser conocida por nosotros, no hace sino confirmar y aun agravar nuestro natural sentido de la deformidad de ciertos actos, o corregir las tergiversaciones causadas por nuestro amor propio y nuestras pasiones. Sin embargo, Smith no nos explica de qué privilegio de inmunidad goza la regla general para no ser minimizada u obnubilada por nuestras pasiones en el momento de actuar.

c) En cuanto al carácter innato de los sentimientos de moralidad o simpatía, el pensamiento de Smith no podía ser más confuso y contradictorio. Las reglas morales generales son, indudablemente, adquiridas, pues se obtienen a través de una inducción basada en la experiencia de lo que los demás sienten sobre determinados actos. El problema está en decidir si son innatos o adquiridos los propios sentimientos de moralidad y aquellos (los de todos los demás) de los que se desprenden las reglas generales de conducta.

Y es precisamente en este punto en el que Smith se contradice a cada paso. Ya niega, apartándose de Shaftesbury y de Hutcheson, la existencia de un sentido moral natural que nos permita captar inmediatamente la bondad o maldad de los actos humanos, al hablar de la parcialidad e imprecisión con que suelen juzgarse a sí mismos los hombres:

...Si fuese por una facultad especial, tal como se supone que es el sentido moral, por la que juzgasen de su propia conducta, si estuviesen dotados de un especial poder de percepción que sirviese para distinguir entre la belleza y la deformidad de las pasiones y afectos, como sus propias pasiones estarían más inmediatamente expuestas a la vista de esa facultad, resultaría que las juzgarían con más precisión que las de los otros hombres, de los que sólo tendrían una más lejana perspectiva.³⁶

Luego, a una página de distancia, se contradice al afirmar que existe un natural sentido de la deformidad de ciertos actos: “Advertimos que todos los que nos rodean manifiestan igual aversión por tales actos. Esto de nuevo confirma y hasta agrava nuestro natural sentido de su deformidad”.³⁷

Igualmente, parece estar en pugna con su negación del sentido moral su aseveración de que existen en el hombre sentimientos de moralidad instintivos, tendentes a su conservación en cuanto individuo y en cuanto especie, y a la conservación de la sociedad en que vive:

³⁶ *Ibidem*, p. 108.

³⁷ *Ibidem*, p. 109.

Adviértase también que la presente investigación no se ocupa de una cuestión de derecho, por decirlo así, sino una cuestión de hecho. No estamos examinando por ahora sobre qué principios aprobaría a un ente perfecto el castigo de las malas acciones, sino sobre qué principios lo aprueba de hecho una criatura tan débil e imperfecta como es el hombre... Aunque el hombre... esté naturalmente dotado del deseo de bienestar y conservación de la sociedad, sin embargo, el autor de la naturaleza no ha confiado a su razón, descubrir que una cierta aplicación punitiva constituye el medio adecuado para alcanzar ese fin; sino que lo ha dotado de una inmediata e instintiva aprobación de la aplicación precisa que sea más adecuada para alcanzarlo. A este respecto, la economía de la naturaleza es exactamente de una pieza, como lo es en muchas otras ocasiones.³⁸

En este párrafo se han basado muchos autores para concluir que, en definitiva, Smith postulaba el carácter innato e instintivo de los sentimientos morales tendentes a la felicidad y conservación del hombre y de la sociedad, y que, por lo tanto, el origen de dichos sentimientos se encontraba en la providencia divina; sólo que, de ser así, dicho bagaje providencial de sentimientos morales permanecería estático frente a una realidad social en constante cambio (pues no parece que Smith admitiera ulteriores intervenciones de la Providencia en la historia para transformar en los hombres sus sentimientos morales instintivos), y sufriría, bajo la forma de aberraciones morales, los impactos de esa cambiante realidad social; pero la mano invisible de Dios, que se deja sentir en los sentimientos morales, restablecería el orden moral violado, y haría que las aberraciones fueran pasajeras al ser superadas por dichos sentimientos.

Entre los sentimientos morales ocupa un lugar muy importante la justicia, que Smith entiende en un sentido conmutativo (no privar a nadie de lo que le pertenece), como condición necesaria para una pacífica y fructífera convivencia en la sociedad. A pesar de ser un sentimiento tan necesario a la comunidad, los hombres comunes no lo experimentan con suficiente fuerza, por lo que se hace necesario plasmarlo en reglas generales que se imponen a todos coactivamente (leyes).

d) Finalmente, en cuanto a la pregunta que nos planteamos sobre si la simpatía de que habla Smith es un proceso meramente emotivo o se funda en consideraciones racionales, aquí radica la incongruencia fundamental de que adolece el pensamiento del filósofo de Kirkcaldy; por una parte, en el capítulo II de la sección III, parte VII de su libro, Smith se dedica a demostrar que la simpatía o aprobación no es un acto intelectual, y en

³⁸ *Ibidem*, pp. 93 y 94.

otro párrafo de su obra, que ya hemos citado, califica de inmediata e instintiva a la aprobación (y nada más contrario a lo racional que lo instintivo e inmediato), mientras que en el capítulo I de la sección I, parte I, explica, contradictoriamente, que los sentimientos de otra persona sólo podemos conocerlos mediante un análisis de su situación, y que, una vez así conocidos, sólo podemos simpatizar con ellos después de darnos cuenta de que son proporcionados o adecuados a su objeto o motivo, lo cual, aunque Smith no lo diga, implica todo un razonamiento.

En otras palabras, del pensamiento de Smith se desprende, quiérase o no, que por naturaleza nos interesamos en la suerte de los demás, pero de ese interés natural no se sigue espontáneamente nuestra simpatía, la cual está condicionada al análisis racional de la correspondencia adecuada entre sentimiento y causa en el sujeto al que juzgamos.

IV. CONCLUSIONES

Primera. La teoría ética de Adam Smith se fundamenta en la idea de que la moralidad de los sentimientos y acciones del hombre está ligada a la simpatía que dichos sentimientos y acciones despiertan en los demás. La simpatía es la capacidad que todos tenemos para alegrarnos con el bien ajeno y compadecernos o entristecernos con el mal ajeno. Este sentimiento es la base de una vida social solidaria, ordenada y productiva para todos.

Segunda. En términos más específicos, Smith consideró que la simpatía no es la norma constitutiva de la moralidad, sino un medio para conocerla, pero tal pensamiento tiene como debilidad que soslaya o elude el problema de la fundamentación última de la moralidad.

Tercera. A pesar de que Smith considera que la aversión que experimentamos ante los actos malos procede de nuestra naturaleza, y no de la aplicación de la regla general al caso particular, esto es, en forma deductiva, tal regla general, al ser conocida por nosotros, no hace sino confirmar y aun agravar nuestro natural sentido de la deformidad de ciertos actos, o corregir las tergiversaciones causadas por nuestro amor propio y nuestras pasiones, pero a pesar de lo antes expuesto, Smith es omiso al explicar de qué privilegio de inmunidad goza la regla general para no ser minimizada u obnubilada por nuestras pasiones en el momento de actuar.

Cuarta. Por tanto, si consideramos que Smith postulaba el carácter innato e instintivo de los sentimientos morales tendentes a la felicidad y conservación del hombre y de la sociedad, y que, por lo tanto, el origen de dichos sentimientos se encontraba en la providencia divina; sólo que, de ser así,

dicho bagaje providencial de sentimientos morales permanecería estático frente a una realidad social en constante cambio y sufriría, bajo la forma de aberraciones morales, los impactos de esa cambiante realidad social; pero la mano invisible de Dios, que se deja sentir en los sentimientos morales, restablecería el orden moral violado, y haría que las aberraciones fueran pasajeras, al ser superadas por dichos sentimientos.

Quinta. Por tanto, del pensamiento de Smith se desprende, quiérase o no, que por naturaleza nos interesamos en la suerte de los demás, pero de ese interés natural no se sigue espontáneamente nuestra simpatía, la cual está condicionada al análisis racional de la correspondencia adecuada entre sentimiento y causa en el sujeto al que juzgamos.

Concluiremos el presente trabajo con una cita del distinguido filósofo mexicano Eduardo Nicol, que expresa magistralmente esta íntima inconsistencia de la teoría de los sentimientos morales elaborada por Smith:

Esta cuestión está, por tanto, confusa, como en general toda la terminología relativa a los fenómenos afectivos. Al eludir la teoría del sentido moral, Adam Smith ha implicado en la simpatía, y de un modo más o menos subrepticio, las funciones intelectuales a las que, por otra parte, rechaza en el plano de la experiencia moral inmediata, y así ha mediatizado el fenómeno original y primario de la vida moral. Adam Smith no ha visto que la simpatía puede ser independiente no sólo, como él dice, de la compenetración afectiva, sino también del juicio de valor. No ha visto que la simpatía por alguien no consiste precisamente en compartir el sentimiento que vive este alguien, sino en otro sentimiento o experiencia más compleja, de raíz y cualidad distintas. No ha descubierto, en fin, en la simpatía, una dimensión más radical: que no simpatizamos con los sentimientos de las demás personas, sino con las personas mismas.³⁹

V. BIBLIOGRAFÍA

CATHREIN, Víctor, *Philosophia Moralis in Usum Scholarum*, Barcelona, Herder, 1959.

DOMINGO, Rafael (ed.), *Juristas universales*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, vol. II.

GONZÁLEZ, Ireneo, *Tractatus Philosophiae Moralis; et Philosophiae Scholasticae Summa*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (B.A.C.), 1957, vol. III.

³⁹ Nicol, Eduardo, "Introducción" a Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, cit., pp. 26 y 27.

GONZÁLEZ, Zeferino, *Historia de la filosofía*, Madrid, Imprenta de B. M. Araque, 1879.

MARTÍNEZ DEL CAMPO, Rafael, *Ética*, 2a. ed., México, Jus, 1958.

SMITH, Adam, *Ensayos filosóficos*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Ediciones Pirámide, 1998.

———, *Teoría de los sentimientos morales*, trad. de Edmund O’Gorman, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1941.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA (CONSIDERACIONES SOBRE SU EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN NORMATIVA)

Raúl GUILLÉN LÓPEZ*

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *La prisión preventiva en el marco constitucional durante los siglos XIX y XX.* III. *Problemática actual.* IV. *Discusión sobre la aplicación de prisión preventiva.* V. *La reforma constitucional de 2008.* VI. *Consideraciones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En la reciente reforma constitucional (2008) al sistema de justicia penal mexicano se reconoce por primera vez, de forma expresa, la presunción de inocencia como una garantía individual,¹ aunque se establecen disposiciones en la propia Constitución que impiden su pleno respeto, ya que en la propia ley fundamental (artículo 19) se contempla la posibilidad de aplicar la medida cautelar de prisión preventiva de forma oficiosa en los casos de delitos graves.

En este contexto resulta oportuno analizar la medida de dicho avance. Éste sólo puede lograrse revisando la evolución que ha tenido la privación de la libertad dentro del proceso penal. De ahí que para desarrollar el tema se consideran los textos normativos y legislativos.

Para un estudio más integral partimos desde el siglo XIX con el propósito de observar cómo se llevaban a cabo las causas criminales y cómo se afectaba la libertad individual de una persona sujeta a un proceso. También damos seguimiento a lo acontecido durante el siglo XX, aunque cabe señalar que en dicho apartado sólo se realiza un estudio general, pero suficiente para ilustrarnos en cuanto a la aplicación de la prisión al procesado. Desde

* Licenciado en derecho por la Universidad de Sonora; doctor y maestro en Derecho por la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, desde 2006.

¹ Antes de la reforma esta última ya era reconocida pero de forma implícita, según se desprende de la jurisprudencia.

luego, abordamos la implantación del catálogo de delitos graves en la reforma constitucional de 1993 y su impacto en materia de aplicación de la prisión preventiva.

Otro tema que nos parece obligatorio contemplar es la problemática actual que se está presentando a raíz de que los legisladores están diseñando modelos normativos que tienen como efecto la excesiva utilización de la prisión preventiva.

Un tema central del presente estudio es la reforma constitucional de 2008 por los aparentes avances que se realizan en materia de protección a la libertad individual en los procesos penales, pues sólo podrá afectarse en los casos necesarios y siempre cuando el Ministerio Público demuestre en audiencia la necesidad de cautela, aunque persiste la aplicación automática —sin discusión— de prisión preventiva para ciertos casos.

Ya para finalizar se presenta un apartado de conclusiones que se infieren del análisis efectuado sobre la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, la cual parece generalizarse a pesar de la reforma constitucional de 2008.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DURANTE LOS SIGLOS XIX Y XX

El tema de la justicia penal en los congresos constituyentes ha sido un tópico ampliamente discutido. En lo inherente a la afectación de la libertad de los imputados sujetos a un proceso penal, podemos observar desde el Congreso Constituyente de 1857 —al discutir el artículo 20 constitucional— cómo los legisladores de aquella época plantearon problemas serios tales como detenciones arbitrarias y prolongados procesos con personas detenidas. La situación era tan complicada y grave que se discutió la posibilidad de cambiar de modelo procesal penal e instalar el jurado popular.

Este panorama no mejoró mucho durante prácticamente la segunda mitad de dicho siglo, tal y como se desprende del diario de sesiones del Congreso Constituyente de 1917, en el que los legisladores manifestaron estos mismos problemas. Para solucionar éstos y otros igual de graves se contempló en la Constitución de 1917 una serie de garantías individuales, entre ellas la de poder gozar de la libertad bajo caución durante el proceso, en aquellos casos en los que la pena no rebasara el término medio aritmético de cinco años.² En los casos en los que se excediera dicho medio aritmético se estableció la

² El término medio aritmético se obtiene de la suma de la pena menor más la pena mayor del delito por el cual se instruye la causa penal y el resultado de la suma se divide entre dos.

utilización de prisión preventiva de forma oficiosa, es decir, la afectación de la libertad individual de la persona sin discusión sobre la necesidad en su aplicación.

Desde la Constitución de 1917 hasta 1993 se reformó el marco constitucional en varias ocasiones a fin de establecer diversas fórmulas para determinar el monto de la caución para aquellos delitos en los que el imputado podía enfrentar el proceso en libertad, una vez otorgada aquélla.

Prácticamente durante casi todo el siglo XX la doctrina mexicana, salvo contadas excepciones, se mantuvo indiferente o alejada respecto a lo criticable de dicha situación. La sociedad, incluyendo la comunidad jurídica de aquella época, identificó este fenómeno como algo normal, es decir, la aplicación de la prisión preventiva como un elemento natural del sistema procesal penal.

Otro aspecto a considerar es que dicha situación, por demás discutible, se evidenció, más aún, a partir de los compromisos adquiridos por México con su adhesión a tratados internacionales en materia de procuración e impartición de justicia, pues en ellos se contempla que dicha medida cautelar sólo debe aplicarse de forma excepcional en los casos de peligro de fuga, peligro de alteración de pruebas y para garantizar una debida protección de la víctima.³

Sin embargo, tales supuestos no fueron atendidos y se optó por otros criterios; primero, se continuó con el de la penalidad y, segundo, se contempló el de gravedad del delito, ambos con resultados similares: exceso en la aplicación de prisión preventiva.

En el primer criterio se contempló la fórmula del término medio aritmético, la cual consistía en que la suma de la pena mínima y la máxima no debía rebasar los cinco años para tener derecho a la libertad provisional bajo caución (se tenía que dejar de todas formas una garantía, a veces no asequible para los procesados), pero con las penas elevadas establecidas muchas personas quedaban en prisión preventiva.⁴ Por lo que toca al segundo, se estableció la prisión preventiva para todos los casos de delitos considerados graves a criterio de los legisladores de las diversas esferas competenciales. Se hizo un abuso de esta medida cautelar debido a que se incrementaron los delitos que, sin ser realmente graves, les fue asignada tal calificación.

³ Cabe resaltar que conforme al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales forman parte del derecho positivo. En este sentido, deben ser respetados para que haya congruencia en el ordenamiento jurídico.

⁴ En muchas legislaciones existen otras medidas cautelares (como la libertad bajo palabra) pero su aplicación es prácticamente nula.

III. PROBLEMÁTICA ACTUAL

La reforma de 1993 al artículo 20 constitucional contempló el criterio de gravedad de los delitos para la aplicación de prisión preventiva. Se dejó a los legisladores de las diversas esferas competenciales: federal, Distrito Federal y estatal, el establecimiento de dichos delitos.

En la exposición de motivos de la reforma se adujo que los delitos graves se contemplarían en un catálogo limitativo que abarcara sólo aquellos que lesionaran seriamente la paz y tranquilidad pública. Por ende, los legisladores debían actuar con extrema prudencia. A pesar de lo anterior, desde un inicio los legisladores establecieron una cantidad considerable de delitos graves, pero en el transcurso de los años siguientes se fueron incrementando de tal forma que se ha generalizado la aplicación de prisión preventiva.

Las consecuencias de dicha situación no son irrelevantes, ya que a cualquier persona procesada por algún delito calificado como grave debe aplicársele automáticamente prisión preventiva, sin que haya oportunidad de impugnar o discutir, atendiendo a criterios de política criminal o necesidad cautelar, la conveniencia o no de dicha medida. Para aquellos delitos no considerados como graves también debe aplicarse prisión preventiva, pero se deja abierta la posibilidad de obtener la libertad mediante caución. Aun en este último supuesto, si el Ministerio público se opone y fundamenta su postura, el juez puede negar la libertad provisional, y en consecuencia el procesado quedar privado de su libertad durante el desarrollo del proceso.

Actualmente las cifras sobre la aplicación de prisión preventiva reflejan el abuso de dicha medida cautelar. Así, por ejemplo, en un estudio realizado por Guillermo Zepeda, el 42% de las personas que se encuentran en la cárcel y reclusorios no han recibido condena que los declare culpables por el delito por el que se les procesa. 90 mil de las 210 mil personas privadas de libertad en México se encuentran en prisión preventiva.⁵

Sobre la aplicación de prisión preventiva en las entidades federativas, hay evidencia de su generalizada aplicación; por ejemplo, en el estado de Sonora se detectó que de 40 expedientes analizados, en 33 se sometió a los procesados a dicha medida cautelar extrema. Otro factor a considerar es que algunos de estos procesos se instruyeron por delitos menores; por ejemplo, de robos de poca cuantía: bicicletas, lociones, perfumes y desodo-

⁵ Iniciativa de reformas constitucionales en materia de juicios orales impulsada por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso Legal, presentada el 19 de diciembre de 2006, firmada por diputados de las diversas fracciones parlamentarias.

rantes, pero al no otorgar la caución los procesados quedaron privados de la libertad.⁶ Otros estudios han revelado que muchos de los procesos que se instruyen en México son, precisamente, sobre delitos menores no graves.⁷

Los estudios empíricos aludidos demuestran la gravedad del problema y la necesidad de hacerle frente a la brevedad posible.

IV. DISCUSIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

En los últimos diez años la doctrina mexicana ha tomado como objeto de estudio el tema de la prisión preventiva y los casos en que debe ser considerada; así, podemos encontrar algunas obras en las que se hacen fuertes críticas a la fórmula de catálogo de delitos graves; por ejemplo, Sergio García Ramírez advierte que pudiera ser indeseable que la ley estableciera supuestos de prisión preventiva obligatoria, tal y como ocurre en México. Afirma que la prisión preventiva es esencialmente injusta, sin perjuicio de las ventajas en su utilización desde una perspectiva práctica, y dicha medida cautelar presenta una tensión mayor entre el principio de presunción de inocencia. Comenta, además, que se trata de la afectación de un derecho apoyado en pronósticos, que se sustentan en probabilidades, suposiciones, inferencias, conjeturas, vinculando tales consideraciones a otro tema no menos complicado como la peligrosidad del imputado. Finalmente, coincide con otros investigadores en el sentido de que se utiliza demasiado la prisión preventiva.⁸

Antonio Caballero y Carlos Natarén coinciden en señalar que en México la aplicación, como regla general, de la prisión preventiva del procesado es una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.⁹

En el derecho comparado también se plantean críticas sobre la aplicación de prisión preventiva. El jurista argentino Julio B. J. Maier advierte que, desde una perspectiva del derecho procesal penal, resulta cuestionable

⁶ Guillén López, Raúl y Cruz Covarrubias, Armando, *La justicia penal en México, un estudio de caso*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

⁷ Hernández, Roberto y Negrete, Layda, *La justicia en México*, México, Centro de Estudios de Investigación y Docencia Económica, 2005.

⁸ García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004, pp. 158-160.

⁹ Caballero Juárez, Antonio y Natarén Nandayapa, Carlos, *El malestar de la justicia en el proceso penal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

como fórmula para evitar que no se logren los fines del procedimiento, pues la persona a quien se le aplica es reputada inocente hasta que una sentencia firme la declare culpable; además, la prisión preventiva, como todo encierro, tiene efectos cuestionables en la persona humana, muchas veces contrarios al fin que con él se persigue o desproporcionados respecto de él.¹⁰

Por su parte, Alberto Binder ha señalado que es común encontrar códigos procesales en los que se distorsiona el diseño constitucional, pues se establece una serie de supuestos totalmente cuestionables en los que se “justifica” la aplicación de prisión preventiva, por ejemplo: considerar ciertos delitos como inexcusables, en los cuales no puede otorgársele libertad al procesado; atender a la alarma social sobre hechos delictivos y presión de medios de comunicación a pesar de que no exista peligro de fuga, y por último, bajo la premisa de la peligrosidad del autor resulta conveniente su aplicación para evitar nuevos delitos. Esta fórmula implica la utilización de la prisión preventiva como una medida de seguridad predictual.¹¹

El primero de los supuestos, como ya se dijo, prevalece en México tanto a nivel federal como en diversas entidades federativas. En el Distrito Federal se atiende al término medio aritmético de la pena, pero de igual manera se refleja en una serie de delitos que por su sanción o gravedad se aplica necesariamente prisión preventiva.

Retomando ideas de los juristas chilenos Cristian Riego y Mauricio Duce cuando critican el modelo anterior a la reforma procesal penal chilena, podemos afirmar que en México se aplica todavía un sistema de coerción necesaria sobre el inculpado, que puede dividirse en dos tipos: el primero, régimen de coerción cerrado en el que la prisión preventiva se aplica invariablemente y, segundo, régimen de coerción abierto en el que si bien el inculpado está en libertad, no se trata de una libertad plena sino restringida, pues se le sujeta a una serie de limitaciones como el de no salir del país, afectación a los derechos políticos, firmar cada cierto tiempo en los juzgados, caución, entre otras.¹²

La aplicación de estos dos regímenes es propia de un sistema de justicia penal con matiz evidentemente inquisitivo. Ambos son elementos centrales en el modelo procesal penal mexicano.

¹⁰ B. J. Maier, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Argentina, Editores del Puerto, 2002, t. I, p. 378.

¹¹ Binder, M. Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Argentina, Ad-Hoc, 2004, p. 200.

¹² Duce J., Mauricio y Riego R., Cristian, *Proceso penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 247.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

El sistema de justicia penal mexicano fue modificado normativamente de forma sustancial, aunque se da un plazo no mayor de ocho años para su aplicación en todo el país.

La reforma presenta evidentes aspectos a considerar, uno de ellos es precisamente la fórmula establecida para la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, pues continua con la tendencia de establecer una serie de delitos en los que debe aplicarse de forma automática. El artículo 19 contempla dichos delitos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, entre otros. Todos ellos transgreden bienes jurídicos tutelados de importancia.

El catálogo aludido, si bien es limitativo en un primer momento, ello no refleja el fondo de la cuestión, ya que al contemplarse el supuesto de delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos se deja la puerta abierta para la incorporación de una gran cantidad de delitos que pueden ser introducidos en el catálogo de delitos graves.

Además, posteriormente se agrega “así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”, por lo tanto, se deja la posibilidad para que los legisladores determinen tales delitos en los que seguramente se contemplarán los vinculados al narcotráfico, que en materia federal son los más frecuentes.

Esta disposición puede debilitar de manera significativa la actividad del juez de control encargado de revisar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público.¹³ Sobre este punto, resulta interesante analizar otras experiencias ya acontecidas en diversos países latinoamericanos, pues tales “excepciones” son frecuentemente establecidas con efectos desfavorables al sistema de justicia. Los efectos negativos en dichos países se han visto reflejados probablemente en que los juzgados responsables (también llamados juzgados de garantía o de control) de aplicar la medida cautelar hayan tenido un impacto no significativo sobre la prisión preventiva, y esta última se siga usando masivamente. Por ejemplo, Córdoba, Argentina, 66%; Ecuador 91%; el Salvador 86%; Paraguay 80%, y Ve-

¹³ Riego Ramírez, Cristian, “Informe comparativo. Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina”, *Revista Reforma Judicial*, México, núm. 7, 2006, pp. 197 y 198.

nezuela 90%.¹⁴ Desde luego hay otras causas propias del sistema y de cada región que han originado el abuso de esta medida cautelar.

En nuestra opinión, otro problema no menos grave en el caso mexicano es la amplitud de supuestos, parámetros o factores en los cuales el juez de control puede ordenar prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público, aun tratándose de delitos no graves.

Si bien se reduce el catálogo de delitos graves y se elimina en las esferas competenciales local y del Distrito Federal la posibilidad de que los legisladores puedan establecer otros delitos con tal característica, además en el ámbito federal hay un cierto acotamiento importante a los legisladores sobre este punto, parece pertinente esperar que no se excedan nuevamente.

En nuestra opinión, lo planteado en el párrafo anterior pudiera parecer suficiente para avanzar sobre la base del respeto al principio de presunción de inocencia y de un sistema acusatorio adversarial; sin embargo, el avance aparente pudiera venirse abajo, cuando se admiten varios supuestos (como ya se dijo) en los que el juez de control podrá ordenar la prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público.

Se establece como primer supuesto, los casos en los que otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio (peligro de fuga); segundo, asegurar el desarrollo de la investigación; tercero, cuando sea necesaria para la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y cuarto, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Este último supuesto resulta por lo menos criticable, pues se aleja de la naturaleza jurídica de la medida cautelar, cual es la de asegurar el desarrollo del proceso.

Otros supuestos no son concretos: cuando no se pueda garantizar el desarrollo de la investigación y la protección de la comunidad. Este último invita a la subjetividad y discrecionalidad en cuanto a cómo se deben interpretar y en qué casos resultarían procedentes. Ni de la exposición de motivos de dictámenes y la discusión se desprenden con claridad los alcances de tal supuesto. Pero lo más importante es que nuevamente se distorsiona la finalidad de la medida cautelar.

Por otra parte, además, deberá tomarse en cuenta la cultura inquisitiva de los operadores del derecho, pues muchos de los servidores públicos que

¹⁴ “Sistemas judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia, posibilidades y límites de la comparación en los sistemas de justicia de las américas, informe comparativo”, *Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina*, Chile, núm. 8, Centro de Justicia de las Américas.

ejercerán los cargos de jueces de control se formaron en un sistema inquisitivo mixto, en los que se fomenta la idea de detener para investigar y no a la inversa. Otros factores externos no menos importantes pueden inclinar la balanza hacia la aplicación excesiva de prisión preventiva: presión social y medios de comunicación.

Por lo que toca a delitos vinculados con la delincuencia organizada, la situación es más tensa, ya que además de la aplicación de prisión preventiva obligatoria, ya discutible desde un enfoque garantista (presunción de inocencia) y desde una perspectiva de derecho internacional, se restringen aún más las garantías, pues no se trata sólo de la simple privación de libertad, sino que va más allá, debido a que se establece la posibilidad de restringir las comunicaciones de los inculpados con terceros (salvo el acceso a su defensor) y vigilancia especial en el lugar de internamiento, tal y como se desprende del artículo 18, último párrafo, luego de la reforma constitucional.

La duración de la prisión preventiva impuesta al imputado no podrá exceder de dos años, salvo en los casos en que el procesado se encuentre ejerciendo su derecho de defensa. En la hipótesis de vencimiento del término el imputado deberá quedar en inmediata libertad, aunque podrán aplicársele otras medidas cautelares.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el panorama no es del todo fácil; al contrario, existen muchas variables que demuestran la debilidad en la sustentabilidad de la reforma en materia de control de la prisión preventiva y respeto al principio de presunción de inocencia. Se trata de fallas en el diseño normativo que, acompañadas de una mala implementación, pueden desembocar en un fracaso o resultados insatisfactorios del sistema acusatorio adversarial que se pretende implementar en México.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Primera. La aplicación de prisión preventiva en forma automática u oficiosa para ciertos delitos es histórica y constituye unos de los problemas centrales que en materia de justicia no se ha podido resolver.

Segunda. La afectación de la libertad individual mediante la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva para asegurar el éxito del proceso y la posible aplicación de pena ha sido un fenómeno recurrente en el caso mexicano. Los documentos legislativos y normativos confirman esta última aseveración nada afortunada.

Tercera. La reforma constitucional de 2008 no logra superar del todo estos problemas de diseño normativo que debilitan el respeto a la garantía

individual de presunción de inocencia. Por consiguiente, no se logra la excepcionalidad en la utilización de la medida cautelar más grave, como es la prisión preventiva. Con ello se provoca un alejamiento importante de unas directrices centrales del modelo acusatorio adversarial.

Cuarta. La reforma constitucional no es congruente con los tratados internacionales en materia de respeto al principio de presunción de inocencia, ya que contempla un catálogo de delitos graves en los que debe aplicarse la medida cautelar de prisión preventiva de forma oficiosa.

Quinta. El panorama a corto plazo en materia de respeto al derecho de presunción de inocencia es complicado y nada alentador. La prisión preventiva en el proceso penal mexicano seguirá teniendo un papel importante.

Sexta. Se continuará con un número elevado de procesados bajo el régimen de prisión preventiva, con las consecuencias negativas que ello provoca, como sobrepoblación penitenciaria.

Séptima. Los legisladores, ante la presión social por la inseguridad pública y los medios de comunicación, es probable que continúen con la idea errónea de que con la aplicación de prisión preventiva se combate mejor a la criminalidad. Sobre este punto es importante señalar que la experiencia nos enseña que para ser eficaces en el combate a la delincuencia no debemos necesariamente suprimir o restringir garantías individuales, pues cuando se otorgan facultades ilimitadas a las autoridades, éstas caen en problemas de corrupción e ineficacia, inclusive aumenta la criminalidad, tal y como aconteció con los cuerpos policiacos en la década de los ochenta del siglo pasado. Además, las garantías individuales juegan un papel de control sobre el trabajo profesional que deben realizar los operadores del derecho, es decir, ayudan a limpiar el proceso y evitar la corrupción.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 3a. reimpr., Argentina, Ad-Hoc, 2004.

CABALLERO JUÁREZ, Antonio y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, “El malestar de la justicia en el proceso penal mexicano”, *Criminalia*, México, año LXX, núm. 3, septiembre-diciembre de 2004.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La garantía de defensa adecuada*, México, Porrúa, 2004.

———, *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003.

- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.
- DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristian, *Proceso Penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público*, México, UNAM, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995.
- , *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001.
- , *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, México, UNAM, 2001.
- , *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004.
- , *Proceso penal y derechos humanos*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998.
- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl y CRUZ COVARRUBIAS, Armando, *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007.
- , *La justicia penal en México, un estudio de caso*, México, UNAM, 2008.
- HERNÁNDEZ, Roberto y NEGRETE, Layda, *La justicia en México*, México, Centro de Estudios de Investigación y Docencia Económica, 2005.
- RIEGO RAMÍREZ, Cristian, “Informe comparativo, Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina”, *Revista Reforma Judicial*, México, núm. 7, 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

QUERRELLA Y DERECHO PENAL EN MÉXICO

José Daniel HIDALGO MURILLO*

SUMARIO: I. *En homenaje.* II. *¿Por qué se procede por querrela?* III. *Importancia de la querrela en el derecho procesal penal.* IV. *Un error que se hace derecho en los criterios de querrela.* V. *Criterios de querrela en la legislación federal.* VI. *La querrela no soporta el perdón de la víctima.* VII. *Conclusión.*

I. EN HOMENAJE

De las muchas veces en que he visto reír al doctor Jorge Alberto Witker Velásquez —porque caracteriza al doctor Witker su alegría y su amenidad—, han sido, entre otras muchas, mis metidas de pata, mi “imprudente” sinceridad.

Ante uno de mis dichos imprudentes el doctor Witker diría al que está cerca —con excelente buen humor, con la sabiduría de quien ha tenido que sufrir para abrir camino—, “¡éste, diciendo lo que dice... llegará lejos, pero no ahí, por mucho tiempo!”

En este homenaje no puedo sino escribir sobre un tema en que, creo, hemos aprendido mal y hemos enseñado peor y, por ende, necesito, a propósito, meter la pata y ser imprudentemente sincero.

De hecho, en el tema del derecho procesal penal, la conferencia más amena la escuche de don Jorge en uno de los primeros congresos internacionales del Inacipe en esta materia. Ese acento chileno que se mezcla con la riqueza del lenguaje mexicano nos exige ponerle atención para luego aprender desde formas mentales muy sencillas y proyectos académicos magnánimos. Luego pude escucharle y hacerme amigo cuando el doctor Carlos Natarén N. lo invitó a la comisión de redacción del Código Modelo de la Conatrib. En buena hora.

* Doctor por la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana; licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Notario público por la Universidad de Costa Rica.

II. ¿POR QUÉ SE PROCEDE POR QUERELLA?

El artículo 177 del proyecto federal define la querella y sus requisitos:

...la querella es la expresión de la voluntad de la víctima u ofendido o su representante legal o del legalmente facultado para ello, mediante la cual manifiesta expresa o tácitamente ante el Ministerio Público, su deseo de que se inicie la investigación de uno o varios hechos que la ley señale como delitos y que requieran un requisito de procedibilidad y, en su caso, se ejerza la acción penal correspondiente.

Como desde la norma se produce un error conceptual, esa definición exige responder algunos conceptos. ¿Por qué el Estado se supedita a la voluntad de la víctima y ofendido?, ¿cómo y en qué delitos puede darse una manifestación expresa o tácita de persecución penal?, ¿por qué estos delitos están sujetos a un requisito de procedibilidad?, ¿qué es un principio de procedibilidad? Querella es una voz usada por las *Siete Partidas* en su significación primitiva de dolor o sufrimiento. Querella es el dolor que se tiene o se sufre por un agravio recibido, es el agravio mismo. Es el significado de la voz latina, la cual se adopta en español sin cambio alguno. Por supuesto, también significó reclamación, inconformidad.¹

Nos hemos acostumbrado a dar por supuesta la querella sin preguntarnos por qué unos delitos se persiguen por querella y otros de oficio por la acción pública. Mi experiencia en la lectura, tanto de la legislación procesal como de la legislación sustantiva, es ayuna. Cuando lo he preguntado a algunos abogados penalistas, ignoran una respuesta coherente: empezaron a aplicarla y ya está. No he encontrado un autor que explique, al modo como lo hemos entendido desde la aceptación latinoamericana, por qué se introduce la querella en México, por qué el perdón de la víctima, perdón que se introduce y amplía aun hasta luego de dictarse la sentencia.

Por ende, no he logrado encontrar, para estudiar, qué criterios han llevado al legislador a considerar uno u otro delito como de acción perseguible —limitativamente— por querella; por qué se introdujo —en el sistema mixto inquisitivo— esta institución propia del sistema acusatorio; por qué el *ius puniendi* ha admitido una institución del derecho penal como solución del conflicto. A ello se suma que el concepto de querella, exportado de la

¹ Barragán Barragán, José, *Medios de impugnación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral*, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2012, p. 104.

legislación nacional anterior, no es claro y que, con peores consecuencias, delitos que son típicos de acción pública que exigen persecución oficiosa se han admitido en México como delitos de acción por querrella.

Pedro Hernández Silva, al explicar la querrella, dice que

...la característica de la querrella es en el sentido de que una vez presentada ante el Ministerio Público, el ofendido puede otorgar el perdón por la comisión del delito que sufrió, y de esta manera se extingue la acción penal; inclusive puede otorgar el perdón en la etapa de ejecución de sentencia... Algunos autores consideran que no debería de existir la querrella como requisito de procedibilidad, pues el delito, afirman, es de orden público y no se debe dejar al arbitrio del particular su investigación, persecución o sanción, en su caso; consideramos que sí es oportuna y eficiente la institución de la querrella de parte ofendida, pues existen determinados delitos que por su naturaleza misma, en ocasiones sería más perjudicial para los individuos de la sociedad su investigación...²

El doctor Julio Hernández Pliego se acerca, sin decirlo todo. Analizando algunos argumentos a favor y otros en contra de la querrella, sin expresar criterios, refiere:

No obstante, la realidad legislativa de nuestro país parece ignorar las anteriores críticas y de unos años a la fecha han proliferado en las leyes penales, los delitos para cuya persecución se hace necesaria la instancia del ofendido. Se estima que han pesado más los argumentos concernientes a que la publicidad en ciertos delitos causa mayores daños al pasivo, a su familia, que la ofensa misma y, de seguro, también ha influido una realidad a la que no puede cerrarse los ojos, consistente en que cuantitativamente, se obtiene en la práctica con mayor frecuencia protección para el ofendido o la víctima del delito, respecto a la reparación de los daños o al menos parte de ellos, en los delitos de querrella necesaria que en los otros, sobre todo en tratándose de delitos de contenido patrimonial, ello por el interés ostensible del inculpadado de que se le otorgue el perdón para que se extinga la acción penal o, en su caso, la pena.³

Explica José Jesús Cázares Ramírez que

...esta causa de extinción sólo opera tratándose de delitos que se persiguen a instancia de parte agraviada y, en consecuencia, en delitos de querrella neces-

² Hernández Silva, Pedro, *Procedimientos penales en el derecho mexicano*, México, Porrúa, 2006, p. 20.

³ Hernández Pliego, Julio, *Programa de derecho procesal penal*, 19a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 102.

saría la ley deja al destinatario la facultad de aceptarlo o rechazarlo; de concederse en delitos de persecución oficiosa, solamente podría producir eximir de la reparación del daño al probable responsable. El perdón es un acto posterior al delito, por lo que el ofendido hace remisión o exterioriza que no se comience o no se prosiga el procedimiento contra el inculcado. Esta figura no representa un medio extintivo —propriadamente dicho— de la responsabilidad penal, sino... una causa excluyente de incriminación que impide en determinados momentos la integración del delito... El perdón legal es un derecho reconocido al inculcado por el Estado en materia penal, en virtud del cual puede disponer a su arbitrio de la pretensión punitiva, mientras dura el proceso penal, por considerarse que de intervenir el órgano estatal podría acarrear mayores perjuicios que beneficios a las partes, y por considerarse por otra parte que los efectos de esta conducta penal reprochable son particulares y no trascienden a la sociedad en su conjunto.⁴

III. IMPORTANCIA DE LA QUERRELLA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Querrellar no es tener la voluntad de que se inicie la investigación, peor aún cuando se trata de delitos de acción pública.

Ningún Estado supedita a las víctimas la persecución de los delitos y/o la propia política criminal. La querrela es un requisito de procedibilidad en delitos de acción pública, es decir, aun cuando existe interés del Estado en la persecución del hecho delictivo, cede ante un derecho prioritario de la víctima en su persecución, no por voluntad sino por conveniencia. Digámoslo así, lo peor que le puede pasar al Estado es que la víctima no denuncie el delito, esto es, no facilite su investigación y sanción. Por ende, no son delitos de y/o por querrela, sino —como he dicho— delitos de acción pública, de interés público, de interés oficioso, que exigen la denuncia previa de la víctima u ofendido. No se actúa oficiosamente porque por encima del interés público hay un interés moral, hay un mayor bien que proteger que el bien jurídico protegido por el derecho penal.

Las diferencias conceptuales que apunto causan una variable en los tipos penales y, lógicamente, en los bienes jurídicos. Una vez que el Estado analice —con una decisión de política criminal— qué delitos poseen esta doble protección y, por ende, en qué casos la protección del segundo interés de la víctima u ofendido es más importante que la protección del primer interés que es la paz social, la tranquilidad pública, el orden público, la se-

⁴ Cázares Ramírez, José Jesús, *El poder de acusar del Ministerio Público en México. El ejercicio de la acción y la oportunidad penal*, México, Porrúa, 2010, p. 52.

guridad —cuestión de igual política criminal—, entonces se entiende qué delitos deben perseguirse previa querrela y cuáles no. Ese doble interés (interés público e interés privado) tiene un doble valor (valor personal y/o valor social), siendo prioritario —en casos muy concretos, en delitos claramente diferenciados— el valor personal que el social. Con la querrela, la víctima renuncia a su segundo valor para dar prioridad al primero; renuncia a su interés personal para dar prioridad al interés público.

Analícemos este juego de palabras que parece confuso en un típico delito de acción pública a instancia de parte ofendida que México no ha admitido de querrela, salvo al interno familiar: la violación de la persona mayor de edad. En la violación hay un bien jurídico que es la libertad sexual. La libertad sexual tiene un interés público en su persecución, esto es, que no anden sueltos por ahí violadores, perjudicando la libertad y tranquilidad sexual de otras personas y, por ende, la seguridad de las personas, especialmente de las mujeres. Pero, igualmente, hay un interés privado: no hacer público, mediante el proceso, que una persona fue violada. Nace de ese modo la distinción de valores y, por tanto, de fines jurídicos.

Mientras al Estado le interesa, en razón de un valor social, que no haya violadores, y que las personas no se vean amenazadas con actos de violación, al Estado igualmente le interesa que la víctima por violación no se vea exhibida por el proceso cuando ya ha sido mancillada por la violación. Este juego de intereses y valores —que en el caso implica la publicidad— ha producido la institución de la querrela. Es posible que en otros delitos no sea la publicidad, sino la intimidad, la familia, la honra, etcétera, lo que se protege en prioridad. Algunas entidades federativas han copiado delitos por querrela, sin conocer la razón de política criminal. Otros han perseguido otros intereses, que se confunden, más bien, con bagatela. Es lo que, por ejemplo, ha ocurrido con el pago para el perdón, que más que un perdón como presupuesto para continuar la acción es un modo de reparación del daño y, por tanto, se supedita a los delitos patrimoniales. En México se extiende hasta a las lesiones culposas.

Por ende, casi todos los conceptos relacionados con la querrela se confunden, sin necesariamente ser lo mismo y, por ende, exigiendo procedimientos distintos. Se confunde querrela con perdón de la víctima; querrela con publicidad del proceso; querrela con mecanismos alternativos; querrela con criterios de oportunidad; querrela con causas de despresurización del sistema; querrela con potestad procesal, etcétera. La ausencia de una clara política criminal en relación con la querrela ha permitido que haya distintos delitos por querrela en la legislación mexicana y que esa distinción igualmente se repita —y/o se distinga— en las entidades federativas.

Por lo general, no se sabe por qué un delito —más propiamente algunos delitos— debe perseguirse por querrela. Los criterios que prevalecen al estudiar la lista de los mismos es la falta de interés en la persecución; insignificancia del hecho; hechos cometidos al interno de la familia; hechos ocasionados por razones de confianza; hechos de tránsito, etcétera. Cuando uno se pregunta ¿por qué es perseguible por querrela?, es común que no haya una respuesta clara ni siquiera en la exposición de motivos.

Aunque el ejemplo que he relatado es por el delito de violación, en países en que la querrela obedece a una política criminal clara, el delito contra la propiedad en el seno de la familia ha cambiado, según ciertas circunstancias, como perseguible por querrela, o de modo oficioso. Esto depende —porque existe un estudio serio de política criminal— del grado de violencia doméstica. En sitios en que existe violencia doméstica, es tan delito la agresión y las lesiones como el robo, el hurto, el fraude. Por el contrario, en sitios donde se ha controlado la violencia doméstica, la agresión, las lesiones, el robo, el hurto y el fraude, son delitos de acción pública perseguibles a instancia de parte ofendida, salvo los casos de robo con violencia sobre las personas. Igualmente, porque rige una política criminal, las lesiones culposas exigen o no querrela, dependiendo de las circunstancias del uso del vehículo. Cuando hay licor y/o uso de drogas de por medio, se persigue de modo oficioso. Sin embargo, por lo general las lesiones culposas son delitos de acción pública, salvo los casos en que la víctima u ofendido sea un familiar hasta el tercer grado de afinidad.

IV. UN ERROR QUE SE HACE DERECHO EN LOS CRITERIOS DE QUERRELA

¿Qué valores y qué intereses están en juego en México al procederse por querrela?

Del estudio del proyecto federal y del derecho comparado nacional me atrevo sostener dos criterios. El primero es que la legislación procesal penal mexicana importó la querrela del proceso acusatorio y la introdujo en el proceso “mixto inquisitivo” que regía el proceso penal mexicano, sin conocer las diferencias ideológicas y los principios constitucionales y/o procesales que rigen una u otra. El segundo es que confundió la acción y, por ende, los bienes jurídicos relacionados con la querrela, con un procedimiento totalmente distinto como los criterios de oportunidad.

Sé que lo afirmado es atrevido, máxime que llevamos ya muchos años con “querellas” y “perdón de la víctima” en México. Sin embargo, con todo

respeto, pero con la sinceridad con que debo tratar estas figuras procesales, el estudio del artículo 517 del proyecto federal, a la luz del Código Penal Federal, y el estudio de las normas relacionadas con la querrela en las legislaciones locales, con los iguales códigos penales de cada entidad federativa, me permite corroborar ambos criterios.

Si estudiamos el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, que aunque es un proyecto ya ha influido en la legislación de varias entidades federativas, nos percatamos de que, en relación con la acción penal, no ha entendido la distinción entre acción privada y acción particular; la distinción entre delitos de acción privada y delitos de acción pública perseguible a instancia de parte ofendida; que algunos de los delitos por querrela se han confundido con los delitos en que procede aplicar criterios de oportunidad, y los delitos en que procede la solución del conflicto. Temas serios porque, aunque podrían considerarse con un nuevo propósito procesal, es lo cierto que luego resulta un proyecto contradictorio en sí mismo, a lo que se suma que, entonces, es igualmente contradictorio con la doctrina y la legislación comparada.

En efecto, al confundir criterios de oportunidad con acción privada, México ha dejado a la decisión de la víctima y del imputado temas relacionados con los criterios de oportunidad que, como sabemos, son procedimientos de política criminal que corresponden al fiscal general y/o al procurador, sobre los cuales existe —y/o debe existir— una legislación reglada y precisa, y acuerdos y/o reglamentos ejecutivos puntuales que impidan su corrupción. Tan grave es el tema que en muchos países se dispone sobre los criterios de oportunidad, no por la vía reglamentaria sino en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Muchos de los delitos que permiten la aplicación de criterios de oportunidad han sido asimilados a la acción por querrela, esto es, no por disposición “estratégica” del Ministerio Público, sino de conveniencia de la víctima, lo que me parece grave. Se suma a todo esto que el criterio se va consolidando sin especial sentido crítico del legislador, de la doctrina, de la jurisprudencia, de la cátedra, de los expertos.

Como dirán Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, para descubrir las distintas figuras que interesan,

...aunque el Constituyente remite a la ley ordinaria para establecer las condiciones en que el particular podría “ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”, el legislador secundario no tiene absoluta discrecionalidad para regularla, al grado de hacer nugatoria esta participación que garantiza la ley fundamental. La teoría constitucional paradigmática en nuestro tiempo sostiene que *todas* las disposiciones constitucionales son normas jurídicas, poseen

una índole vinculante, y tienen un “*contenido mínimo*” que puede y debe hacerse efectivo; *nada en la Constitución carece de fuerza normativa*, y aun a falta de desarrollo legislativo las autoridades están obligadas a aplicar sus disposiciones.

Diciendo que los particulares podrán ejercer la acción penal y resaltando este accionar privado del ministerial —siguen diciendo—, la Constitución claramente intentó hacerlo *autónomo* de las decisiones ministeriales. Tal es a nuestro entender el “contenido mínimo” de la norma constitucional que nos ocupa, y que el legislador y toda autoridad debe respetar. Desde luego, el legislador puede regular las hipótesis y las formalidades que correspondan a esta “acción penal privada”, pero no puede privar de su contenido esencial a la disposición constitucional que la prevé. Por otra parte, como veremos, dicha acción penal podría ser exigida por la propia *presunción de inocencia*, pues en casos en que no se ejerza la acción penal pública, la víctima podría carecer de posibilidad de ser indemnizada, aun en la vía civil. Si la negativa del Ministerio Público impidiera la declaración judicial de la existencia de un delito del que derive una responsabilidad, la cual no puede establecerse sino en el proceso penal.⁵

Los criterios que se han seguido en la legislación federal, y los criterios que se han seguido en las legislaciones locales —unas de ellas copias de la legislación federal; otras, autónomas—, me permiten apuntar que existe un error y que ese error se ha hecho derecho. ¿Es esto perjudicial? No, no es socialmente nocivo si se produce derecho y, por ende, si se logra la solución del conflicto. Es totalmente pernicioso si se producen, como se vienen produciendo, formas extorsivas de “solución de conflicto”.

V. CRITERIOS DE QUERELLA EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL

La querella “es la expresión de la voluntad de la víctima u ofendido o del legalmente facultado para ello, mediante la cual manifiesta expresa o tácitamente ante el Ministerio Público su deseo de que se inicie la investigación de uno o varios hechos que la ley señale como delitos y que requieran un requisito de procedibilidad y, en su caso, se ejerza la acción penal correspondiente”.

Este artículo 216 de la iniciativa de Código Único del Senado nos enfrenta a una querella sin delitos, esto es, calla los delitos en que se procede por querella, contrario al artículo 517 del proyecto federal de procedimientos penales, que los delimitaba. En la misma posición se coloca el artículo

⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, SETEC, 2012, p. 53.

178 de la iniciativa de Código Único de la SETEC, porque esta vez no define los delitos de querrela. Se trata de una omisión que puede encontrar dos repuestas. La primera, que hayan dejado para la ley sustantiva definir cuáles delitos son de querrela. La segunda, reservar la definición para un momento posterior. En ambos casos, el tema exige una discusión en vía procesal.

¿Por qué se procede por querrela, conforme lo prevé el artículo 517 del proyecto federal de procedimientos penales? Si es de querrela la acción, por interés privado, la mayoría de los delitos federales son de acción pública, con claro interés público y social.

Si la técnica legislativa es distinguir los delitos y, desde esa distinción, producir el procedimiento especial, la proyección legislativa empieza bien. “La víctima u ofendido podrán ejercer la acción penal únicamente en los casos de los delitos siguientes”, conforme lo dispone el artículo 517:

II. Los delitos perseguibles por querrela siguientes, previstos en el Código Penal Federal:

- 1) Violación de correspondencia, prevista en el artículo 173;
- 2) Peligro de contagio, previsto en el artículo 199 bis;
- 3) Ejercicio indebido del propio derecho, previsto en el artículo 226;
- 4) Hostigamiento sexual, estupro y violación previstos en los artículos 259 bis, 262 y 265 bis;
- 5) Lesiones, conforme a la regla prevista en el artículo 62, párrafo segundo, y el previsto en el artículo 289, salvo la hipótesis del párrafo segundo;
- 6) Violencia familiar, previsto en el artículo 343 bis;
- 7) Privación ilegal de la libertad con el propósito de realizar un acto sexual, previsto en el artículo 365 bis;
- 8) Robo, previsto en los artículos 368 bis, 368 ter, 368 quáter, 370, 371, 372, 376 bis, 377, 378, 380, 381 y 381 bis, atendiendo a la regla prevista en el artículo 399 bis;
- 9) Abuso de confianza, previsto en los artículos 382 y 385;
- 10) Fraude, previsto en los artículos 386, 387, 388, 388 bis, 389 y 389 bis;
- 11) Despojo de cosas inmuebles o de aguas, salvo los dos últimos párrafos del artículo 395;
- 12) Daño en propiedad ajena, previsto en los artículos 397 y 399, y
- 13) De los delitos en materia de derechos de autor, previsto en los artículos 424, fracción II, y 427.

La exposición de motivos no acompaña un estudio estadístico que nos permita conocer la incidencia de esos delitos, y la mejor protección a solicitud o no de la víctima. No se acompaña un criterio que facilite comprender que esos intereses jurídicos son más importantes para la víctima que para la

sociedad mexicana que existe una disyuntiva en el valor jurídico protegido y, por ende, la necesidad de proteger prioritariamente el interés particular por encima del interés público. Desde la norma tampoco hay una explicación, aunque, desde mi personal criterio, las normas nos enfrentan a bienes jurídicos que no pueden dejarse a la voluntad de la víctima y, por ende, hay un interés público que debe ser protegido.

¿Por qué se persiguen a instancia de parte ofendida?, ¿por qué la violación de correspondencia; el peligro de contagio; el ejercicio indebido del propio derecho; el hostigamiento sexual, estupro y violación; las lesiones; la violencia familiar; la privación ilegal de la libertad con el propósito de realizar un acto sexual; el robo; el abuso de confianza; el fraude; el despojo de cosas inmuebles o de aguas; el daño en propiedad ajena y los delitos en materia de derechos de autor son perseguibles por el Estado únicamente si se ejerce la querrela por la víctima?, ¿por qué si hay un interés público se ha dejado a la voluntad de la víctima la mayoría de estos delitos?

El estudio de la legislación federal sólo deja preguntas sin respuesta. Pero, igualmente, si se trata de delitos perseguibles de forma oficiosa, qué significa que la víctima puede ejercer la acción penal. ¿Se trata de una acción coadyuvante?, ¿se trata de la privatización de la acción penal pública?, o ¿se trata de instar la acción para lograr la acción?

VI. LA QUERRELLA NO SOPORTA EL PERDÓN DE LA VÍCTIMA

Aun cuando en casi todos los códigos penales de las entidades federativas el perdón de la víctima es causa de extinción de la acción penal pública, me atrevo sostener que la querrela no soporta el perdón de la víctima.

El perdón de la víctima sólo se tolera, en un proceso penal acusatorio, como mecanismo alternativo de solución de controversias —perdón de la víctima con convenio de conciliación y/o mediación—; como mecanismo alternativo de terminación del proceso —suspensión condicional del proceso— y, a lo sumo, siempre con control del Ministerio Público, como criterio de oportunidad —criterio de oportunidad por reparación integral del daño—. ⁶

⁶ Han introducido criterios de oportunidad por reparación integral del daño los siguientes códigos de procedimientos penales:

a) Estado de Aguascalientes en el 2013. “Artículo 241. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal, limitarla a alguno o varios hechos delictivos o a alguna de las personas que participaron en los mismos, cuando: ...II. El imputado haya realizado la reparación del daño causado, a entera

Se querrela o no se querrela, no porque la víctima perdona, sino en protección de un fin jurídico más íntimo para la víctima que el bien jurídico social que protege el tipo penal. Podría decirse que en los delitos por querrela la víctima no denuncia a pesar de ella misma, porque, como se ha dicho, la querrela procede en delitos de acción pública. No se trata de un perdón, sino de una conveniencia. Por eso, el “perdón” de la víctima en materia de querrela ha significado la introducción de un tipo de “extorsión” procesal en el sistema de justicia penal en México.

El perdón, en cambio, es un modo de reparación. El perdón de la víctima exige un procedimiento especial de reparación del daño por vía de conciliación, mediación, suspensión condicional del proceso, etcétera, no así el procedimiento empleado hasta hoy, que sirve, especialmente, para la “negociación” y concreción de esas “negociaciones” en formas extorsivas y coercitivas de reparación del daño, y la farsa de un perdón que igualmente ha contaminado el “resultado” del delito para “resolver” el “resultado” del proceso.

El artículo 127 del Código Modelo dispuso, en relación con los mecanismos alternativos, que

satisfacción de la víctima u ofendido, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos”.

b) Estado de Sinaloa. “Artículo 199. Criterios de oportunidad. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente. No obstante, podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguno o varios hechos delictivos o a alguna de las personas que participaron en los mismos cuando: ...II. El imputado haya realizado la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima u ofendido del daño causado, en hechos punibles de querrela o contenido patrimonial ejercidos sin violencia sobre las personas”.

c) Estado de Chiapas en 2012. “Artículo 175. Criterios de oportunidad por solución del conflicto. El Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, si se ha producido la reparación del daño a la víctima u ofendido y se demuestre la solución de las controversias, cuando a) el imputado haya producido la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos”.

d) Estado de Veracruz. “Artículo 267. Casos en que operan criterios de oportunidad. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal, limitarla a alguno o varios hechos delictivos o a alguna de las personas que participaron en los mismos, cuando: ...II. El imputado haya realizado la reparación del daño causado en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos imprudenciales”.

En el mismo sentido: Michoacán, artículo 87; Tabasco, artículo 97; Coahuila (artículo 235); San Luis Potosí (artículo 233), y Yucatán (artículo 216). No han admitido ese criterio los estados de Tlaxcala (artículo 94); Tamaulipas (artículo 92); Sonora (artículo 156); Quintana Roo (artículo 215); Puebla (artículo 150); Guanajuato (artículo 136), e Hidalgo (artículo 218).

...cuando las partes o el Ministerio Público tengan motivos fundados para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza, podrán impugnar ante el juez de control la validez del convenio. El juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva. Si no asiste quien impugna la validez del convenio, se tendrá por no presentada la impugnación.

Se trata de una norma de prudencia en ese tipo de mecanismos que, como he dicho, se prestan a la coacción, extorsión y/o amenaza. ¿Por qué? Porque no es un perdón de la víctima por sí, sino en razón de un mecanismo alternativo de solución del conflicto y/o un mecanismo alternativo de terminación del proceso. El artículo 528 del proyecto de Código Federal dispone que “el juez aprobará los acuerdos, los cuales se registrarán debidamente. El juez no aprobará los mismos cuando no sean procedentes conforme a este Código o las obligaciones de alguna de las partes resulten notoriamente desproporcionadas o tenga motivos fundados para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza”. Norma que igualmente ha sido copiada en los proyectos que han surgido del proyecto federal, esto es, las codificaciones de Coahuila,⁷ Sinaloa,⁸ San Luis Potosí,⁹ Veracruz.¹⁰

Desde el Código de Chihuahua hasta el último de los códigos aprobados disponen que el perdón es un modo de solución del conflicto y, por ende, exigen del control de los centros de conciliación y mediación y/o del propio juez de control como lo hace el artículo 199, que afirma: “el juzgador no aprobará los acuerdos reparatorios cuando tenga fundados motivos

⁷ Coahuila: “Artículo 495. Control sobre los acuerdos reparatorios. Los acuerdos reparatorios deberán ser aprobados por el ministerio público o una vez que se ha iniciado el proceso, por el juez. Previo a la aprobación de los acuerdos el ministerio público o el juez verificarán que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas y que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y no han actuado bajo coacción o amenaza”.

⁸ Sinaloa: “Artículo 512. Los acuerdos reparatorios deberán ser aprobados por el juez. Previo a la aprobación de los acuerdos el juez verificará que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas y que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y no han actuado bajo coacción o amenaza”.

⁹ San Luis Potosí: “Artículo 519. Control sobre el acuerdo reparatorio. El acuerdo reparatorio deberá ser aprobado por el juez, quien verificará que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas y que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y no han actuado bajo coacción o amenaza”.

¹⁰ Veracruz: “Artículo 519. Control sobre el acuerdo reparatorio. El acuerdo reparatorio deberá ser aprobado por el juez, quien verificará que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas y que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y no han actuado bajo coacción o amenaza”.

para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza”.

No ha comprendido la diferencia entre las formas alternativas de terminación y/o solución del conflicto y el perdón de la víctima, entre otros, el estado de Baja California, que ya introdujo el sistema procesal penal acusatorio cuando mantiene y mezcla ambos procedimientos.

En efecto, el artículo 106 del Código Penal del estado de Baja California dispone que “el perdón de la víctima u ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de dictarse sentencia de segunda instancia y el imputado no se oponga a su otorgamiento; una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse”.

Sin embargo, desde ese mismo numeral Baja California también extingue “la pretensión punitiva, los convenios celebrados entre la víctima u ofendido y el procesado, derivados de la intervención de un mediador, conciliador o facilitador adscrito al Ministerio Público, que hayan sido sancionados y debidamente cumplidos por la parte que se obligó, en los términos de las disposiciones normativas aplicables y en los delitos mencionados en el párrafo anterior”. Pero bajo esa tesis se comprende, con mucha lógica, que “la aplicación de la mediación, conciliación y el proceso restaurativo, así como la sanción de los convenios, estará a cargo del personal de la Procuraduría General de Justicia que determinen las disposiciones normativas aplicables”, lo que no ocurre, como he analizado críticamente, con el perdón de la víctima, que —como hemos leído— no cuenta con “control” del Ministerio Público.

No se han entendido la querrela y, por ende, los delitos de acción pública perseguibles a instancia de parte ofendida si se concibe un tipo de perdón en la querrela.¹¹ La primera entidad federativa que introdujo el sistema procesal penal acusatorio, con reforma de casi toda la legislación penal, fue Chihuahua. Esa entidad dispuso igualmente, en el artículo 98, que

...el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la senten-

¹¹ En el artículo 154 del Código Penal del Estado de Coahuila se dispone que “la acción penal se extinguirá por perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo, cuando se hayan reparado el daño y sólo en los delitos que se persigan por querrela o requisito equivalente” (no se olvide que Coahuila cuenta ya con código acusatorio y, por ende, con mecanismos alternativos, tanto de solución de conflictos como de terminación del proceso).

cia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad.¹²

Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse. El perdón sólo beneficia al imputado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varias las víctimas u ofendidos y cada una pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por

¹² En el mismo sentido:

a) Durango: “Artículo 108. Extinción por perdón de la víctima. El perdón otorgado por la víctima, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se investigan por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, la víctima podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse. El perdón sólo beneficia al imputado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varias las víctimas y cada una pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga”.

b) En Hidalgo se dispone: “Artículo 114. El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto a los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, si el inculcado no se opone a su otorgamiento. También extingue la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, cuando se otorgue ante la autoridad ejecutora la que resolverá lo procedente. Cuando muera el ofendido, podrán otorgar el perdón las demás personas que tengan derecho a la reparación del daño y los perjuicios, de conformidad a lo previsto por el artículo 42 de este Código”.

c) Con igual criterio pero distinta redacción el estado de Morelos: “Artículo 93. El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la pretensión punitiva y la potestad ejecutiva con respecto a los responsables del hecho, cuando se trate de delitos perseguibles mediante querrela u otro requisito de procedibilidad equivalente. El perdón debe ser otorgado expresamente, es irrevocable y puede ser concedido en cualquier tiempo, hasta el cumplimiento de la sanción. El perdón sólo surte efectos en lo que respecta a quien lo formula y beneficia a quien se concede siempre y cuando haya cumplido a satisfacción con el pago de la reparación del daño. Cuando sean varios los inculcados y el ofendido hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, el perdón beneficiará a todos. Se aplicarán las disposiciones contenidas en los párrafos anteriores cuando la persecución del delito esté sujeta a un requisito de procedibilidad equivalente a la querrela, que deba ser satisfecho por alguna autoridad, y ésta manifieste que no solicita dicha persecución o que se desiste de la que hubiese promovido”.

d) Oaxaca: “Artículo 101. El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público, si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse. Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho”.

lo que hace a quien lo otorga. Siempre que en un procedimiento penal se otorgue el perdón de la víctima u ofendido, ello se hará constar en el registro correspondiente.

Esta disposición del estado de Chihuahua me permite mantener la idea de que hemos introducido instituciones contrarias a los objetivos que, desde la doctrina y la teoría del proceso, tienen objetivos puntuales de política criminal. Hemos tergiversado las figuras procesales sin comprender sus alcances, con el agravante de que, a partir de Chihuahua, se mantienen las formas equivocadas de querrela, las formas injustas de perdón de la víctima, los modos sospechosos de extinción de la acción penal por querrela, la imposibilidad extorsiva de que el perdón de la víctima se pueda revocar, y hemos sumado además la aplicación de criterios de oportunidad, los mecanismos alternativos de terminación del proceso y los mecanismos alternativos de solución del conflicto. Si todo esto se lee despacio y pensamos en los “abogados” que andan en la calle buscando “perdones”, nos podemos hacer una idea de la impunidad, de la corrupción, de las formas legales de extorsión y coacción, y el temor de nuestras víctimas por ser víctimas del delito por ciertos delincuentes, y víctimas del proceso por ciertos “despachos” de abogados.

Tan injusto el proceso que, con otras entidades federativas, el estado de Guanajuato introduce, igualmente, el perdón de personas ofendidas y/o víctimas del delito que son incapaces. En efecto, primeramente el artículo 114 del Código Penal del Estado de Guanajuato dispone que “el perdón del sujeto pasivo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercido la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. El perdón otorgado por el sujeto pasivo es irrevocable”. Posteriormente, el artículo 115 considera que

...si el sujeto pasivo del delito es incapaz, podrá otorgarse el perdón por su legítimo representante; si carece de él, por un tutor especial designado por el tribunal del conocimiento. En caso de que la persona ofendida fuere menor de edad pero mayor de doce años, deberá manifestar su conformidad con el perdón otorgado por su legítimo representante o, en su caso, por el tutor especial designado por el tribunal. Si la persona incapaz tiene varios representantes y existiere desacuerdo entre ellos o entre el incapaz y sus representantes, la autoridad ante quien se otorgue el perdón, previa audiencia, decidirá cuál voluntad debe prevalecer, atendiendo a los intereses del pasivo del delito.

El legislador del Estado de México se percata, al parecer, de los posibles injustos del perdón, y sin embargo, procurando corregir el error, sin descartar los injustos y las figuras procesales, enreda y confunde. En efecto, el artículo 91 dispone que “el perdón del ofendido extingue la pretensión punitiva y la pena en su caso, respecto de los delitos que se persiguen por querrela necesaria. Otorgado el perdón y no habiendo oposición a él, no podrá revocarse”.

Sin embargo, luego se plantea un “problema” en relación con el perdón, problema que le debió permitir comprender que la figura es un vicio legal. Sin embargo, lo resuelve —sin resolver— con una figura impropia. En efecto,

...tratándose de delitos cometidos con violencia de género que admitan el perdón, éste estará condicionado a la reparación del daño, en los términos del artículo 26 de este Código y, en su caso, a que el indiciado se someta al tratamiento necesario en alguna institución pública de salud de la entidad, para evitar conductas reiterativas. Para tal efecto, el Ministerio Público deberá vigilar su efectivo cumplimiento.

Para el Estado de México, “el perdón puede ser otorgado por el ofendido o por su representante legal, si aquél fuese menor de edad o estuviera incapacitado; pero el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público, en este último caso, deberán, a su prudente arbitrio, conceder o no eficacia al otorgado por el representante y en caso de no aceptarlo, seguir el procedimiento”.

Nótese que “el perdón concedido a uno de los inculpados se extenderá a todos los demás. Igualmente se extenderá al encubridor”. Una disposición que encuentra norma en contrario en otras entidades federativas que, con mayor lógica —por tratarse de un perdón por delito— disponen, como lo hace, por ejemplo, el artículo 85 del Código Penal del Estado de Michoacán, que “cada uno de los ofendidos puede separadamente otorgar el perdón al delincuente. En este caso, el perdón solamente tendrá efecto con relación a la persona que lo conceda. El perdón sólo beneficia al inculpadado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o su representante hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados”.

Para mayor acentuar el injusto, desde el Estado de México

...el perdón podrá ser otorgado en cualesquiera de las etapas del procedimiento penal. Si la sentencia ha causado ejecutoria, el ofendido podrá otor-

garlo ante el tribunal de alzada, para los efectos de lo dispuesto en la fracción III del artículo 424 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Si se trata de delito que amerite prisión preventiva oficiosa o si el inculpado se sustrae a la acción de la justicia, el delito prescribirá en un término igual a la pena máxima del ilícito de que se trate.

El estado de Nuevo León se plantea, en parte, las consecuencias injustas del perdón y, sin embargo, mantiene la figura con algunas limitaciones que conviene transcribir. En efecto, el artículo 111 dispone que

...el perdón otorgado por la víctima, ofendido o por quien se encuentre legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal, cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Que el delito se persiga a instancia de parte;
- II. Que el perdón se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que se dicte; y
- III. Que la víctima u ofendido haya sido debidamente informada en forma clara, del significado y la trascendencia jurídica del perdón judicial, en caso de que deseen otorgarlo.

El perdón otorgado al autor o autores beneficia a los partícipes y a los encubridores del delito, siempre que se haya reparado el daño; el otorgado a un partícipe o encubridor sólo beneficia a quien se le haya otorgado. Igualmente procederán los efectos del perdón en aquellos delitos que persiguiéndose de oficio, no sean de los considerados como graves, su sanción, incluyendo las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, no exceda de seis años de prisión como pena máxima y se logre por medio de la mediación o conciliación, un acuerdo entre el inculpado o procesado y la víctima u ofendido, siempre que se haga del conocimiento del Ministerio Público y en su caso a la autoridad jurisdiccional que conozca del asunto.

Se exceptuará la procedencia del perdón del ofendido si se trata de los delitos de violencia familiar, o equiparable a la violencia familiar, cuando sea en perjuicio de una persona de doce años o hasta menor de dieciocho años de edad y que se le haya ocasionado daño psicológico; o el de lesiones de las calificadas legalmente que no ponen en peligro la vida y tarden en sanar más de quince días; de las que sí ponen en peligro la vida y tarden en sanar más de quince días, o lesiones calificadas. También se exceptuará cuando la víctima sea persona menor de doce años de edad si se trata de los delitos de violencia familiar, equiparable a la violencia familiar, o se incurra en el delito establecido en el artículo 306 bis 1, fracción I, cuando cause daño psicológico, el establecido en la fracción II o en el delito de lesiones a menor de doce años de edad sea calificado.

En los delitos de violencia familiar, equiparable a la violencia familiar, lesiones, o lesiones a menor de doce años de edad, en estos dos últimos casos cuando la víctima sea cualquiera de las personas a que se refieren los artículos 287 bis o 287 bis 2, en los supuestos que proceda el perdón del ofendido, cuando la víctima o quien esté facultado para otorgarlo lo lleve a efecto, operará el mismo con el carácter de condicionado, otorgando la libertad al sujeto activo del delito si se encuentra privado de ella, pero no se extinguirá la acción penal hasta que el inculpado o procesado se someta a tratamiento integral dirigido a su rehabilitación médico-psicológica y se resuelva la misma mediante dictamen pericial, expedido por el especialista en la materia que llevó su tratamiento. El beneficio de la libertad otorgada por esta causa se perderá cuando:

- a. Se negare a continuar el tratamiento o por cualquier motivo lo suspendiera, salvo por una causa grave a juicio del Ministerio Público o el juez;
- b. Dejare de asistir a dos o más sesiones de tratamiento sin causa justificada a juicio del Ministerio Público o el juez; o
- c. Incurriere durante el proceso de tratamiento en conductas que se puedan tipificar como violencia familiar, equiparable a la violencia familiar, lesiones, o lesión a menor de doce años de edad en contra de la víctima o de los parientes o personas a las que se refieren los artículos 287 bis o 287 bis 2 respecto a la misma.

Todo esto significa —repito— que por muchos años el perdón de la víctima ha sido una modalidad extorsiva que introdujo, equivocadamente desde la querrela, el sistema de justicia penal en México. Hay mucho que curar en ese procedimiento. En mucho debe pedir perdón el legislador federal y el local a las víctimas y ofendidos. No extraña, ante tanto error, que el perdón de la víctima sea otro de los procedimientos que se han corrompido en el proceso penal mexicano.

Para mayor abundar en estos argumentos basta analizar las normas, en cada uno de los códigos penales, relacionadas con la extinción de la acción penal. Debe hacerse en presencia de los delitos que permiten el “perdón”, como modalidad de extinción, con la finalidad de obtener una noción del escenario de injusticia que se produce. Por ejemplo, el estado de Chiapas dispone en el artículo 118 que “el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal del estado respecto de los delitos que se persiguen por querrela; el perdón deberá otorgarse ante el Ministerio Público si éste no ha ejercido la acción penal o ante el órgano jurisdiccional hasta antes de que cause ejecutoria la sentencia”, y en el artículo 122 que

...en los casos en que el Ministerio Público o el juzgador estimen por cualquier causa que el otorgamiento del perdón no es espontáneo y que puede

obedecer a cualquier tipo de presión, amenaza o coacción, procederá, según el caso, de la siguiente manera:

I. Cuando se trate del juzgador, postergará su resolución y solicitará al Ministerio Público que realice una investigación exhaustiva de las circunstancias en que el ofendido ha decidido otorgar el perdón, una vez rendido el informe correspondiente el juzgador resolverá lo conducente, decretando la extinción de la acción penal o de la potestad del Estado para la ejecución de la acción penal o de la potestad del Estado para ejecución de penas o medidas de seguridad, o bien, negará en resolución debidamente fundada y motivada la procedencia del perdón por encontrarse viciada la voluntad del ofendido y dará vista formal al Ministerio Público para el inicio de la indagatoria que corresponde.

II. Cuando se trate del Ministerio Público, postergará su resolución y ordenará a la policía bajo su mando que realice una investigación exhaustiva de las circunstancias en que el ofendido ha decidido otorgar el perdón, una vez rendido el informe correspondiente el agente del Ministerio Público resolverá lo conducente, decretando la extinción de la acción penal o el no ejercicio de la acción penal según corresponda, o bien negará en resolución debidamente fundada y motivada la procedencia del perdón por encontrarse viciada la voluntad del ofendido y dará inicio a una diversa investigación por los delitos que llegaren a configurarse.

A pesar de esa “sospecha” de falta de espontaneidad, el artículo 119 del mismo estado de Chiapas permite el perdón “cuando la sentencia haya causado ejecutoria”, caso en el cual “el ofendido o la persona legitimada podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón por delitos perseguibles por querrela, la cual deberá decretar la extinción de la potestad del Estado para ejecutar penas y medidas de seguridad, ordenando la inmediata libertad del sentenciado”.

VII. CONCLUSIÓN

No quiero concluir, porque apenas empiezo con este tema.

Es claro que la víctima y el ofendido tienen un derecho constitucional, aun en delitos que con seriedad se persigan por querrela, a que el Ministerio Público ejerza la acción penal pública.

No se ignore que conforme al artículo 21 de la Constitución Política, luego de que la “investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública.

Por eso, de lo que hemos estudiado es posible concluir, o adelantar como criterio, que en materia de querrela es necesario sentarnos, borrar todo, pedir perdón y empezar de nuevo. Se trata de un proyecto que se propone ahora, cuando apenas empezamos, aunque ya se tengan muchos años de querrela y muchos años de perdón de la víctima.

Si no se hace así, es posible que sigamos arrastrando errores y creando la inseguridad jurídica y la inseguridad social, las formas extorsivas del derecho penal, y los modos de “negociación” de los resultados del delito que han producido esa apertura del “perdón” de la víctima.

TEXTURA ANALÓGICA DE LO SUYO EN EL CONCEPTO DE JUSTICIA

José de Jesús LEDESMA*

La indagación acerca de la analogía siempre es de gran utilidad por su aplicación, y es que el concepto mismo de derecho es de carácter analógico. Su propia polisemia nos muestra significados que se encuentran referidos y enlazados. Considero que el analogado primero o analogado príncipe en el concepto de derecho es el poder de exigencia que corresponde al sujeto activo de la relación jurídica. Por ello, al orden jurídico se le connota más como la atribución de lo que es debido que, como una normatividad fundante.

Comenzaremos aprovechando una analogía clásica que se encuentra en el Nuevo Testamento, específicamente en el evangelio de Mateo.¹ Se nos narra que en alguna ocasión Jesús encontró a dos pescadores, a Pedro y a su hermano Andrés, y les dijo: “Síguenme y yo los haré pescadores de hombres”. Es interesante detenernos un momento a intentar entender qué significó esa frase de “pescadores de hombres”. Al pez se le engaña con el anzuelo o se le atrapa con astucia o por la fuerza, se trata de tenerlo y hacerlo propio para alimentarse con él. Es bueno reparar en que al alimento en sentido propio, se le ingiere para que nos nutra y forme parte de nuestro mismo ser. La pesca de los hombres es algo mucho más solidario que se inscribe en la dimensión más profundamente comunitaria.

Debemos notar que la vida comunitaria, entendida como vocación de ser y de hacer, está inscrita en la naturaleza racional. La persona está llamada a vivir en unión de otros seres y establecer con ellos diversas relaciones. La persona humana es en sí misma una tensión hacia otros seres racionales, es vida comunitaria.

Jesús, por su parte, se refiere a convencer y evangelizar a los otros hombres, no para apoderarse de ellos, al contrario, para formar una comunidad

* Director del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ 4, 18-22. Corresponde con Marcos 1. 14-20.

con destino trascendente. Ciertamente se está empleando una analogía de atribución, “pescar a un hombre” significa hacerle participar de verdades grandes, no se busca apresararlo ni servirse de él; al contrario, comunicarle un verdadero espíritu de vida infinita. Se parece a la pesca, ya que se va en busca de él; se parece al anzuelo, ya que hay que persuadirlo con grandes razones. Ni univocidad estrictamente lingüística ni tampoco una equivocidad extrema que anule las diferencias. Por lo demás, debe apreciarse cómo gracias a la analogía se embellece el lenguaje, alcanzando un poder poético altamente persuasivo y una elegancia y precisión inigualables.²

En el empleo de esa analogía se aplica lo similar, que es una ingeniosa combinación de lo diferente con lo diverso, con lo opuesto. La red que atrapa a los peces es auténticamente tal. La red que puede atrapar a los hombres debe ser la palabra evangélica y ahí reside lo semejante, que es también diferente. Se aplica a todos de una manera que va cambiando y adaptándose a cada uno. Con esto no sólo se respeta sino que se promueve la individualidad personal. No perdamos de vista, bueno es insistir en ello, que la analogía procura un método discursivo en el cual se va de lo particular a lo particular.

La palabra del convencimiento se dirige al corazón y le habla a cada uno de la modelación de su ser, de su futuro y de su total realización en la vida del espíritu.

Entendemos que “lo suyo” de cada uno de los sujetos jurídicos del universo del derecho incluye un componente claramente analógico, ya que lo de cada uno es proporcional, como se afirmó arriba. Esto quiere decir, como se afirma a menudo, que la justicia clama por soluciones semejantes para casos semejantes. Sabemos bien que analogía es “según proporción”. Esto corresponde a un aspecto cuantitativo y a otro cualitativo. Veamos cada uno y después su forma de integrarse.

Es cierto que ya encontramos desde nuestra Constitución Política alusión directa a la proporción. El artículo 22 establece como derecho para los gobernados que la pena sea proporcional al delito que sanciona y al bien jurídico tutelado.

La proporción es, por su propia esencia, una relación de similares entre cantidades; se trata de un *quantum* como cuando se van determinando las porciones hereditarias en la sucesión intestamentaria en cumplimiento de lo dispuesto por la ley. Recordemos el caso del cónyuge sobreviviente que

² Favor de regresar para relacionar estas ideas con la empatía, entendida como auténtica identificación con el otro; mientras el grado de dicha identificación sea más intenso, mayor, la citada empatía será más real. Esto se aplica también al amor verdaderamente puro y desinteresado de recibir algo del amado.

concorre con hijos. Se determina que en caso de separación de bienes dicho consorte supérstite herede la porción que corresponda a un hijo si carece de bienes propios, y en caso de tener un patrimonio inferior a la porción de un hijo, sólo heredará la cantidad necesaria para igualarla. Estamos refiriendo el artículo 1624 del Código Civil Federal. Empero, la aplicación cuantitativa de la proporción ofrece ejemplos continuos dentro de un catálogo inagotable en todos y cada uno de los ámbitos del derecho.

Pero en la proporción también está presente un aspecto modelador de ella que es de índole cualitativa. Estamos así en presencia de que al titular del derecho subjetivo se le reconozca en el más cabal sentido de la expresión, precisamente aquello que le es debido. Véase que ya en el viejo derecho civil romano se conocían los derechos irrenunciables y además que el deudor debía satisfacer en el acto del pago, precisamente lo que adeudaba y no otra cosa, salvo que por disposición legal o acuerdo expreso de las partes se conviniera lo contrario, configurándose así la dación en pago.³

En este punto de la exposición debemos preguntarnos qué clase de analogía se aplica en el caso de la proporción: será acaso la de proporcionalidad o la de atribución. Es ésta una cuestión fundamental que debemos despejar antes de proseguir nuestro camino.

Ya los juristas romanos se ocuparon de construir extensiones por analogía de la persona del acreedor para efectos de reconocer la validez del pago, es decir, para precisar quién debe ser considerado como legítimo beneficiario de la satisfacción debida.

Un caso por demás interesante en la línea arriba comentada lo encontramos en el derecho romano clásico, nos lo conservan las fuentes en materia de validez del pago. Cuando las fuentes se ocupan del pago que normalmente debe hacerse al acreedor o a su representante. En esta última denominación se incluye al mandatario, al tutor, curador o al procurador; podía tratarse de una persona capaz encargada por el mismo acreedor precisamente de recibir lo debido y después rendirle las cuentas respectivas: *adiectus solutionis causa*. Desde luego el pago es válido y debido cuando se hace también al acreedor solidario.⁴

En la cotidianeidad romana debió presentarse el caso de que el deudor o su representante acudiera a pagar y en la *domus* del acreedor se encontrara

³ Nos referimos al principio de la exactitud material en el pago, elemento fundamental de su validez, dado que se trata del objeto jurídico que es debido. De esa manera se garantiza al propio acreedor la mejor posibilidad de ser satisfecho conforme con el objeto adeudado. Desde ahora importa notar que la proporción tiene también un aspecto cualitativo que está presente en este caso, aludiendo justamente a lo que debe ser solventado.

⁴ En caso de solidaridad también entramos al reino de la proporción.

con su *vicarius*, esclavo principal y administrador. Dentro del ámbito de la buena vida y en apoyo a una apariencia fincada en la realidad, a ese esclavo se pagaba y dicho cumplimiento era considerado válido.⁵ Se trata en palabras del jurista Ulpiano extraídas de su libro 28 al Edicto, del *servo pecuniis exigendi praeposito*. Más tarde esta disposición ha sido vista como que dicho esclavo fuera una verdadera prolongación del bolsillo de su señor, que es el acreedor.⁶

Es muy apreciable admirar de nueva cuenta en el caso arriba referido, el realismo de los juristas romanos que acuden a explicaciones que pueden parecer infantiles pero que no lo son. Verdaderamente sustentan sus abstracciones en la experiencia y en la razón. El hecho de que empleen estas metáforas nos dice que buscan ejercer su poder de convencimiento, quizás auto y heteroconvencimiento, que penetra de tal modo en su modo de pensar que ya con el paso del tiempo resulta totalmente innecesario.

“Lo suyo”, entendieron los romanos, no puede ser subordinado a las formas estrictas que han sido concebidas por seguridad jurídica y también como resultado del temperamento propio de una época. Lo suyo como concepto, como realidad existencial, es un imperativo supra-ordinador en nuestra disciplina. Así ocurrió con el llamado principio del acto contrario que postulaba que a la obligación generada por una determinada fuente debía oponerse, para validar su disolución, una forma extintiva que desde el punto de vista de su estructura externa, fuera opuesto a aquella fuente. Sólo así podía entenderse para el *ius civile* que el vínculo de la obligación hubiera quedado verdaderamente disuelto. De esa manera, a una obligación generada *verbis* habría de oponerse la expresión, igualmente verbal, del acreedor de haber quedado satisfecho. Dígase lo mismo de la literalidad, la entrega de la cosa y aun de las obligaciones nacidas sólo del consentimiento.⁷

El sustento lógico del principio del *contrarius actus* se entiende si apreciamos que en una época de rigor en la forma expresiva del consentimiento,

⁵ Tengamos presente que el derecho nace de la vida misma y es vida. Los romanos insisten siempre en que el derecho brota de las costumbres buenas en sentido propio: *bonos mores*.

⁶ D.13.7.11.5. Puede verse Margadant, *Derecho privado romano*, p. 374. Caso muy distinto, aunque también liberatorio, es el del pago hecho a un falso apoderado, si el acreedor había sido el causante del error, creando así la falsa creencia. El falso acreedor comete *furtum*. Esa consideración del vicario como una prolongación del bolsillo del acreedor es a las claras una analogía de atribución que con bastante elocuencia pretende fundar la legitimidad del pago hecho a dicho vicario. Se trata del *servus vicarius* del derecho romano privado. Esta figura pasó al derecho público con gran desarrollo en Roma, C.1.38, y de ahí al derecho medieval y de modo destacado al derecho canónico.

⁷ D. 50.17.35.

la disolución del vínculo obligacional está conectada con la fuente que la originó. Esta especial concepción puede explicarse por la idea de oposición que debía fomentarse y practicarse entre el surgimiento y el perecimiento de la obligación. No lejos de esta explicación reside el cultivo al principio de simetría que para los romanos de estos tiempos había sido transpuesto de la arquitectura a los terrenos abstractos de la vida del espíritu. Con la vida de este principio no únicamente se embellece el orden jurídico sino que queda fortalecido, ya que la “simetría” es en sí misma igual medida, por lo que estamos frente a la vida misma de la proporción,

Puede apreciarse que la noción clásica que los juristas romanos forjaron del divorcio está sustentada en la cesación o interrupción de la *affectio maritalis*, cesación que implica y explica el *actus contrarius* en cuanto se le haga saber al otro cónyuge, sea *per litteras* o *per nuntium*, para los efectos del divorcio.⁸

Es verdad que en ocasiones la palabra repudio es reservada por los clásicos para aludir al divorcio por voluntad de uno solo de los consortes, y divorcio para expresar que ambos desean la disolución del vínculo.⁹ Empero, en todo caso se aprecia que si el matrimonio romano ha surgido de la *affectio maritalis* como quedó asentado arriba, y ésta ha cesado, aun por uno solo de los esposos, se configura el acto contrario a dicho matrimonio *in factum et in fieri*.¹⁰

Es en este punto de la presente investigación que emerge la cuestión que deseamos comentar. Se trata de la aceptilación, que fue una fórmula verbal inversa a las fuentes obligacionales verbales, en la cual el deudor interrogaba a su acreedor para que éste le respondiera que se daba por satisfecho de aquello que le debía el primero. Detrás de esta práctica podía haberse dado efectivamente el pago, esto es, el acto solutorio que por lo mismo es satisfactorio para el acreedor, o no haberse dado.¹¹

La observancia del acto contrario no fue elevado a la categoría de una norma o de un principio general, más bien se trató de una práctica, espe-

⁸ En D. 50.16.101.1, Modestino explica el significado de divorcio. En D. 24.2.2.pr, aprendemos que la estructura de “divorcio” deriva de transitar ya no por vía común sino por caminos diferentes, *divertunt*.

⁹ Véase Gordillo con referencia a las fuentes y a la doctrina romanística en su p. 284. Ya Gayo nos informa en I. 137, que ya desde la época final de la República la mujer tenía la facultad de divorciarse por su solo querer. Sabido es que ya en tiempos posclásicos se emprenderán diferentes medidas para limitar el divorcio en muchas hipótesis, sin que éste llegue a desaparecer.

¹⁰ Es decir que el matrimonio puede ser visto como en su mismo proceso de formación o a lo largo de su vigencia.

¹¹ Gayo nos informa de la liberación del deudor en los negocios *per aes et libram* y del *nexum* a través de la *nexi liberatio*.

cialmente en cuanto abundaron formas de obligarse en época posclásica. En efecto, con la difusión venturosa de la acción y de la excepción de dolo desde el siglo I a.C., el *actus contrarius* dejó de ser un requisito indispensable, ya que el deudor podía alegar en juicio el dolo de un actor que pretendiera cobrar una prestación ya extinguida jurídicamente sin el cumplimiento preciso de ese acto contrario.

Para romper el rigorismo de ese acto inverso o contrario, los juristas romanos acuden a una solución en la cual se invoca un pago imaginario en el que se hubiera acatado la idea simétrica del acto contrario a la fuente que produjo el nacimiento de la obligación. Se acude a una *imaginaria solutio*. En esta expresión, el adjetivo “imaginaria” significa evocar imágenes, experiencias conocidas independientemente del objeto presente. Se quiere, a todas luces, suponer que ha ocurrido lo que la tradición rigorista del *ius civile* imponía, aun sabiendo que no es así.¹² Esto porque se ha entendido que este rigor es innecesario en estricto acomodo con la justicia. La razón se finca en el deseo claro e inequívoco de las partes.

El componente analógico está a la vista. La analogía está presente aquí por un acto de memoria que sabe, retiene y reproduce algo ya experimentado y cuyo solo recuerdo otorga razón suficiente a esta novedad. Ya no es preciso que el pago, como acto contrario de la producción de la obligación, se cumpla de modo literal. Ahora basta entender el acuerdo de las partes como sustento suficiente de este cambio disolutorio del vínculo. Gracias a la analogía, la significación de pago es un poco más equívoca sin apartarse de su significado propio. Se ha logrado no restringir la idea jurídica de solución del vínculo a su literalidad. Se busca evitar el univocismo, ya que no permitiría comprender otras hipótesis, tampoco disolverla en una equivocidad pervertidora que destruya la idea de satisfacción del acreedor. He aquí los principales textos jurídicos que encontramos al respecto.

Veamos. Gayo conserva pistas que permiten asegurar la clasicidad de la figura, I. 3. 169. D.46.4.16 pr. La *acceptilatio* vale también para formalizar la extinción de obligaciones que han sido remitidas. Gayo mismo nos recuerda, en 3.170, que si las obligaciones que quieren extinguirse proceden de causas no sólo verbales, era posible llevar a cabo una previa estipulación

¹² Véase particularmente de Aristóteles su De anima III, 3 y de modo especial III, 428b, b26. La imaginación, por sus componentes intelectuales, es menos precisa que cuando es vista, empero, gracias a que fue vista es posible imaginarla. Como fenómeno humano lo imaginario acude en parte a la realidad conocida que el sujeto reelabora gracias a su creatividad. Los romanos fueron especialmente creativos en atención a su temperamento activo e inclinado a lo pragmático.

novatoria que las transfunda en una obligación verbal cancelable por medio de la aceptación.¹³

La anterior exigencia pero también posibilidad que nos transmite Gayo permite entender los esfuerzos que en plena época clásica hacía la jurisprudencia romana por quebrar los residuos del formalismo aún subsistente. Lo importante es reconocer cómo se va afirmando la voluntad de las partes que responde a la realidad convencional y jurídica. Aquí es donde emerge con fuerza y claridad “lo suyo”, que desde las fuentes reales, el propio orden normativo, no sólo reconoce sino que garantiza a través de su técnica. De ese modo queda claro que es el derecho tutelador del valor justicia y pertenencia, se acomoda a tal realidad y coloca su instrumental a tal servicio. De ese modo lo expresa con claridad y también con elegancia D. 50.17.1.

Así, podemos apreciar cómo el Código Civil de Puebla ha aprovechado la experiencia habida en el derecho romano al establecer en su artículo 3115 que es hijo póstumo: el nacido después de la muerte del testador (fracción I) y el nacido en vida de su padre o de su madre después de que aquél o ésta hayan otorgado testamento (fracción II). De este modo, el legislador poblano aplica la analogía de proporción para reconocer el derecho del hijo. No se trata en la fracción II en rigor de un póstumo ya que ha nacido estando vivo su progenitor o progenitora, empero se ha tomado en consideración la fecha de otorgamiento del testamento.¹⁴ Éste queda sin efecto por caducidad siguiendo lo dispuesto por el numeral siguiente y de esa manera se abre la sucesión *ab intestato*.

El lenguaje jurídico ha ampliado su propia semántica a partir de la ley romana Velleiana. La posterioridad que aquí es importante tener en cuenta para proteger “lo suyo” es la fecha de la suscripción del testamento y no el momento del nacimiento del descendiente. El orden normativo presume de modo irrefutable el error del testador al no haber podido prever el advenimiento del hijo, por ello dispone la apertura de la sucesión intestamentaria.¹⁵

Se anota que ha sido rica e insustituible la aportación del positivismo, especialmente del neopositivismo lógico, que ofrece gran riqueza con su

¹³ Véase también D. 2,15.4 e I de Justiniano, 3.29.2. Gordillo Montesinos, p. 694. Debe tenerse presente que la *acceptilatio* no admite término ni condición. D.12.15.4. Si dicha aceptación es inválida por razones formales puede valer como mero pacto de remisión, D.2.14.27.9. El mismo Digesto nos recuerda que la mujer siendo acreedora no puede válidamente extinguir una deuda sin la *auctoritas* de su tutor, D.46.4.2. En cambio, el pupilo que es deudor no necesita tal autorización para ser liberado por su acreedor.

¹⁴ Testamento que no fue revocado, pues en tal caso ya no lo sería.

¹⁵ Debe apreciarse el corrimiento de las fechas concepción del hijo-nacimiento, hacia otorgamiento del testamento no concebido aún el hijo-concepción y nacimiento del hijo-muerte del testador. Ahí estriba la analogía.

giro hermenéutico para encontrar una noción actualizada de derecho natural que sustente correctamente los derechos humanos. Corral ha expresado que el “derecho natural constituye el saber filosófico e inmutable de lo mutable”¹⁶.

Se produce por tanto una sinergia, un verdadero compuesto entre las dos corrientes. Una emana de la historia, es mutable y ve hacia la realización del derecho como vida efectiva.¹⁷ La otra inspira con la fuerza de la razón las orientaciones que no se proponen sólo al grupo comunitario para su subsistencia y desarrollo, sino que la racionalidad humana las impone. De esta combinación, por demás humana, surge algo mestizo¹⁸ que es el derecho en cuanto tal, referido a un contexto preciso. De ese modo la historia jurídica ha contribuido desde su percepción singular al entendimiento de lo variable y la filosofía asume razones, explicaciones y comprensiones de orden permanente.

En el seno de ese orden permanente palpita el sentido de la justicia distributiva a fin de que como explica el predicador,¹⁹ “...no se trata de que los demás vivan tranquilos mientras ustedes están sufriendo. Se trata más bien de aplicar durante nuestra vida una medida justa, ya que así, la abundancia de ustedes remediará las carencias de ellos, y ellos por su parte, los socorrerán a ustedes en sus necesidades...”. Y ahí precisamente es donde podemos degustar el sentido analógico y distributivo de la sabiduría cósmica. Agrega en el mismo sitio Pablo de Tarso: “Al que recogía mucho, nada le sobraba; al que recogía poco, nada le faltaba”.

Si nos adentramos más aún en las honduras de “lo suyo”, podemos apreciar que ahí se encuentra la idea de un orden universal de ajustamiento de la misma realidad del cosmos, particularmente del cosmos personal. Se aprecia, por lo mismo, un nexo inescindible entre las exigencias de la justicia distributiva y la actualización de lo suyo de cada uno. Es esa la exigencia implacable de la misma realidad ontológica de la persona. Veamos ensegui-

¹⁶ Véase esta voz en el *Diccionario de Derecho Canónico* citado.

¹⁷ Es muy interesante que algunos juristas, cual es el caso de Villoro Toranzo en su *Introducción al derecho*, emplean la expresión “derecho muerto” para aludir a las normas vigentes que son general o continuamente desacatadas. Esta analogía de atribución que se hace hacia el derecho es oportuna, rica y precisa en el decir. De esa manera se logra evadir la antiquísima expresión introducida por Calcidio de *ius positum*, derecho positivo. Puede consultarse del autor de este escrito *El cristianismo en el derecho romano*. Véase el inciso relativo al lenguaje analógico del derecho.

¹⁸ El tema de lo mestizo ha atraído de modo muy cundo la atención de Beuchot desde su hermenéutica analógica.

¹⁹ De la segunda carta de Pablo a los corintios 8.7.9. 13-15.

da de qué manera la proporcionalidad se desprende inexorablemente del ser personal.

Queda aún por hacer algún apuntamiento respecto a los conceptos dentro de la analogía, de proporción y equidad. Ya hemos asentado que la proporción establece una relación numérica que guarda en su relación una cierta simetría.²⁰ La equidad, por su parte, busca administrar y garantizar “lo suyo” de cada uno mirando a las circunstancias de modo que caracterizan a los titulares del respectivo derecho. De ese modo, el artículo 31 de nuestra Constitución, en su fracción IV, establece que es obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos... de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. De tal manera que en este precepto se están declarando estas dos cualidades de las obligaciones fiscales. ¿Cuál es pues la diferencia entre lo proporcional y lo equitativo? Lo proporcional, como se ha visto, es un derivado de la justicia en virtud del cual se rigen y aplican las normas propias de la justicia distributiva. De esa manera, el que tiene más debe contribuir con algo proporcional. Quien tiene menos concurrirá a cumplir en la medida respectiva a partir de la base gravable. Por ello se establecen cuotas o tarifas progresivas.

Por su parte la equidad es una exigencia de la misma justicia que impone la obligación de tratar a cada uno de conformidad con sus propias circunstancias, tanto de orden intrínseco como extrínseco. Dentro de las primeras estarían las capacidades diferentes, la instrucción y demás peculiaridades de la persona. Por lo que hace a las segundas, vienen determinadas por las circunstancias de modo, tales como la pobreza, la ignorancia y otras. De forma tal que el tratamiento que el derecho otorga a los contribuyentes en el modo de hacer efectivo su deber, varía teniendo en consideración su realidad misma.²¹

Encontramos también en el Código Civil del Distrito Federal textos como el artículo 17, en el que se contienen los dos valores: la proporción y la equidad. Se refiere a la obtención de un lucro que sea evidentemente *desproporcionado* a lo que él por su parte se obliga; el perjudicado tiene derecho a pedir la nulidad del contrato o la reducción *equitativa* de su obligación. En este caso de lesión derivada del contrato, se conjuntan ambas nociones. Otro tanto acaece en la declaración que en materia fiscal hallamos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución. Por su parte, los artículos 1796

²⁰ Tal es el actual principio de la representación proporcional en materia de la propia representación política de diputados y senadores.

²¹ Las diferencias pueden ser además de la hipótesis de causación, fecha de pago, objeto, base, gastos deducibles y otros.

ter, 1845, 2395 del propio Código Civil ameritan también algún comentario en referencia con las nociones de proporción y equidad.

A menudo los especialistas en derecho fiscal se han ocupado de contrastar estas dos nociones a propósito del invocado precepto constitucional, empero, es preciso hacerlo también desde la óptica de la semántica jurídica. Ciertamente los dos conceptos son derivados de la justicia misma, que es en buena parte medida y, por ello, proporción, pero también debe mirar las circunstancias, las modalidades propias de cada caso singular para que desde la llamada justicia social se otorgue un trato igual a los iguales y desigual a los que así lo son. En este último principio se contiene la vinculación que hay entre proporción y equidad. La primera alude principalmente a una relación cuantitativa en la que se conserva una relación numérica entre proposiciones relacionadas. Mientras que la equidad mira de manera más enfática a lo cualitativo, a las circunstancias que, como expresamos arriba, requieren tratos diferenciados a fin de que impere la justicia.

Cerramos el texto acerca de “lo suyo” con una referencia y con una alabanza hacia el pensamiento helénico que aportó importantes elementos para que más tarde fuera definida la justicia y, derivadas de ella, la proporción y la equidad.

“Lo suyo”, tal como ha sido leído y entendido desde Simónides, implica encontrar “una conveniencia”,²² aquí ya está la necesaria paridad pero especialmente la compatibilidad que no sólo dice alteridad, es decir diversidad, dice también proporcionalidad y equidad, ya que se trata de una conveniencia, en el caso de la experiencia humana en el derecho, de orden onto-antropológico y axiológico, mira al ser y a su propio crecimiento. Ya Simónides de Ceos hacia mediados del siglo VI a.C., estando en la corte de Hierón de Siracusa, en su poesía lírica, antes aún de Píndaro, se preocupa de la justicia y sus ideas serán aprovechadas y desarrolladas en la ulterior cultura mediterránea. Cicerón y Quintiliano lo recordarán como fundador de la mnemotecnia. Ha quedado immortalizada la siguiente expresión de Simónides, pintor muy celebrado entre sus contemporáneos: “La poesía es pintura que habla, la pintura es poesía muda”.²³

²² Gómez Robledo, *Meditación sobre la justicia*, capítulo final en el que trata de la epifanía de la justicia.

²³ *Idem*. Horacio asentará: *ut pictura poesis*. Esta temática es muy importante para el entendimiento cabal de la estética fundada por los griegos. Es interesante y creativo apreciar hasta dónde puede llegar en la analogía el juego de comparativos.

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A UN TERRITORIO. ALCANCES Y LÍMITES ANTE LAS CONCESIONES MINERAS. EL CASO DE WIRIKUTA

Ma. Carmen MACÍAS VÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El pueblo de Wirikuta y sus territorios ancestrales.* III. *Exposición del problema.* IV. *Marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas a un territorio.* V. *Las concesiones mineras.* VI. *El derecho social entre lo público y lo privado. Las presiones de la globalización.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El espacio territorial, lugar donde se asientan los pueblos, en general, ha sido a lo largo de la historia un asunto de gran trascendencia. En el caso de México, reviste especial importancia debido a los propios antecedentes que configuran la identidad mexicana.

La reorganización en la tenencia de la tierra que estableció el Constituyente de Querétaro en 1917 brinda la oportunidad de establecer las bases jurídicas para regular la propiedad de la tierra bajo el objetivo fundamental de combatir el latifundismo operante en el país. La distribución de tierras a los originales permitió que la población que conformaba los grupos étnicos, por fin, obtuvieran la devolución de las tierras que poseían en la época precolonial. Con la regulación del artículo 27 de la Constitución de 1917, parecía ser que colmaba las exigencias y demandas de la mayor parte de la población que vivía y trabajaba del campo, lo que en realidad ocurrió pero para una época determinada. La restitución y dotación de tierras que a partir de ese momento se efectuaron, tanto a nivel federal como estatal, contribuirían al reconocimiento de ciertos grupos sociales sobre todo de los

* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

grupos indígenas u originarios a los cuales se les adjudicaron tierras, como una forma de hacer justicia social.

Los derechos de los pueblos indígenas a un territorio, a preservar su cultura, tradiciones, usos y costumbres, a un idioma, a aprovechar sus recursos naturales, a elegir sus propias autoridades, etcétera, constituyen un conjunto de presupuestos jurídicos que a pesar de estar reconocidos tanto en la Constitución como en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por el Ejecutivo Federal, y siendo éste el principal responsable del cuidado y protección de estos grupos originarios, paradójicamente aparece como el principal trasgresor de las normas protectoras de estos grupos sociales.

Este trabajo se centra en el análisis del derecho de los pueblos indígenas a un territorio, que como bien se sabe está establecido en la Constitución, pero el concepto al que nos referimos con motivo del caso de Wirikuta es precisamente el de “territorios” o también llamados “territorios tradicionales”, que debe incluirse en el término de “territorio”, señalado en diversos ordenamientos jurídicos como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De tal suerte que se hace necesario tratar dicho tema para poder abordar la interacción e implicaciones de los diversos órdenes jurídicos: derecho social con el derecho público y el derecho privado (empresas beneficiarias de las concesiones).

En ese sentido, el objetivo de este proyecto de trabajo consiste en el estudio de los principales documentos jurídicos nacionales e internacionales que reconocen el derecho a los territorios de los pueblos originarios y la probable trasgresión derivada de las concesiones administrativas de explotación minera que el gobierno federal realiza en atención al desarrollo económico basado en la inversión extranjera.

El caso que se presenta es el de Wirikuta, sus derechos como pueblo y el de sus integrantes, así como su supervivencia. En ese entendido, la problemática que vive el pueblo de Wirikuta nos parece relevante en el sentido de que constituye un antecedente que debe tomarse en cuenta en el otorgamiento de concesiones mineras sobre terrenos en los que se sitúen o asienten comunidades indígenas, o bien que culturalmente son considerados espacios religiosos y que abarcan extensiones de tierra que incluyen a varios estados.

Llama la atención que desde tiempo atrás los miembros del pueblo de Wirikuta habían denunciado sobre la explotación minera de sus territorios a partir de las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, a lo cual no habían obtenido respuesta, y no es sino hasta que organizaciones civiles y artísticas toman partido solidarizándose con este pueblo mediante la cele-

bración de diversos actos: foros, encuentros, etcétera, lo que hace que el Ejecutivo Federal reaccione y se pronuncie a no otorgar más concesiones en la zona; no obstante, preocupa que la declaratoria no se hace extensiva para los demás pueblos que se vean afectados en sus territorios por la explotación minera.

II. EL PUEBLO DE WIRIKUTA Y SUS TERRITORIOS ANCESTRALES

Wirikuta es una zona desértica en la parte norte de la República mexicana, en el altiplano del estado de San Luis Potosí. Wirikuta es parte del territorio del Pueblo de Wixárika, integrado por miembros situados en algunas zonas de los estados de Nayarit, Jalisco, Durango y San Luis Potosí, considerado como “uno de los pueblos que ha logrado conservar con mayor arraigo su cultura: los huicholes o wixaritari, término en plural con el que se autonombran en su propia lengua y que se lee wi-shra-rita-ri”.¹ Este pueblo ancestral, ubicado en una extensión de tierras mucho mayor de lo que ahora se reporta, ocupó desde lo que actualmente se conoce como Lago de Chapala, en Jalisco, Nayarit y de San Luis Potosí, hasta el estado de Durango. Territorio que se fue modificando a partir de la época de la Colonia hasta después de la revolución Mexicana, sobre todo a raíz de los múltiples decretos presidenciales e invasiones que cada vez achicaban su extensión. Wirikuta es un lugar sagrado, un gran templo hacia el cual “tradicionalmente realizan un recorrido para buscar el peyote (híkuri, en lengua wixárika) y cumplir con las ceremonias que dedican a sus dioses, es el lugar donde nació el Sol y es el lugar que guarda mayor significado ritual de acuerdo a la cosmovisión de los wixaritari”.²

Otras referencias sobre Wirikuta son las que la consideran como parte de un pueblo histórico y místico conocido como Huichol, que se asienta en el Gran Nayar.

Aún no es posible determinar con exactitud desde cuando existe El Nayar como tal; se puede remontar hasta finales del siglo XVI, época en la cual los territorios circunvecinos (la costa, el Altiplano de Jalisco y Nayarit y la meseta central) eran ya controlados por la corona española... Los huicholes ocuparon una posición limitante entre la frontera de San Luis de Colotlán, territorio militarizado y administrado por el gobierno virreinal, y el Reino

¹ García, Ana Esther, *La conservación del desierto de Wirikuta, territorio del pueblo de Wixárika*, disponible en: <http://www.ecoportal.net/content/view/full/21225> (consultado el 20 de agosto de 2012).

² *Idem.*

del Nayar, pequeño enclave indígena aún independiente, gobernado por un linaje cora de tonatis (“soles”) desde su capital en la Mesa del Nayar. Entre los huicholes occidentales existe importante influencia cora, y hasta la fecha se observa una proximidad cultural más acentuada con dicho grupo.³

La evangelización al pueblo huichol constituye una parte importante en su historia, pero tal como ocurrió con otros grupos originarios de la república mexicana, se resistieron y a pesar de la imposición de la fe católica de que fueron objeto no se alejaron de sus propias creencias, deidades y costumbres, resultando una combinación cultural-religiosa que prevalece hasta nuestros días.

Si bien la historia de la comunidad Huichol es muy importante, no obstante, para efectos de desarrollar el tema propuesto, resultan relevantes los datos sobre la posesión o derecho que tenían sobre sus tierras en ese sentido, se dice que: “A finales del siglo XVIII, los pueblos huicholes recibieron títulos, que hasta la fecha son el fundamento legal de la propiedad comunal de la tierra y definen los límites de cada comunidad”.⁴ Situación que vino a ser perturbada durante el gobierno de Porfirio Díaz, con los trabajos de las compañías deslindadoras, que presionaron a los huicholes con la expropiación y venta de los territorios de la sierra bajo el pretexto de catalogarlas como tierras baldías.⁵ En ese tenor,

...la Revolución Mexicana posibilitó la defensa de las tierras comunales; en cambio durante la Cristiada (1926-1929 y 1935-1940) las comunidades se aliaron con distintos bandos y pelearon entre ellos, por esto, muchas familias huicholes de Jalisco emigraron hacia tierras nayaritas y duranguenses (El Colorado de la Mora, Sitacua, el ejido Salvador Allende, Roseta y Zoquipan, en Nayarit, y Bancos de Calítique y el Potrero en Durango).⁶

El desarrollo de estos grupos sociales les ha llevado a fundar

...la Unión de las Comunidades Indígenas Huicholas de Jalisco (UCIH-Jal.) para enlazar las políticas comunitarias con las diferentes secciones del gobier-

³ “Wirikuta: la tierra del peyote sagrado”. Proyecto de investigación llevado a cabo por los alumnos de la licenciatura en historia de la Universidad Autónoma de Zacatecas, correspondiente a la materia de Patrimonio cultural, en el cual se busca el rescate del imaginario huichol, así como de sus tradiciones y valores del patrimonio, disponible en: <http://peyotesagrado.blogspot.mx>, jueves 19 de mayo de 2011 (consultado el 20 de julio de 2013).

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

no y con las organizaciones no gubernamentales, además de poder llevar a cabo proyectos productivos y culturales de toda clase, concretando avances importantes en la protección de lugares sagrados, como Wirikuta (el paisaje desértico cercano a Real de Catorce, San Luís Potosí), Hauxamanaka (el Cerro Gordo, Durango), Haramara (un santuario ubicado en la playa de San Blas, Nayarit) o Xapawiyeme (la Isla de los Alacranes en el Lago de Chapala, Jalisco), que se ubican lejos de los territorios comunales en la sierra y frecuentemente sufren actos de vandalismo o saqueo a manos de los no-indígenas.⁷

A la problemática que actualmente viven estos grupos sociales se suma el asunto relativo a la minería, más concretamente, a las concesiones mineras que el gobierno federal ha concedido a empresas privadas nacionales y multinacionales dedicadas a la extracción de metales preciosos, principalmente de oro y plata. El actual conflicto se deriva de las concesiones mineras en lo conducente a la explotación de yacimientos que se encuentran cerca o sobre territorios reconocidos como sitio sagrado natural y también patrimonio de la humanidad, lo que ya de suyo es importante.

III. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Wirikuta es una zona desértica que se ubica en la parte norte de la República mexicana, en el altiplanicie del estado de San Luis Potosí y constituye parte de la reserva ecológica que abarca la Sierra Catorceña y toda la zona del bajío con un total de 140,211 hectáreas de superficie y protegida como área natural desde 1994, incluso con un plan de manejo desde junio de 2008.

Wirikuta es parte de los territorios del pueblo de Wixárika o Huichol, conformado por miembros del grupo indígena conocido con el nombre de huicholes, que se encuentran en algunas zonas de los estados de Nayarit, Jalisco, Zacatecas, Durango y San Luis Potosí.

Wixárika es considerado como uno de los pueblos que han logrado conservar con mayor arraigo su cultura y tradiciones. Es un lugar sagrado, un gran templo hacia el cual tradicionalmente realizan un recorrido para buscar el peyote (híkuri) y cumplir con las creencias que dedican a sus dioses, es el lugar donde nació el Sol y es el lugar que guarda mayor significado ritual de acuerdo con la cosmovisión de los wixaritari.

La problemática que se presenta en Wirikuta consiste en que la zona territorial donde se encuentra el lugar ceremonial se ve afectada por los tra-

⁷ *Idem.*

bajos de explotación minera llevada a cabo por la empresa canadiense First Majestic Silver Corporation y de otras empresas mexicanas como la Minera Real Bonanza y Minera Real de Catorce. Los wixaritari han argumentado:

Que se ha causado daño y destrucción de la zona sagrada.

Que las concesiones fueron otorgadas sin que la comunidad indígena involucrada fuera consultada, como obligan el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Que Wirikuta es un área natural protegida desde 1994, incluso con un plan de manejo desde junio de 2008.

Que el gobierno federal otorgó las concesiones a la explotación minera violando las normas de protección del medio ambiente.

Se señala que la empresa minera se instala en cerca de 6 mil hectáreas, abarcando siete municipios potosinos, contaminando las aguas por el cianuro utilizado.

Se habla también de los problemas de salud que provoca en la población, sobre todo de cáncer pulmonar, sin que la empresa o el gobierno atienda la situación, por lo tanto no existen programas ni clínicas ni especialistas para el tratamiento de dichos padecimientos.

Los trabajadores que laboran en esas minas no cuentan con las medidas de seguridad requeridas y en general en condiciones no dignas.

Como consecuencia de lo anterior, el pueblo huichol emprendió desde 2007 una serie de acciones jurídicas y mediáticas para protestar en contra de las concesiones mineras exigiendo a las autoridades su cancelación y el cese de las actividades de explotación, así como reivindicar el respeto de los territorios sagrados.

En concreto, después de las constantes movilizaciones del pueblo de Wirikuta, de organismos no gubernamentales, grupos étnicos de otros países, celebridades y de la sociedad en general, el gobierno federal, por conducto del entonces secretario de Gobernación, Alejandro Poiré, anuncia en una rueda de prensa, en el marco del evento Preservación y Protección de los Sitios Sagrados de Wirikuta, el 24 de mayo de 2012, la adopción de medidas para proteger y conservar Wirikuta, además de que en la zona sagrada no se otorgará ninguna concesión de explotación minera, reafirmando “el compromiso con los pueblos indígenas de respetar su cultura, tradiciones, sitios sagrados, autonomía, así como impulsar su desarrollo con base en sus valores, que son aporte de la grandeza nacional”.⁸ En el mismo acto

⁸ Secretaría de Gobernación, Boletín de prensa 184, disponible en: <http://www.goberna>

se informa que la empresa First Majestic Silver cede parte de su superficie concesionada en el área de Wirikuta al gobierno federal, “para que éste las declare también reserva minera nacional y se preserven los sitios sagrados”.

Respecto a los terrenos cedidos por dicha empresa, comprendían la superficie de 761 hectáreas⁹ del total del área concesionada para garantizar la protección de los sitios sagrados.

Después de la intervención del gobierno federal y la cesión de predios de la empresa minera Majestic, se denuncia por parte del Frente en Defensa de Wirikuta (FDW) que existe actividad exploratoria de varias empresas mineras, por lo que exigen nuevamente la cancelación de todas las concesiones mineras en la Reserva, así como las actividades agroindustriales que ponen en peligro la biodiversidad del territorio.¹⁰

IV. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A UN TERRITORIO

Para entrar en materia nos parece oportuno plantearnos ¿por qué es importante el territorio para una comunidad o grupo étnico? Una respuesta, en lo general, se basa en la premisa de que la tierra puede existir sin el hombre pero el hombre no puede existir sin la tierra, ya que de ella, desde siempre, ha obtenido su principal sustento. También se podría decir que toda sociedad necesita un espacio geográfico para asentarse, de lo que deriva una relación importante del hombre con el lugar en el cual nace y al que se vincula para toda la vida.

En lo particular, para ciertos grupos sociales, sobre todo los que conservan la cultura y tradiciones de sus ancestros, la tierra les representa uno de los vínculos esenciales de su existencia. El amor y religiosidad al suelo, a la vegetación, a los elementos naturales, es lo que les permite continuar su vida. Para comprender a plenitud lo expresado, tendríamos que ser parte de un grupo étnico, interactuar con miembros de estas comunidades o, en

cion.gob.mx/es/SEGOB/Sintesis_Informativa?uri=http%3A%2F%2%... (consultado el 14 de julio de 2013).

⁹ “La actitud de la empresa transnacional ha sido considerada como oportunista y para efectos de calmar la situación, ya que en la realidad los terrenos cedidos sólo representan el 0.5% de las hectáreas de reserva y un 13% de la totalidad de las 79 concesiones que abarcan 98 mil hectáreas, casi el 70% del área natural protegida de Wirikuta”. Véase *Vanguardia*, “Sólo se cedió 0.5% de las hectáreas de Wirikuta: FDW”, disponible en: <http://www.vanguardia.com.mx/XStatic/vanguardia/template/notatexto.aspx?id=1296740> (consultado el 14 de julio de 2013).

¹⁰ *Idem.*

el mejor de los casos, ante las restricciones al acceso y divulgación de las formas de vida y costumbres que celosamente guardan estos pueblos, compilar las escasas obras que se han publicado, como se hace en el excelente libro titulado *Stina Jo'ò Kucha. El santo padre sol*, del Pueblo Chatino de Oaxaca,¹¹ cuya visión de los chatinos sobre la naturaleza y territorio es muy semejante a la que se profesa por el pueblo huichol que se encuentra en un asedio y constante peligro por causa de las riquezas que envuelven y contienen las entrañas de sus tierras.

1. Normas nacionales

En el ámbito constitucional son diversas disposiciones las que se refieren al reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos. En ese entendido, se encuentran en un primer bloque las reformas constitucionales publicadas el 14 de marzo de 1998 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Antes de iniciar el estudio de los preceptos constitucionales relacionados con el territorio es pertinente referirnos a la Ley del 6 de enero de 1915 por constituir el antecedente inmediato a la Constitución de 1917, que sienta las bases jurídicas para dar respuesta a las demandas sociales de la mayor parte de la población mexicana que vivía en el campo y también respecto del reclamo al despojo ancestral de los antepasados.

La Ley del 6 de enero de 1915 es un documento jurídico de vital importancia dentro del ámbito de los derechos territoriales, es decir, con la expedición de este documento se pretende meter en orden el estado de caos en que se encontraba la tenencia de la tierra debido al despojo de que eran objeto los pueblos, rancherías y comunidades, el abuso en la apropiación de grandes extensiones de territorios y la excesiva discrecionalidad en el otorgamiento y venta de tierras por la autoridad administrativa. Este instrumento jurídico constituye, además, uno de los antecedentes de lo que es la actual Ley Agraria.

La ley referida es básicamente importante por dos motivos esenciales: el primero es por cuanto a la declaratoria de nulidad de todos los actos de

¹¹ Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Stina Jo'ò Kucha. El santo padre sol*, 2a. ed., México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas-Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 34. "En todos los pueblos chatinos el lugar principal es el fogón, en donde se juntan la lumbre sagrada, porque allí está el espíritu de la Anciana, la Santa Abuela (*la Mai'Kúsú*), que es la mamá del Sol y la Luna. Y diariamente los chatinos de creencia, lo primero que hacen todos los días al cocer el primer alimento es derramar un poco de éste a un lado del fogón, para darle de comer a la Santa Tierra, a la Santa Abuela, porque de su vientre brota el alimento".

los gobiernos anteriores en relación con la tierra. Así, el artículo 1o. declara la nulidad de 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 federal, desde el 1o. de diciembre de 1876 hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido u ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de repartimiento o de cualquiera otra clase, pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades. Por su parte, el artículo 3o. señala que:

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 hubiesen sido enajenados, podrán obtener que se les dote de terrenos suficientes para reconstituirlos, conforme a las necesidades de su población, expropiándose por cuenta del gobierno federal el terreno indispensable para ese efecto, del que se encuentra inmediatamente colindante de los pueblos interesados.¹²

De acuerdo con lo anterior, la reivindicación del derecho de los pueblos originarios a sus tierras se planteaba llevarla a cabo mediante dos vías: por un lado, recuperar las tierras de que fueron despojados y, por el otro, recibir en dotación las tierras necesarias para el asentamiento y desarrollo de dichas comunidades. La reivindicación de esos derechos no se concretaría sino hasta la expedición de la Constitución de 1917, cuyas reformas al artículo 27 pondrían en orden a nivel nacional la tenencia de la tierra y con ello se daba respuesta a una demanda ancestral de los pueblos indígenas.

Para adentrarnos en el tema sobre el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a un territorio es necesario señalar que por lo que hace a la Constitución como fundamento de todo nuestro sistema jurídico, tiene varias etapas cruciales. Una de ellas, sin duda, se refiere precisamente a la expedición de la Constitución de 1917, que partiendo del principio de que la nación es la propietaria original del territorio nacional, el Constituyente también establece las bases generales y principios jurídicos constitucionales para que la nación establezca las modalidades que dicte el interés público a la propiedad; en ese sentido, se regula la pequeña propiedad, pero también se establecen las bases constitucionales para dotar, restituir y repartir tierras a los pueblos indígenas mediante la figura jurídica del ejido, propie-

¹² Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. IV: *Artículos 24-27*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión LV Legislatura, 1994, p. 337.

dad colectiva con las características de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables. También se plantea una protección especial a la propiedad social y a los sujetos agrarios. Así, la regulación de la tierra y la creación de las figuras jurídicas agrarias, de gran trascendencia en el sistema jurídico mexicano, se refleja en la expedición de diversas leyes agrarias.¹³

Como consecuencia de la expedición de dicha Constitución, diremos que se reorganizó el territorio nacional y, de paso, se logra y sostiene la autosuficiencia alimentaria por décadas.

A partir de 1992,¹⁴ previo a la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre México, Canadá y Estados Unidos de América, se encuentra otra de las reformas constitucionales de mayor importancia sobre la tenencia de la tierra, al establecerse certidumbre jurídica en el campo, además de que se da por terminado el reparto agrario; en ese sentido, se adiciona el primer párrafo de la fracción VII, en el que se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales, a lo que se añade que “se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas... [y] ...la integridad de las tierras de los grupos indígenas”.¹⁵

La modificación de las fracciones IV y VI constituyen, el fundamento jurídico de la capitalización del campo, en el que las sociedades mercantiles

¹³ Las leyes que precedieron a la Constitución de 1917 son: Ley de Ejidos, publicada el 8 de enero de 1921 (esencialmente establecía quiénes tenían derecho a recibir dotación o restitución de tierras en toda la República, entre otros: pueblos, rancherías, congregaciones, comunidades y los demás núcleos de población); Reglamento Agrario, publicado el 18 de abril de 1922 (tuvo como finalidad reglamentar y calificar la pequeña propiedad, especificando la parcela individual y las bases para las afectaciones ejidales); Ley Reglamentaria sobre Repartición de Tierras Ejidales y Constitución del Patrimonio Parcelario Ejidal, expedida el 31 de diciembre de 1925 (ley que precisó las bases de la organización ejidal. De entre los desiertos de esta ley es que desconoce la organización comunal); Ley de Dotaciones y Restituciones de Tierras y Aguas. Reglamentaria del artículo 27 de la Constitución, expedida el 27 de abril de 1927 (esta ley se crea con el objeto de poner en orden la desmedida discrecionalidad en la creación de acuerdos, circulares y reglamentos que llevaron a la confusión e imprecisión en la aplicación de las leyes agrarias. Establece las reglas para dotación y constitución de ejidos. Como nota importante, excluye a los peones acasillados como sujetos de derechos para dotación, y el Código Agrario, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de 1934.

¹⁴ Si bien es cierto que jurídicamente se preparaba al campo para lograr la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y lo que ello implicaba, también lo es que se trataba de dar certidumbre jurídica sobre la tenencia de la tierra en el campo. Con esta reforma constitucional se da por finalizado el reparto agrario de tierras que establecía la propia ley fundamental. Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, cit., pp. 1553 y ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 1561.

por acciones pueden adquirir terrenos rústicos, para lo cual se deja sin efectos la prohibición a las corporaciones civiles de tener en propiedad o administrar tierras de carácter social. Con lo anterior se concede a las sociedades mercantiles por acciones el participar en la propiedad y en la producción rural bajo los límites sujetos de la pequeña propiedad, medios de registro y control, con el objeto de evitar la constitución de latifundios.

En virtud de lo señalado, aunado a lo expuesto en la Ley Agraria,¹⁶ en sus artículos 6o., 9o., 10, 11, 23, fracciones IX y XII, 99, 100 y demás aplicables, se establece la posibilidad de modificar el sentido de derecho social de las instituciones agrarias con la intención de que la propiedad agraria se adentrara a su capitalización; en otras palabras, se mantiene la protección desde el ámbito del derecho social para todos aquellos sujetos agrarios que así lo consideraran pertinente, empero, también se establecen conjuntamente las formas de transformar dichas instituciones al régimen privado.

Cada una de estas formas de propiedad tiene su regulación ordinaria específica y sus características propias que podemos resumir en la forma siguiente: la propiedad pública se caracteriza por estar sometida a un régimen jurídico excepcional, la propiedad social por la protección del Estado, sin que ello implique limitaciones a ejidatarios o comuneros en el aprovechamiento de sus recursos productivos, y la propiedad privada tiene la plena protección... particularmente... en los artículos 14 y 16 de la norma fundamental.¹⁷

Entre las reformas correlativas del mismo año de 1992 se encuentra la efectuada al artículo 2o.¹⁸ constitucional, con la que se reconoce tanto a los pueblos como a las comunidades indígenas, lo que viene a complementar el tema de los derechos de los grupos indígenas establecido en el artículo 27, ya planteado, en el que se señala que el Estado protegerá y promoverá el desarrollo, entre otros, de sus recursos. En ese sentido, se establece que “la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado...”. Cabe mencionar que dicha reforma adolece de normas instrumentales que permitan hacer exigibles sus derechos.

¹⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 1992.

¹⁷ Valadés, Diego, “Artículo 27”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 345.

¹⁸ *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992.

En la reforma al artículo que se comenta el legislador no contempló la importancia que tienen las tierras y los territorios para las culturas indígenas, de ahí que se encuentre un vacío en la regulación constitucional que afecta sobre el pleno goce de los derechos de las comunidades en cuestión; en otras palabras, no se reconoce el término “territorios” ligado a la cultura, lo que contraviene lo estipulado en el Convenio 169 al que el gobierno mexicano se adhirió.

El tema del equilibrio ecológico, su preservación y restauración es un asunto que será regulado por el Estado, lo que nos lleva a considerar a las leyes respectivas como parte del marco jurídico a tener en cuenta cuando se habla de los territorios de los pueblos indígenas. En ese sentido, es importante la reforma constitucional al párrafo tercero del artículo 27, que expresa:

En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques...; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico...; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.¹⁹

De la lectura del tercer párrafo del artículo 2o. de la Constitución se puede incluir en este marco jurídico a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA)²⁰ y su reglamento. Partiendo de este punto, se tiene que el derecho a un territorio conferido por la Constitución a los pueblos indígenas se ejercerá siempre y cuando sean respetados los lineamientos sobre la conservación y preservación del medio ambiente.

Hasta lo aquí expresado, hemos hecho referencia a la situación de la tierra como asentamiento o lugar donde se establecen las comunidades; sin embargo, no encontramos el concepto de territorios, parte medular de este trabajo, relacionado con las cuestiones sobre tradiciones y la cultura, elemento fundamental para comprender el uso, ocupación y posesión de tierras de las que no necesariamente se requiere tener un título de tenencia o propiedad para reclamar su cuidado y preservación.

¹⁹ *Diario Oficial de la Federación* del 10 de agosto de 1987.

²⁰ *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1988.

2. Normas y declaraciones internacionales

El Convenio Internacional 169²¹ de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) forma parte del marco jurídico que ha permitido construir el derecho de los pueblos indígenas. Cabe mencionar que la adopción de este Convenio por parte del gobierno mexicano fue un pilar en las reformas al artículo 2o.²² de la Constitución sobre la materia, reformas que paradójicamente provocaron descontento en los grupos indígenas debido a que no fueron consultados y menos aún convocados a decidir jurídicamente sobre su vida y futuro, conforme al artículo 6o. del Convenio en comento. En ese sentido, el artículo 2o. constitucional establece en varios apartados la relación sobre el territorio y los pueblos indígenas, señalando, por ejemplo, en el segundo párrafo, que “son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”. En lo conducente al apartado A del citado artículo, en las fracciones V y VI se reconoce la autonomía de dichos pueblos para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la Constitución; así como acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo las consideradas como áreas estratégicas. A pesar de lo señalado, y como ya se expresó, el concepto de territorio no se hace en referencia a la cultura indígena.

Prosiguiendo con el Convenio 169 de la OIT en lo conducente al derecho de los pueblos indígenas a un territorio, se declara, por principio de cuentas, por parte de la Conferencia General de la OIT, la importancia de reconocer las aspiraciones de los pueblos indígenas, así como el que asuman “el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los estados en que viven”. Partiendo de esta premisa fundamental, se establece, asimismo, en el artículo 7.1 el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que se refiere al proceso de desarrollo, en tanto éste les afecte, tal como se señala: “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna

²¹ Ratificado y promulgado por México, *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991.

²² *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural...”. En cuanto al cuidado del medio ambiente, se establece en el punto 4 que los gobiernos, en cooperación con los pueblos interesados, deberán tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

La parte II del Convenio Internacional que comentamos trata de manera específica sobre las tierras de los pueblos indígenas, lo que para efectos de este trabajo es de gran relevancia en la medida en que el Convenio constituye el marco jurídico de mayor referencia a nivel internacional. En atención a lo anterior, se señala que los gobiernos, al aplicar esta parte del Convenio, deberán “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1). Se señala, asimismo, que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de territorios, que comprende “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan...” (artículo 13.2).

Se hace hincapié en que deberá reconocerse a los pueblos el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. En ese sentido, se establecerán medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14.1).

Los gobiernos deberán garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión, así como determinar las tierras que los pueblos ocupan tradicionalmente mediante la toma de medidas que sean necesarias (artículo 14.2).

Se recomienda “instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas para los pueblos interesados” (artículo 14.3).

Asimismo, se expresa ejercer una protección especial sobre los recursos naturales, al decir: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1).

El derecho a la consulta se hace presente cuando se trata de minerales u otros recursos que se contengan en las tierras, cuando se señala:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en

las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15.2).

El artículo 17.3 del Convenio citado hace un planteamiento muy importante para que los gobiernos que lo han adoptado, como el nuestro, establezcan medidas y procedimientos que impidan que personas extrañas a esos pueblos se aprovechen de sus costumbres o del desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o del uso de esas tierras.

En el mismo plano internacional tenemos que el reconocimiento sobre el derecho a un territorio de los pueblos indígenas ha sido uno de los temas abordados por la Organización de las Naciones Unidas a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,²³ emitida el 13 de septiembre de 2007, en cuyo documento la Asamblea General se pronuncia por la protección de los derechos de los pueblos indígenas, guiándose por los “propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta”. La Declaración en comento se divide en dos partes: la primera trata sobre una exposición de motivos presentada por la Asamblea General, y la segunda parte desarrolla 46 artículos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En la parte inicial se contiene una serie de consideraciones respecto de los grupos indígenas, entre las que sobresalen:

- a) El reconocimiento de que todos los pueblos son iguales y al mismo tiempo se reconoce el derecho de todos los pueblos a ser diferentes.
- b) Se reconoce la importancia de que los pueblos contribuyan a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que a su vez constituyen el patrimonio común de la humanidad.
- c) El derecho a estar libres de toda discriminación.
- d) Respetar y promover los derechos intrínsecos “...que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tra-

²³ Véase http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf (consultado el 20 de julio de 2013).

diciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”.

- e) Que si “controlan los acontecimientos que les afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”.
- f) El respeto a los derechos humanos y derechos colectivos.
- g) Se reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país, por lo que se debe tener en cuenta el significado de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales.

Finaliza esta parte con la proclama solemne: “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas... como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo”.

En la parte relativa al articulado, resaltan, entre otros, el reconocimiento amplio de los derechos humanos, al expresar que los “indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos” (artículo 1o.). Que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeer a los pueblos indígenas de sus tierras, territorios o recursos (artículos 8.2. b y 11.2).

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la práctica de sus tradiciones y costumbres culturales, así como mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales (artículos 11.1 y 12).

El derecho de los pueblos indígenas a un territorio se expresa en la Declaración de manera amplia, comprendiendo, desde luego, el vínculo espiritual que une a estos individuos con la tierra. En ese sentido, se señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones” (artículo 25). Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido, así como a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tra-

dicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

La Declaración hace hincapié en el compromiso de los Estados para que aseguren el reconocimiento y protección jurídica de las tierras, territorios y recursos, tomando en cuenta las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. En este proceso de elaboración de compromisos se establece que los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en el establecimiento de responsabilidades.

Asimismo, los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que puedan incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. Generalmente la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica, o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

La protección del medio ambiente es un tema de mayor trascendencia en la Declaración, en virtud de la cual, “los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”. En ese tenor, “los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación”. El derecho a la conservación y protección incluyen también el que los Estados participarán en la toma de medidas para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en la tierra o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. En ese renglón, se elaborarán programas de salud para los pueblos indígenas afectados por esos materiales (artículos 26 a 29).

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios u otros recursos. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán las medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual” (artículos 30 y 32).

Es importante señalar que el artículo 43 de la Declaración que tratamos hace una prevención especial en virtud de la cual se establece que los derechos reconocidos en la presente Declaración “constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”, lo que significa que lo preceptuado en el mencionado documento es lo mínimo o básico que se debe respetar sobre los pueblos indígenas con el fin de que pueda asegurarse la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los mismos en el mundo. Lo que conlleva, desde luego, el considerar que se pueden pactar derechos de los pueblos indígenas más allá de los mínimos reconocidos.

Asimismo, el artículo 46 señala que los derechos reconocidos en la Declaración no serán limitados sino por la ley y los compromisos internacionales sobre derechos humanos, es decir, “...el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos...”.

También en el orden internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos se suma a los esfuerzos en la construcción del marco jurídico de los derechos indígenas al abocarse al análisis, entre otros, de los conceptos “territorio” y “territorios” en el contexto de las culturas indígenas. Como resultado de esa labor, la Corte Interamericana ha definido el término “territorios tradicionales por el uso cultural” de la siguiente manera:

Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual. Esta relación única con el territorio tradicional puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal.

Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espi-

ritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.²⁴

La definición transcrita nos brinda luz para la defensa de los territorios tradicionales del pueblo de Wirikuta, que ha denunciado la destrucción de una parte de su territorio con motivo de la explotación minera.

V. LAS CONCESIONES MINERAS

Para efectos del presente trabajo es importante hablar de las concesiones, sobre todo de las que recaen en la explotación minera, ya que se argumenta que como consecuencia de las mismas ha habido afectaciones a territorios y centros ceremoniales del pueblo de Wirikuta.

En nuestro derecho constitucional, en el artículo 27, se expresa, palabras más palabras menos, que la nación es la propietaria originaria de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, y ésta ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada y sus modalidades. El mismo artículo señala que “corresponde a la nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria, los yacimientos de piedras preciosas, sal de gema...”. Se precisa, igualmente, que “...el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes”.

De acuerdo con lo anterior, se considera que ciertas actividades, como la minera, requieren de permisos especiales o lo que también se conoce como concesiones administrativas. En ese sentido, se entiende de manera general como “el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un servicio público”.²⁵ La mayoría de los autores coincide en

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09, disponible en: <http://www.cidh.org>.

²⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*, t.: A-CH, 14a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2000, p. 566.

los elementos y términos que integran una acepción acerca de las concesiones; empero, las concesiones administrativas que se permiten de acuerdo con la ley sobre bienes o propiedades del Estado van más allá de solamente concretarse a prestar servicios públicos; así pues, debe tenerse presente que se trata de “un acto administrativo por medio del cual la administración pública federal confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial”.²⁶

En cuanto al tema de las concesiones, nos referiremos a la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional, es decir, a la Ley Minera (en adelante LM), por lo que nos avocaremos a los preceptos que son de interés y relacionados con el tema de la explotación minera en los territorios del pueblo de Wirikuta.

Por principio de cuentas, diremos que esta ley reglamentaria considera a la exploración, explotación y beneficio de los minerales o sustancias como de utilidad pública, y serán preferentes sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno (artículo 6o.).

Nuestra Ley Minera es excesivamente benéfica para los concesionarios al concederles el aprovechamiento por un tiempo extremadamente holgado de los privilegios de la explotación. En ese tenor se señala: “las concesiones mineras tendrán una duración de cincuenta años, contados a partir de la fecha de su inscripción en el régimen público de minería y se prorrogarán por igual término si sus titulares no incurrieron en las causales de cancelación previstas en la presente Ley y lo solicitan dentro de los cinco años previos al término de su vigencia” (artículo 15).

En el documento sobre la evaluación de las concesiones mineras en México efectuada en 2008, presenta Gustavo Castro Soto²⁷ un resumen muy revelador de la situación minera que se vive en México y de la cual nos señala lo siguiente: la evaluación se llevó a cabo por el gobierno por conducto de la Auditoría Superior de la Federación de las concesiones mineras de 2008 al primer semestre de 2009. El objetivo de la auditoría fue “contribuir al desarrollo del sector minero, elevar su competitividad, atraer mayores inversiones y generar empleos, la eficiencia en el otorgamiento de las concesiones mineras, en la verificación del cumplimiento de las obligaciones de

²⁶ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1979, p. 269.

²⁷ “Evaluación de las concesiones mineras en México”, en *Otros Mundos*, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México, 12 de abril de 2010, disponible en: www.otrosmundoschiapas.org. Véase, también, <http://www.asf.gob.mx/>.

los concesionarios mineros, y en los procedimientos de inspección y sanciones, y la economía en la aplicación de los recursos federales utilizados en el desarrollo minero”.

Se señala, asimismo, que el total de las concesiones otorgadas en 2008 fue de 2,152, abarcando un total de 6.1 millones de hectáreas. Se menciona que el total de las concesiones en el país sumaron 24,713. Por cuanto a los ingresos por concepto de derechos, ascendieron a 1,759,260.6 miles de pesos. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el sector minero participó en 2007 con el 0.6% en el PIB nacional. “Las PYMES mineras representaron en 2007 el 42.5% de la producción nacional de los 28 principales productos mineros, y el resto fue de las grandes empresas mineras”. La Dirección General de Minas, en 2008, clasificó a las 100 empresas mineras (grupos empresariales) en: 35 como de gran minería (con rango de ingresos brutos por arriba de 400 millones de pesos); 22 de mediana minería (con rango de ingresos brutos de hasta 400 millones de pesos), y 43 de pequeña minería (con rango de ingresos brutos de hasta 100 millones de pesos). En la clasificación no se incluyen las diferentes unidades de producción, empresas filiales y personas físicas.

México se encuentra dentro de los 12 mejores productores de plata, plomo, cobre, zinc, arsénico, bismuto, cadmio, etcétera, que lo colocan en los mejores sitios para su explotación.

Del informe presentado por la Auditoría se destaca, entre otros:

- a) “El incumplimiento de los programas de trabajo por procedimientos y normas desactualizadas; incumplimiento del plazo legal en la expedición de los títulos de concesión minera; los títulos se expiden sobre terreno no libre; desfasamiento de la información generada por el Servicio de Administración Tributaria (SAT), para comprobar el pago de derechos mineros y falta de personal capacitado”.
- b) “La clasificación de empresas es incorrecta y las empresas son 98 y no 100. Los montos de los rangos para la clasificación no corresponden [al] Reglamento de la Ley Minera que establece como criterio los ingresos brutos por ventas anuales de minerales o sustancias concesibles inferiores a cinco mil o veinte mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, respectivamente, ya que con la aplicación del valor del salario mínimo de 52.59 pesos, vigente en el ejercicio fiscal de 2008, las diferencias son menores, ya que la pequeña minería tendría un rango máximo de 95,976.8 miles de pesos, la mediana de 383,907.0 miles de pesos, y la gran minería, la que rebase los 383.907.0. Por lo tanto, las 98 empresas según el valor

de ventas brutas anuales es la siguiente: El monto del valor de ventas brutas anuales de las 98 empresas ascendió a 98,784,969.4 miles de pesos, de los cuales 93,339.428.8 miles de pesos correspondieron a empresas grandes con ventas anuales superiores a los 400,000.0 miles de pesos; 4,207,827.3 miles de pesos a empresas con ventas anuales de 100,000.1 hasta 400,000.0 miles de pesos, y 1,237,713.3 miles de pesos a empresas con ventas anuales de hasta 100,000.0 miles de pesos”.

- c) “No se contó con un programa con metas, indicadores y acciones específicas de capacitación, asistencia técnica ni para la promoción de la competitividad de y para las empresas mineras”.
- d) Los concesionarios no informaron a la Dirección General de Minas ni esta Dirección llevó a cabo la verificación de la observancia de las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad de minas y de equilibrio ecológico y protección al ambiente.
- e) “Entre 2006 y 2007 se registró la mayor inversión extranjera. Entre el periodo 2004-2008 el incremento en la inversión fue del 438.9%. Sin embargo, en 2008 se registró una pérdida de 2,228 empleos en el sector minero”.
- f) La Dirección General de Minas sólo cuenta con el 20.2% de los informes estadísticos sobre la producción, beneficio y destino de minerales o sustancias concesibles solicitados a la Dirección. La propia Dirección no proporcionó la información técnica y contable a la que estaban obligados los concesionarios a presentar a la SE. Por ello la Dirección General de Minas no cumple con la atribución de supervisar a los concesionarios mineros.
- g) Se registraron adeudos por omisiones de pagos por obligaciones en las concesiones mineras desde 1998.
- h) “Existe un 50% de las solicitudes muestra de las concesiones otorgadas que carecen de las actas constitutivas que acrediten que las sociedades son de nacionalidad mexicana y tienen como objeto social la exploración o explotación de minerales. El 30% de las concesiones otorgadas se realizaron con retrasos y se registró un índice de deficiencia del 67.6% en el trámite de expedición de concesiones mineras”.

De acuerdo con los datos proporcionados por el Frente en Defensa de Wirikuta (FDW) existen más de 79 concesiones mineras que abarcan 98 mil hectáreas, casi el 70% del área natural protegida de Wirikuta, y entre las concesiones repartidas a las empresas transnacionales, la más grande

corresponde al denominado Proyecto Universo, con 59 mil hectáreas en el Bajío. En ese sentido, como bien refieren los integrantes del Frente, la cesión de las 761 hectáreas “para garantizar la protección de los sitios sagrados” del pueblo de Wirikuta, en San Luis Potosí, solamente representa el 0.5% de las hectáreas de reserva y un 13% de la concesión total.²⁸

Con el fin de conocer los alcances y límites de las concesiones mineras se puede decir que la minería en la cual recaen las concesiones otorgadas por el gobierno federal, se caracteriza por la propia Ley Minera, reglamentaria del artículo 27 constitucional, como de utilidad pública, lo cual conlleva a que se considere como una actividad de amplios alcance y si tomamos en cuenta que el término utilidad pública implica “beneficios a la colectividad”, dicha actividad económica que se concede puede aplicarse a todo, pero no siempre proporciona beneficios a la sociedad.

Dentro de los alcances en el ámbito de aplicación de la Ley Minera se puede decir que es una ley muy benéfica para los intereses de las empresas dedicadas a este ramo de actividad, en varios sentidos:

- Las empresas no pagan impuestos en tiempo y forma bajo la tolerancia de las autoridades en trasgresión a Ley Federal de Derechos.
- Bajo el término de utilidad pública se explota cualquier territorio, a excepción de las áreas reservadas para explotación directa del Estado.
- Las concesiones mineras se otorgan por 50 años prorrogables, situación que en ningún país se concede igual privilegio.
- Se autoriza la minería a cielo abierto, considerada como de las más contaminantes.

Ante los alcances desmedidos de la explotación minera que afecta a los grupos étnicos, a la naturaleza y a la sociedad en general se ha planteado la necesidad de reformar la Constitución (artículos 2o., 26, 27 y 115), la Ley Minera, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley Agraria, la Ley General de Bienes Nacionales y la Ley Federal de Derechos para que sean acordes con los derechos indígenas.²⁹ Por tanto, las reformas deben darse en el plano tam-

²⁸ Vanguardia, *Sólo se cedió 0.5% de las hectáreas de Wirikuta: FDW*, disponible en: <http://www.vanguardia.com.mx/XStatic/vanguardia/template/notatexto.aspx?id=1296740> (consultado el 14 de julio de 2013).

²⁹ La Jornada, “México debe revisar leyes mineras ara el respeto a derechos indígenas: ONU”, viernes 24 de mayo de 2013, disponible en: <http://www.vanguardia.com.mx/mexicodebe-revisarleyesminerasparaelrespetoaderechosindigenanonu-1749030.html>. Tales propuestas fueron presentadas en un informe en el marco del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU. En el informe se destaca que las industrias extractivas en México y la situación de

bién de la armonización, tomando en cuenta siempre como ejes rectores los convenios internacionales (169 OIT), las convenciones internacionales sobre los derechos indígenas y los correspondientes a la protección del medio ambiente. La Organización de las Naciones Unidas ha recomendado al gobierno mexicano aprobar una ley federal de consulta y consentimiento libre, previo e informado, que atienda los estándares internacionales establecidos en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Efectivamente, la falta de una ley federal de consulta y consentimiento libre, previo e informado tiene como consecuencia que además de los conflictos que se ocasionan en la extracción minera en los territorios indígenas, muchas comunidades indígenas agrarias se hayan visto despojadas de sus tierras en el sureste del país con motivo de la realización de megaproyectos turísticos sin que haya manera de frenar semejantes atropellos.

Al respecto, también es importante mencionar la recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos núm. 56/2012,³⁰ sobre la violación de los derechos humanos colectivos a la consulta, uso y disfrute de los territorios indígenas, identidad cultural, medio ambiente sano, agua potable y saneamiento y protección de la salud del Pueblo Wixárika en Wirikuta, emitida del 28 de septiembre de 2012, que hace un estudio profundo sobre la problemática y la violación de un conjunto de derechos, constituyendo un antecedente que servirá como marco referencial para la defensa de otras comunidades que presentan los mismos problemas.

VI. EL DERECHO SOCIAL ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO. LAS PRESIONES DE LA GLOBALIZACIÓN

Como ya se ha tratado, el derecho de los pueblos indígenas a un territorio es un tema de gran importancia desde varias perspectivas. Desde el punto de vista local o estatal, tenemos que existen asentamientos humanos de larga data que permite a dichos pueblos alcanzar un modo de vida vinculado estrechamente a la tierra y sus recursos naturales. Así, en el seno de dichas poblaciones se desarrollan costumbres, usos, tradiciones, religiosidades, etcétera, que va distinguiendo y particularizando a dichas sociedades.

los pueblos indígenas en los territorios en que están ubicadas estas industrias, así como la existencia de conflictos reflejan “una importante ausencia del Estado para garantizar y hacer respetar los derechos de los pueblos indígenas”.

³⁰ Véase <http://www.cndh.org.mx/sitos/all/fuentes/documentos/recomendaciones> (consultado el 26 de julio de 2013).

Todo ello se ve perjudicado cuando se atribuye mayor peso y valor al factor económico, ocasionando que las poblaciones indígenas y su riqueza cultural, en lo más amplio de los conceptos, se pierdan en la historia y se prive a la humanidad de esos valores.

Como se sabe, el reconocimiento de los derechos indígenas es reciente y gracias a los trabajos que a nivel internacional han llevado a cabo tanto la Organización de las Naciones Unidas como la OIT, organismo especializado de aquél, y que los Estados nacionales comienzan a proteger a dichas comunidades; así, las diversas declaraciones y la elaboración del Convenio 169 de la OIT constituyen todo un marco jurídico tendente a la protección de los grupos indígenas. Recordemos lo expuesto en el artículo 43 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que explica claramente el sentir de la comunidad internacional al respecto, al expresar que lo preceptuado en la Declaración “constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”.

Lo relevante de la normatividad internacional sobre los grupos indígenas es el hecho de que se reconocen sus derechos a manera de hacerle justicia a un sector de la humanidad que se relegó por muchos siglos.

Hoy, por otro lado, cuando se ha tomado conciencia sobre los grupos indígenas y se han reconocido sus derechos, son otras las problemáticas que se tienen que atender al verse afectados en su supervivencia, dignidad y bienestar. Una de esas problemáticas es la presencia cada vez mayor de las empresas transnacionales, particularmente las dedicadas a la explotación minera en los países no desarrollados, entre los que se cuenta México, que les favorece una serie de circunstancias y sobre todo por la implantación de un sistema económico neoliberal,³¹ heredero del liberalismo tradicional, que alienta a alcanzar una globalización económica.

La globalización económica es, pues, todo un proyecto con miras a construir un mercado mundial en el que se supriman las barreras arancela-

³¹ Ciertamente, los principios del liberalismo del siglo XVIII son retomados por los neoliberales; sin embargo, existen diferencias entre una y otra posturas. Para los primeros, “la sociedad civil existe independientemente del mercado, y en ella los individuos se desarrollan con todas sus pasiones y virtudes. El mercado es uno más de lo social, el cual debe someterse a las leyes derivadas del contrato social, que es el derecho... el liberalismo es una filosofía sobre la libertad del individuo... Los neoliberales, en cambio, hacen del mercado el centro de lo social, pero su visión del mercado está sólo restringida a los mercados de los sectores financiero y bursátil, el cual es el eje de toda su concepción y de toda su orientación sociopolítica. En torno a ellos giran los mercados de bienes y servicios al que acuden los agentes económicos”. Witker, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 4a. ed., México, UNAM-McGraw-Hill, 1999, pp. 75 y ss.

rias, en el que exista libre circulación de capitales, recursos financieros, de mercancías y de productos. Como sabemos, la globalización económica es orquestada por los países desarrollados, que son los que cuentan con todos los recursos económicos, tecnológicos y científicos, lo que se refleja en la expansión de sus empresas a lo largo y ancho del planeta.

En el caso que nos ocupa, la minería, las empresas extranjeras dedicadas a dicho ramo son las que obtienen el mayor número de concesiones tanto en la extracción como en la exploración. Estas empresas, apoyadas en una desarrollada tecnología para detectar los lugares donde existen minerales, eligen instalarse en las regiones ricas en yacimientos minerales para también aprovechar al máximo la extracción, gracias a la enorme maquinaria y tecnología que generan a su servicio.

Cabe mencionar que es usual que dichas empresas elijan lugares donde se les permita mayor margen de maniobra, es decir, en donde las leyes sean flexibles y les brinden mayores ganancias. En ese sentido, aprovechan las facilidades que ciertos Estados les proporcionan, llevando su actividad de extracción y explotación de minerales al máximo sin importar que se devasten ecosistemas, se destruyan recintos culturales, se cause daño a la salud de los pobladores y se explote a los trabajadores.

En relación con lo anterior, es cuando se dan los casos de que la zona donde se encuentran los minerales son tierras ejidales, propiedad comunal o pequeña propiedad, que son instituciones agrarias reguladas por el derecho social, que a su vez la propia Ley Minera prevé su expropiación al caracterizar a la minería de utilidad pública.³² Por tanto, consideramos que los pueblos indígenas y sus derechos, sobre todo a sus territorios tradicionales, se encuentra en constante peligro al encontrarse entre normas jurídicas de orden público y privadas. En otras palabras, el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios se confronta, primero, con el derecho constitucional como norma fundamental que es la que establece que la nación es la propietaria original de las tierras nacionales y la que podrá imponer las modalidades a la misma; también porque es la que contempla la explotación minera y la expropiación por causa de utilidad pública; y, por cuanto a lo

³² En nombre de la utilidad pública el gobierno federal puede expropiar “las cosas” que pertenezcan a particulares, y que se consideren como elementos notables del patrimonio cultural nacional. En ese tenor, la utilidad pública justifica “ocupar la propiedad privada, deteriorarla y aun destruirla para prevenir o remediar calamidades públicas o para realizar obras de beneficio colectivo”. Son diversas las causas de utilidad pública: servicios públicos, urbanización, vías de comunicación, obras de beneficio colectivo, conservación de las bellezas naturales, creación de centros de población, etcétera. Véase *Diccionario Jurídico Mexicano*, t.: D-H, 14a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2000, p. 1390.

privado, porque implica a las empresas nacionales y extranjeras y el comercio de minerales. Todo ello presenta un panorama en el que los derechos indígenas son colocados en un segundo o tercer plano, máxime cuando las exigencias de la economía nacional se centran en abrir totalmente las puertas para la inversión extranjera para que, entre otros, se abata el desempleo y se reactive el mercado interno. Empero, la cuestión es que para lograr la convivencia social es necesario lograr la armonía de las normas jurídicas, y para el caso, pareciera que esto no tiene relevancia.

Uno de los puntos sobresalientes a tratar en estos asuntos es que si bien la minería la pueden llevar a cabo las empresas nacionales y extranjeras, es el hecho de que la actividad minera es devastadora y aun así es preferente de cualquier otra actividad o situación jurídica, bajo el argumento de que “es de utilidad pública”, por tanto, está por encima de todo, lo que nos lleva a preguntarnos si ¿se justifica que con motivo de la explotación minera se causen perjuicios en la salud de la población cercana a las minas? Si ¿la utilidad pública está por encima de las declaraciones y normas internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, de las leyes que protegen el medio ambiente, de las normas de salud, de las leyes laborales, entre otras? Ahora bien, cuando se habla de que la utilidad pública se puede traducir en “beneficio colectivo”, cómo entender esto, cuando al practicarse la minería se sabe que va a acarrear problemas de salud a la población. ¿Dónde está el beneficio a la población?, ¿dónde está el beneficio a la sociedad si se contamina?, ¿dónde está el beneficio a la sociedad si a causa de la explotación minera se destruyen recursos naturales, monumentos arqueológicos, áreas naciones protegidas, sitios religiosos y culturales?, ¿se justifica la explotación laboral a causa de utilidad pública?

De acuerdo con lo anterior, es preciso replantear, entre otros, la naturaleza jurídica de la utilidad pública, el concepto legal y las causas de la utilidad pública y, en su caso, la efectividad del mismo, porque al darle preeminencia a las concesiones mineras por dicha causa se trastocan valores fundamentales como la vida, la salud, los ecosistemas y recintos y patrimonios culturales de los grupos indígenas, y finalmente afectan a la sociedad en general.

VII. CONCLUSIONES

El tema de los derechos de los pueblos indígenas no ha sido atendido con la puntualidad que se requiere, lo que ha ocasionado que se vean afectados el goce y disfrute de sus derechos colectivos e individuales.

La definición de términos como el de territorios tradicionales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido crucial para la defensa de la cultura indígena, que debe ser tomada en cuenta tanto en las reformas constitucionales y la Ley Minera como en las demás relacionadas con el medio ambiente.

Son de consideración especial las recomendaciones efectuadas por la ONU al gobierno mexicano respecto de la creación de la ley federal de consulta y consentimiento libre, previo e informado con el objeto de que los grupos indígenas, como en el caso de Wirikuta, sean consultados, que puedan intervenir en las decisiones sobre las concesiones mineras y que su consentimiento sea libre, previo e informado.

Las reformas constitucionales, las de la Ley Minera y las respectivas al medio ambiente deben hacerse de forma armónica tomando en cuenta los convenios y convenciones internacionales en respeto a los derechos indígenas.

Las autoridades federales, como principales garantes de los derechos indígenas, deben asumir cabalmente su papel y hacer que las empresas cumplan con su responsabilidad social.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA DE DIPUTADOS, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. IV: *Artículos 24-27*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión LV Legislatura, 1994.

CORDERO AVENDAÑO DE DURAND, Carmen, *Stina Jo'ò Kucha. El santo padre sol*, 2a. ed., México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas-Miguel Ángel Porrúa, 2012.

“Evaluación de las concesiones mineras en México”, en *Otros mundos*, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México, 12 de abril de 2010, disponible en: www.otrosmundoschiapas.org.

GARCÍA, Ana Esther, *La conservación del desierto de Wirikuta, territorio del pueblo de Wixarika*, disponible en: <http://www.ecoportall.net/content/view/full/21225> (consultado el 20 de julio de 2013).

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1979.

WITKER, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 4a. ed., México, UNAM-McGraw-Hill, 1999.

LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LOS ACTOS PARTICULARES COMO OBJETO DEL JUICIO DE AMPARO

Jorge MEZA PÉREZ*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Desarrollo.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las figuras emblemáticas del sistema legal mexicano es sin duda el juicio de amparo. Desde su creación en el siglo XIX, producto de las ideas de los juristas Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, relativa evolución se había suscitado sobre aspectos sustantivos y procesales.

Sin embargo, en un breve tiempo se han dado trascendentales modificaciones. En efecto, un primer avance importante para el juicio de amparo fueron las reformas constitucionales de junio de 2011. Lo que fue al introducirse formalmente los derechos humanos al texto de la carta magna, y la integración de principios y ciertas reglas que tienen un impacto profundo en nuestro juicio, como son:

- 1) El control de convencionalidad *ex officio*.
- 2) Los principios de interpretación conforme y *pro homine*, al establecer que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- 3) Armonización de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente con los recogidos en los tratados internacionales, con el imperativo de procurar siempre la máxima protección.

* Magistrado del Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.

- 4) Atender a la jurisprudencia internacional generada en los casos en que México ha sido parte, en las que se resuelva sobre la protección de derechos humanos.

El segundo importante avance en la materia se ha originado con la entrada en vigor de la actual Ley de Amparo, a partir del 3 de abril de 2013. Lo que es de esa manera por las innovaciones que se introdujeron, tales como el interés legítimo, el amparo directo adhesivo, la declaratoria general de inconstitucionalidad, entre más de una docena de innovaciones de fondo y adjetivas.

Empero, uno de los cambios significativos que se introdujeron en el texto de la nueva Ley de Amparo se refiere a la posibilidad de que los particulares, al realizar determinadas actuaciones, adquieran el carácter de autoridad responsable dentro del juicio de amparo.

Con antelación, el concepto de autoridad responsable en el juicio de amparo había venido cambiando, principalmente con motivo de las jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Aunque había proscrito la posibilidad de que los actos de particulares fueran considerados como de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo.

Ahora, desde la redacción del artículo 1o. de la Ley de Amparo, que se refiere al objeto del juicio de amparo, se advierte que en su último párrafo el legislador dejó en claro lo anterior al establecer: “El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley”.

En relación con ello, el artículo 5o., fracción II, de ese mismo ordenamiento específica:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con *independencia de su naturaleza formal*, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general (énfasis añadido).

Así, es indiscutible que tal modificación resulta de trascendental importancia, ya que recae en una de las partes del juicio de amparo. Lo anterior, porque además irrumpe en una institución profundamente enraizada en

la tradición del amparo, que fue concebido como un juicio especial para proteger al ciudadano contra actos de autoridad con base en su constitucionalidad.

Lo anterior rompe con la tradición liberal clásica de entender el amparo exclusivamente en contra del Estado, para acercarnos a sistemas jurídicos más desarrollados, como en Alemania, donde la Corte Constitucional sostuvo: “los derechos constitucionales no son derechos defensivos de los individuos en contra del Estado, sino que comprenden un orden de valor objetivo que aplica a todas las áreas del derecho... y que provee guías e impulsos para la legislación, administración y judicatura”.¹

Asimismo, esta reforma se enmarca dentro de la transformación del Estado, hacia la transferencia de las funciones públicas al sector privado, que ha dado un sinnúmero de literatura a nivel internacional desde hace algunos años; de ahí ha surgido el concepto de Estado “adelgazado”, en el cual la autoridad pública sólo retiene ciertas funciones directamente ejecutadas por éste, así como el término Estado “facultativo” (*Gewährleistungsstaat*), en el que el Estado cede de una forma u otra, o hasta cierto grado, sus funciones, facultando al sector privado para llevarlas a cabo, dentro de un marco legal nacional, mientras el Estado solamente asume la denominada “función facultativa”.²

En nuestro país, el medio más común para tal delegación de facultades es la concesión, ya que a través de ésta se entregan a los particulares ciertas actividades o la explotación de recursos federales que la administración pública no está en condiciones de desarrollar por diversos factores, como son: falta de recursos económicos, tecnológicos, humanos o por cuestiones políticas.

De esta manera, el dominio del control constitucional y judicial de las autoridades públicas se va a expandir radicalmente, dada la complejidad y la dinámica del proceso social.

Entonces, será el Poder Judicial de la Federación el ente que se encargue de vigilar y mantener la supremacía constitucional federal, de dotar de contenido y resolver sobre esta reforma, que ha sido denominada comúnmente como “amparo contra particulares”, pero que dicha connotación puede ser engañosa por las razones que más adelante se expondrán.

En ese entendido, la problemática que aborda este ensayo es la inclusión del concepto de autoridad responsable de los actos de particulares, ya

¹ Tribunal Constitucional alemán, 15 de enero de 1958, caso *Lüth*.

² Parrest, Nele, *Límites constitucionales de transferencia de funciones públicas al sector privado en Estonia* (*Constitutional Boundaries of Transfer of Public Functions to Private Sector in Estonia*), disponible en: <http://www.juridicainternacional.eu/?id=14185> (consultado el 15 de julio de 2013).

que una interpretación estricta de su significado puede llevar a reducir la protección amplia de los derechos humanos que se intentó dar a los gobernados, pero una demasiado flexible puede llevar a desbordarla.

Lo anterior, con independencia del tema de la constitucionalidad de los artículos 1o. y 5o. de la Ley de Amparo transcritos, que surge en razón de que los textos de los artículos 103 y 107 constitucionales no fueron modificados de la misma manera para contemplar dicha adición, pues ello sería materia de una discusión diversa, aunado a que, de todas maneras, al no haber aún un pronunciamiento sobre ello y estar vigente el texto legal de la Ley de Amparo, es de suma importancia la problemática que se expone.

II. DESARROLLO

Desde la creación del Estado de derecho la ideología predominante fue que los derechos fundamentales contenidos en las normas constitucionales sólo eran aplicables en las relaciones entre éste y los particulares, y por tanto sólo se podía exigir el reconocimiento y reparación de las garantías ante violaciones provenientes de los poderes públicos, es decir, de las autoridades que lo componen.

Esta percepción se encuentra en las primeras definiciones de autoridad para efectos del juicio de amparo en nuestro país, como la aportada por el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, que define como autoridad a “aquel órgano estatal investido de facultades de decisión o ejecución, cuyo desempeño, conjunto o separado, produce la creación, modificación o la extinción de situaciones generales o especiales, jurídicas o fácticas, dentro del Estado, o su alteración o afectación, todo ello en forma imperativa”.

Como se observa, esta definición enfatiza la naturaleza pública del órgano, pero la noción de autoridad fue evolucionando en la práctica judicial, dado que en la anterior Ley de Amparo, publicada el 10 de enero de 1936 en el *Diario Oficial de la Federación*, se constituía como un requisito de procedencia que el acto del cual el quejoso solicitara el amparo del Poder Judicial de la Federación, proviniera de una autoridad responsable, la cual conceptualizaba de manera vaga al señalar, en el artículo 11, que es “la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado”. De ahí surgieron los términos de “autoridad ordenadora” y “autoridad ejecutora”.

Por ende, dado que ni la Constitución ni la propia Ley de Amparo proporcionaban una definición detallada, ello permitió que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados emitieran diversas inter-

pretaciones, algunas de ellas ya apuntaban hacia una amplitud del concepto, pero otras lo consideraron desde una perspectiva más restrictiva.

Esta incertidumbre privilegió que existieran actos ajenos al control jurisdiccional y afectó la eficacia del juicio de amparo en perjuicio de los gobernados, quedando excluidas las actuaciones de personas o entidades que sin ser formalmente órganos del Estado se comportaban y actuaban como auténticas autoridades.

En un inicio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al enfrentar esta problemática en el caso de Marcolfo F. Torres, optó por una noción progresista y de mayor protección, al emitir el Pleno en la Quinta Época la jurisprudencia siguiente:

AUTORIDADES. El término “autoridades”, para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.³

En dicho caso, tal como lo rememora el actual ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea al comentar el caso del quejoso Marcolfo F. Torres, que acudió a solicitar el amparo en contra de actos del mayor Canuto Ortega, consistentes en expulsarle del pueblo de Sahuaripa, Sonora, y privarlo de su libertad, el juzgador que conoció del juicio negó el amparo en virtud de que el juicio constitucional procede en contra de autoridades, y Canuto Ortega era un particular, dado que carecía de este carácter en su sentido clásico, puesto que era un generalote de la Revolución y no un titular de órgano de autoridad alguno.

En la Suprema Corte esta decisión fue revocada, pues se consideró procedente el amparo ya que Canuto Ortega sí tenía carácter de autoridad para efectos del amparo, dado que tenía a su cargo la fuerza pública. Al respecto, precisó que por autoridades no debe entenderse únicamente a las establecidas conforme a la ley, sino a todas las personas que por circunstancias legales o de hecho están en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos, al ser pública la fuerza de que disponen. De la aplicación de dicho criterio es que se fijó como elemento indispensable del carácter de autoridad, el ejercicio de la fuerza pública.

Otro de los problemas que enfrentaron los tribunales federales fue el de los organismos públicos descentralizados, ya que principalmente se identificaba a las autoridades con los órganos centrales del Estado.

³ Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, p. 1067.

En relación con estos órganos, se sostuvo que dada su naturaleza jurídica y fines específicos consistentes en la realización de actividades preponderantemente económicas y de prestaciones de servicios públicos y sociales, no podían considerarse como autoridades responsables para efectos del juicio de amparo, es decir, se negaba que tuvieran una conducta imperativa y coercitiva respecto de los particulares.

Empero, los tribunales colegiados también tuvieron su aportación, que trató de orientar un criterio más proteccionista, tal como se refleja en las tesis que a continuación se transcriben:

AUTORIDADES. QUIÉNES LO SON. Este Tribunal estima que para los efectos del amparo son actos de autoridad todos aquellos mediante los cuales funcionarios o empleados de organismos estatales o descentralizados pretenden imponer dentro de su actuación oficial, con base en la ley y unilateralmente, obligaciones a los particulares, o modificar las existentes o limitar sus derechos.⁴

AUTORIDADES. QUIÉNES LO SON, PARA EFECTOS DEL AMPARO. Conforme a la tesis de jurisprudencia visible con el número 54 en la página 115 de la Sexta Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en 1965, autoridades son, para los efectos del amparo, todas aquellas personas que de hecho o de derecho “disponen de la fuerza pública”. Esa tesis, formada con ejecutorias que van del tomo IV al tomo LXX de la Quinta Época del Semanario citado, necesita ser afinada en la época actual, en que las funciones del Poder Ejecutivo se han desplazado con complejidad creciente a organismos descentralizados y paraestatales. Y se tiene que llegar a la conclusión de que si los particulares no pueden por su voluntad unilateral, ni por estipulación respecto de tercero (artículos 1860, 1861, 1868 y relativos del Código Civil aplicable en materia federal), imponer a otros cargas que sean exigibles mediante el uso de la fuerza pública, ni directamente ni indirectamente (acudiendo para ello a los tribunales, por ejemplo), uno de los elementos que viene a caracterizar a las autoridades, para los efectos del amparo (artículo 103, fracción I, de la Constitución federal), es el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan, en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública (según que dispongan ellas mismas de esa fuerza, o que haya posibilidad de un camino legal para acudir a otras autoridades que dispongan de ella). Y cuando esas cargas sean en alguna manera exigibles mediante el uso de la facultad económico-coactiva, como

⁴ Jurisprudencia, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 145-150, sexta parte, p. 366.

impuestos, derechos o aprovechamientos (artículo 1o., fracción I, del Código Fiscal de la Federación), se estará frente a autoridades facultadas para dictar resoluciones de carácter fiscal.⁵

Como se observa, nuestra judicatura ha dotado de diverso contenido a dicho concepto y pone de manifiesto la importancia de precisar el sentido y alcance del concepto de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, pues a pesar de que la Ley de Amparo fue creada para proteger a los individuos del abuso del poder del Estado, no estaba a la par de la evolución del sector público, las privatizaciones y la participación de los particulares en auxilio de la administración pública.

De ahí que, como resultado de una combinación de efectos de una interpretación judicial restrictiva, así como de la naturaleza cambiante y del involucramiento voluntario del sector privado en los servicios públicos, es que se enmarca la reforma a la figura procesal de la autoridad responsable, en un intento de hacer el ejercicio público totalmente responsable de las violaciones a los estándares internacionales de derechos humanos y de proveer remedios legales efectivos, que comprendieran a un extenso rango de órganos públicos.

Sin embargo, cabe aclarar que no parece estar dentro de esta discusión de los actos de particulares “equivalentes” a los de autoridad aquellos que provienen de órganos del Estado pero que ya la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que no son actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, como las paraestatales, en el caso de la Comisión Federal de Electricidad.

Las jurisprudencias del máximo tribunal del país en este sentido son las de los rubros siguientes:

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AVISO RECIBO POR SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL AJUSTE EN EL MONTO DEL CONSUMO DERIVADO DE ÓRDENES DE VERIFICACIÓN, COBRO O CORTE DE DICHO SUMINISTRO Y SU EJECUCIÓN, NO SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN O DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (ACLARACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 167/2011 [9a.]),⁶

⁵ *Idem.*

⁶ Jurisprudencia, Décima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, octubre de 2012, t. 3, p. 1457. “Una nueva reflexión conduce a esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a abandonar los criterios contenidos en las jurisprudencias 2a./J. 98/2006 y 2a./J. 120/2006, así como en las tesis 2a. CXXX/2010 y

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. LA DETERMINACIÓN QUE EMITE EN RELACIÓN CON LA RECLAMACIÓN FORMULADA CONTRA UN AVISO RECIBO POR CONCEPTO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO ES UN ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.⁷

2a. CXXXI/2010, en los que se estableció que contra la determinación de ajuste en el monto del consumo de energía eléctrica efectuada por la Comisión Federal de Electricidad, derivada de la verificación al medidor del consumidor, las órdenes de verificación, cobro o corte del suministro de dicho fluido y su ejecución, y el aviso recibo por concepto de dicho suministro expedido por aquélla, procede el recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, a través del cual pueden paralizarse sus efectos, y que contra la resolución recaída a dicho medio de defensa procede el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que igualmente hace posible la suspensión de los efectos de aquélla; para ahora sostener que tales actos son inimpugnables mediante dichos medios de defensa, pues si bien tanto éstos como el juicio de amparo indirecto son de distinta naturaleza y alcance, lo cierto es que comparten una nota fundamental consistente en que su procedencia versa en torno a la existencia de un acto de autoridad; naturaleza que no tienen los referidos actos, pues la relación jurídica entre los particulares usuarios del servicio de energía eléctrica y la Comisión Federal de Electricidad no corresponde a la de una autoridad y un gobernado (de supra a subordinación) sino, como ya lo definió esta Segunda Sala en las jurisprudencias 2a./J. 112/2010 y 2a./J. 113/2010, a una relación de coordinación entre aquéllos, originada mediante un acuerdo de voluntades donde ambas partes adquieren derechos y obligaciones recíprocos, la cual no puede desnaturalizarse en función de algún medio de defensa que el usuario haga valer contra los referidos actos dentro de esa relación, pues no corresponden a los privativos y de molestia previstos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que no derivan de un mandamiento unilateral del Estado, sino de la mera consecuencia del contrato de suministro de energía eléctrica; con mayor razón porque conforme a los numerales 163 a 166 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, es la Secretaría de Energía la que debe practicar visitas de inspección para verificar el correcto uso del servicio”.

⁷ Jurisprudencia, Décima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IV, enero de 2012, t. 4, p. 3218. “La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las jurisprudencias 2a./J. 112/2010 y 2a./J. 113/2010, de rubros: «COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AVISO RECIBO POR CONCEPTO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, INCLUSIVE CUANDO CONTENGA UNA ADVERTENCIA DE CORTE DEL SERVICIO, NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO» y «COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL CORTE O SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO», sostuvo que el aviso recibo por concepto de suministro de energía eléctrica, inclusive cuando contenga una advertencia del corte del servicio, no constituye acto de autoridad, toda vez que su origen se encuentra en un acuerdo de voluntades a través del cual el prestador del servicio (la Comisión Federal de Electricidad) y el usuario adquieren derechos y obligaciones recíprocos, y la relación jurídica que surge entre ellos no corresponde a la de autoridad y gobernado (de supra a subordinación), sino a una relación de coordinación entre ambos. Ahora bien, dado que la resolución dictada en la reclamación formulada ante la citada Comisión en términos del artículo 42 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y en las

Lo anterior se afirma, en tanto que existen dos grandes diferencias:

- a) *En el sujeto*. El acto proviene de un órgano del Estado, esto es, de una paraestatal; mientras que la nueva figura parte de la incorporación de un acto de un particular a uno de autoridad, lo que es un supuesto distinto.
- b) *En la naturaleza del acto*. En tales criterios la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que los actos derivaban de una relación jurídica que no corresponde a la de autoridad y gobernado (de supra a subordinación), sino a una relación de coordinación entre ambos, es decir, está equiparando el acto de una autoridad a un particular.

En esa medida, sería un contrasentido que habiendo sido calificada la naturaleza del acto de particular, quisiera ahora incluirse indebidamente dentro de esta nueva categoría de la Ley de Amparo.

Por otro lado, del análisis a esta nueva legislación en la materia, es evidente que el objeto del juicio de amparo abarca más allá de las actividades realizadas por el propio Estado, para abarcar las *funciones* realizadas a su nombre *por particulares*, actuando conforme a la ley.

Entonces, podemos apreciar que el texto del artículo 5o., en su fracción II, al establecer que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen *actos equivalentes a los de autoridad*, que afecten derechos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general, está orientado por un criterio material, esto es, atiende al objeto de la controversia más que al carácter de quien lo realiza.

Lo anterior, tal como se corrobora con la siguiente cita del ministro Zaldivar Lelo de Larrea:

...Lo que proponemos en el proyecto es dar la prioridad —como lo hizo la Corte a principios de siglo—, a la naturaleza propia del acto, por encima de

disposiciones generales vigésima y trigésimo novena del Manual de Disposiciones Relativas al Suministro y Venta de Energía Eléctrica Destinada al Servicio Público, en relación con un aviso recibo, no implica que la relación de coordinación derivada de un contrato de suministro de energía eléctrica se transforme en una de supra a subordinación, pues a través de dicha determinación no se ejerce una atribución o potestad, a más de que no resuelve propiamente un recurso, ya que sólo constituye la respuesta a una expresión de inconformidad con la que se busca que una de las partes de un contrato de suministro de energía eléctrica (la Comisión), conteste una petición de la otra (el usuario), en el marco contractual que las une, sin salir del ámbito privado; de ahí que contra la resolución en mención es improcedente el juicio contencioso administrativo federal, al no encontrarse prevista en alguno de los supuestos de competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en términos de las leyes Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y Orgánica de dicho Tribunal”.

la naturaleza de quien emite el acto. Entonces, con independencia de quién emite el acto de autoridad, se considerará autoridad para efectos del amparo, el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria. El derecho administrativo moderno presenta muchas figuras, merced a las cuales tanto organismos descentralizados como incluso particulares, realizan funciones que originariamente le deberían pertenecer al Estado y que afectan la esfera jurídica de los particulares...

Esta aproximación del amparo frente a actos de particulares que recogió nuestra legislación es coincidente con la de otros países europeos, tales como Alemania, España o Austria, en donde la comprensión de esta situación se debe observar desde la perspectiva de la naturaleza de la controversia y no restrictivamente de la legitimación procesal pasiva, como lo refiere Mijail Mendoza Escalante,⁸ al mencionar:

...Tal perspectiva de tratamiento resulta necesaria a efectos de explicar dogmáticamente por qué aun en ordenamientos jurídicos donde el amparo no procede frente a actos de particulares, el amparo tiene también como objeto controversias relativas a derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. De lo contrario, no podría explicarse cómo en ordenamientos como el alemán, el austriaco y el propio español, donde el amparo no procede frente a actos de particulares, el conocimiento de controversias relativas a la afectación de derechos fundamentales en relaciones entre particulares ha sido objeto de un vasto desarrollo jurisprudencial...

En ese entendido, no debe de perderse de vista que no se trata de una apertura total para que cualquier acto de los particulares sea objeto de análisis constitucional vía juicio de amparo, pues por regla general el amparo sigue siendo improcedente contra actos de particulares, tal como lo había sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde sus inicios.

AMPARO IMPROCEDENTE (CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES). Si los conceptos de violación se enderezan exclusivamente a sostener la existencia de ciertos derechos provenientes de pactos contractuales entre particulares, su desconocimiento por una de las partes, no es un acto decisivo, ni da lugar a ejercitar, en forma directa, el juicio de amparo, sin que previamente se decida en controversia ante las autoridades competentes, sobre dichos derechos.

⁸ Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España y consultor en derecho constitucional.

Aquí, lo que se intenta es evitar que el Estado y sus funcionarios evadan sus responsabilidades en materia de derechos humanos al delegar varias de sus funciones a los particulares o entidades privadas. Verbigracia, como sería en materia de educación o salud, en donde depende de entidades privadas para brindar un servicio público esencial. Es decir, se está creando una figura contraria a lo que en su momento fue la *autoridad actuando como particular* (desprovista de su carácter de imperio y requisitos primordiales),⁹ para por excepción considerar que podía promover el juicio de amparo.

Lo anterior, ya que en la jurisprudencia internacional es sabido que el Estado no puede eludir el salvaguardar los derechos humanos mediante la delegación a individuos o corporaciones de naturaleza privada, principio que se encuentra en diversos instrumentos de derechos humanos, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual México es parte.

Ahora, para una mejor comprensión de la distinción que hace la nueva Ley de Amparo se atiende a la categoría de: autoridades públicas “puras” y autoridades públicas “funcionales”, cuyo factor determinante es, justamente, la naturaleza de las funciones que se realizan.

Como autoridad pública “pura” se entiende aquellos órganos del Estado (secretarías, departamentos, autoridades locales o policía) que por su naturaleza deben cumplir con el mandato constitucional y respetar los derechos fundamentales en todas sus actividades, y por autoridad pública “fun-

⁹ En relación con lo anterior, resulta ilustrativa la tesis aislada 1a. CXIII/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIX, abril de 2013, t. 1, p. 965.

“PERSONAS MORALES OFICIALES. EL ARTÍCULO 9o. DE LA LEY DE AMPARO, NO VIOLA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA AL NEGARLE LEGITIMACIÓN A AQUÉLLAS PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO SI ACUDEN A UN PROCESO EN DEFENSA DE UN ACTO EMITIDO CON POTESTAD PÚBLICA. El hecho de que una autoridad acuda a un proceso en el que debe respetarse la igualdad procesal, como principio de la teoría general del proceso que otorga a las partes las mismas oportunidades de participación dentro de un procedimiento, de ninguna manera elimina la potestad de la autoridad involucrada. Esto es así, ya que en este caso se trata únicamente de una igualdad de tipo procesal, mientras que la igualdad que se requiere para que una autoridad pueda promover juicio es aquella en la que no haya relación de supra subordinación. Lo que delimita la procedencia del juicio de amparo no es la participación que se tenga dentro de un procedimiento, sino la pretensión que se relaciona con el mismo; y dicha pretensión necesariamente debe ser la tutela de derechos fundamentales y no la defensa de un acto emitido dentro de las funciones públicas encomendadas. Por todo lo anterior, el artículo 9o. de la Ley de Amparo es congruente con los principios constitucionales en materia de amparo y no vulnera el artículo 17 constitucional, al impedir que las personas morales oficiales promuevan juicio de amparo para defender la legalidad de un acto emitido dentro de sus funciones, aunque hubiesen participado en un procedimiento ordinario con igualdad de oportunidades de defensa frente a un particular”.

cional”, aquellos que sin ser autoridades “puras” ejercen funciones públicas y por tanto sus actos deben de respetar los derechos humanos cuando están en el ejercicio de funciones de naturaleza pública.

Empero, el definir límites a esta categoría de autoridad pública “funcional”, en donde encuadran los actos de particulares a que se refiere la Ley de Amparo actual, es una tarea difícil y controversial que el legislador ha encomendado a los tribunales federales al dejar abierta a su interpretación dónde debe trazarse la línea entre las funciones públicas y privadas; incluso más complicada de identificar que los actos de autoridad considerados puros.

Esta problemática no es propia de nuestro país, sino que se ha dado en diversas latitudes, aun en los países de tradición jurídica distinta como la anglosajona, y desde una visión de derecho comparado, los casos que se han presentado son un importante referente a tomar en consideración.

Ello, porque hasta hace poco la separación entre el derecho nacional o doméstico y el internacional era lejana. Sin embargo, esto ha cambiado totalmente.

Actualmente, los desarrollos internacionales han influenciado el sistema legal de nuestro país, en particular desde la reforma de junio de 2011, por la incorporación de los derechos humanos en el texto constitucional.

Desde esa perspectiva, la evolución de esta figura en otros países merece nuestra atención.

Conforme a la legislación del Reino Unido (sección 6 del Acta de Derechos Humanos), un particular o un ente privado puede ser considerado como autoridad pública si:

- Su estructura y trabajo están estrechamente relacionados con el órgano del Estado que le delegó sus actividades o lo contrató para ello.
- Está ejerciendo poderes de naturaleza pública directamente asignados por una ley.
- Está ejerciendo poderes coercitivos provenientes del Estado.

De igual forma, en la mayoría de los países latinoamericanos encontramos esa posibilidad de que el amparo se promueva en contra de particulares. La Constitución Nacional de la República Argentina de 1994, en su artículo 43, señala que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o *particulares*”, y que encuentra en el ámbito del amparo habeas data una protección efectiva de los datos personales en contra de actos de particulares que hacen uso de los mismos.

Además existen otros países, tales como Chile, Paraguay, Perú, Venezuela, Uruguay y El Salvador, que admiten la acción de amparo contra particulares en forma amplia y en forma restringida (Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras).

Por ejemplo, en Colombia, en la parte final del artículo 86 de su Constitución, se establece la acción de tutela en contra de particulares en la forma siguiente: “La Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

En relación con dicho numeral, existe una reglamentación específica contenida en el Decreto número 2591 de 1991.

Asimismo, en este país, al igual que en Argentina, la acción de tutela es procedente cuando una entidad privada vulnera el habeas data, es decir, haga un uso abusivo de la información.

En este último grupo se encuentra México, ya que se admite la procedencia del juicio de amparo pero en forma restringida, sólo respecto de ciertos particulares o empresas que ejercen una prerrogativa pública o sean concesionaras de una actividad pública.

Asimismo, cabe aclarar que al examinar este tema, usualmente por su estrecha relación, se aborda el diverso relativo a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), por el cual se extiende la tutela de los derechos fundamentales a los actos entre particulares.

Esta doctrina nació de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional alemán el 15 de enero de 1958, en el caso *Lüth*. En dicho caso, Enrich Lüth, club de prensa de la ciudad de Hamburgo, dirigió un llamado al público, a los propietarios de los cines y a los distribuidores para boicotear la película *Unsterbliche Geliebte*, del director cinematográfico Veit Harlan, basado en que fue el más prominente realizador de filmes nazis, en especial por la película que con anterioridad había producido titulada *Jud Süß*, de carácter antisemita.

El productor de la compañía distribuidora de la película demandó a *Lüth* por sus declaraciones y el tribunal ordinario lo declaró culpable, pues calificó su conducta como contraria a las buenas costumbres, según su Código Civil, y le condenó a abstenerse de seguir emitiendo sus opiniones.

En contra de tal acto, *Lüth* interpuso recurso de amparo y el Tribunal Constitucional anuló dicha sentencia por considerar que el acto no era ilícito porque constituía el ejercicio de la libertad de expresión, pero en la parte que interesa, ese tribunal sostuvo que el acto demandado era una decisión

del órgano judicial ordinario y competente, y por lo tanto un acto de poder público legitimado conforme a la tradición del Estado de derecho.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional Federal alemán se declaró competente para conocer del amparo, a pesar de que la cuestión que se debatía era un conflicto surgido en el marco de una relación entre particulares, y le imputó a la sentencia judicial la violación a un derecho fundamental.

Sin embargo, si bien pareciera haber cierta coincidencia en el planteamiento ideológico de fondo relativo a que el Estado debe proteger los derechos fundamentales de las personas ante eventuales afectaciones provenientes de otros particulares, lo cierto es que se trata de dos problemas diferentes, como bien se explica en la siguiente transcripción:

La eficacia horizontal de los derechos humanos es una problemática de naturaleza sustantiva, consistente en el de la sujeción de las relaciones entre particulares a los derechos fundamentales y la recíproca delimitación de éstos; por el contrario, en el proceso de amparo contra particulares, la problemática es eminentemente procesal y plantea cuestiones distintas a las tesis que se han aportado para abordar la cuestión del efecto *interpretatos* de los derechos fundamentales.

En ese sentido, debemos considerar que lo que acontece con esta nueva procedencia del juicio de amparo contra actos de particulares es un símil a lo que se dio con otra de las partes del juicio de amparo, como lo es el quejoso.

Al respecto, como se ha sostenido, la concepción primaria del sujeto que debe considerar como quejoso es el particular o gobernado; pero, excepcionalmente, se permitió que la “autoridad” pudiera serlo cuando estaba desprovista de esa naturaleza, es decir, cuando no actuaba como agente del poder público y ajeno de sus características de imperio, sino como un particular y se estuvieran afectando su patrimonio, dándosele el nombre en el juicio de amparo para su diferenciación de persona moral oficial.

En el artículo 7o. de la actual Ley de Amparo se recoge esa situación, en donde se hace patente la posibilidad antes mencionada, mismo que en su literalidad dispone:

Artículo 7o. La Federación, los estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de sus servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables, cuando la norma en general, un acto u omisión los afecten en su patrimonio respecto de las relaciones jurídicas en las que se encuentren en *un plano de igualdad con los particulares*.

Las personas morales oficiales estarán exentas de prestar las garantías que en esta Ley se exige a las partes (énfasis añadido).

Entonces, en ese supuesto lo que sucedió es que el legislador permitió limitadamente la procedencia del juicio de amparo por una “autoridad” cuando sus actos sean equivalentes a particulares, situación análoga a la que se presenta ahora respecto de la autoridad responsable, en donde se ubican dentro de ésta los actos de particulares cuando sean equivalentes a los de una autoridad.

Así, no obstante que la percepción es que la ampliación del concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo puede tener una incidencia en los ataques a los derechos fundamentales por parte de ciertos actores privados, siendo un avance hacia la oponibilidad de los derechos fundamentales en el plano horizontal, desde un enfoque de su eficacia mediata o indirecta, pero sin dejar de ser una respuesta moderada debido a las limitaciones que se introdujeron, siendo una de las más destacadas la relativa a que las funciones del particular *estén determinadas por una norma general*.

Por tanto, tratándose de los *poderes salvajes del mercado* a que se refiere Luigi Ferrajoli o bien poderes privados, que se han calificado también como factores reales de poder, pueden estar insuficientemente regulados o no regulados, tales como grupos financieros, monopolios empresariales, medios de comunicación, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, las iglesias, entre otros.

Por otra parte, también debe considerarse qué otras situaciones generan el cambio en la connotación de autoridad responsable para los efectos del juicio de amparo, ya que si bien se erige como una institución vanguardista en pro del ciudadano, también hay que reconocer las siguientes situaciones.

- 1) La incertidumbre de derechos y responsabilidades que pueden tener consecuencias prácticas importantes en su trabajo, como en el caso de los árbitros o adjudicadores, o de instituciones de diversa índole que no pueden establecer con certeza si su trabajo está afectado por esta reforma, ya que pueden estar participando en sectores públicos sin conocer si pueden ser responsables por violaciones a los derechos humanos.
- 2) Otro problema es que la ampliación de este concepto puede poner en riesgo la percepción y el estatus actual de ciertas organizaciones, como órganos independientes del gobierno, y poner en riesgo su contribución a políticas públicas.

III. CONCLUSIONES

En principio, es necesario reconocer que esta incorporación de los particulares al juicio de amparo no se está dando en una total apertura para la procedencia de cualquier acto de particulares, sino sólo de aquellos que revisten características imperativas a las de autoridad.

Así, queda abierto el debate para casos en que los actos en análisis provengan de particulares, tales como notarios, colegios de abogados, árbitros, universidades, centros de salud, entre otros.

Ello es así porque la propia Ley de Amparo deja abierta la posibilidad a los juzgadores de interpretar, según el caso y sus particularidades, cuando se está ante actos de particulares equivalentes a los de autoridad.

En vista de lo anterior, se proponen ciertos principios generales de interpretación que se consideran pueden ser efectivos y que permitirán una aplicación que satisfaga las obligaciones internacionales del Estado mexicano:

- a) *Aplicación del test de funcionalidad y no de institucionalidad.* Es importante que los actos de particulares se examinen desde un punto de vista funcional y no institucional, por lo que no debe hacerse referencia a si pertenece a un ente de gobierno sino a cualquier persona que realice un acto de naturaleza pública, y no lo será si el acto es de naturaleza privada.
- b) *Dotar de contenido al concepto de función pública y programas gubernamentales.* Existen pocos actos que pueden considerarse inherentemente públicos, es decir, que sólo los realiza el gobierno. Actividades tales como la educación y la salud pueden ser igualmente prestados por el Estado o por empresas, organizaciones de beneficencia o familias, por tanto, el limitar las funciones públicas a aquellas que sólo pueden ser llevadas por el Estado implicaría limitar estrictamente su significado y a la sazón dimensionar negativamente la procedencia del juicio de amparo. Y así, desafortunadamente permitir la vigencia de actos violatorios de derechos humanos.

En efecto, esta aproximación ha sido utilizada por la Corte Constitucional de Colombia, quien en la sentencia C-134/94 determinó que todo particular que presta un servicio público —cualquiera que éste sea— se encuentra en una posición dominante respecto de los usuarios del mencionado servicio, de tal manera que debe poder ser susceptible de control mediante la acción de tutela.

Además, las funciones que generalmente son consideradas públicas varían con el tiempo por tanto, un elemento importante para considerar cuando una función es pública es si el gobierno ha tomado responsabilidad por ella en beneficio del interés público. En ese sentido, si bien los servicios de salud pueden ser prestados por cualquier institución, cuando el Estado ha tomado o implementado un programa social relativo, tal como el de la “píldora del día siguiente”, por considerar que se trata de un programa de servicio social importante, y por tanto, el que se delegue su aplicación a las instituciones privadas de salud a través de los médicos adscritos no remueve su carácter público.

Sin embargo, un gran obstáculo de nuestra legislación es el requisito que establece que la función debe estar determinada por ley, ya que se considera que la proximidad con el deber legal proveniente de la norma no cambia la naturaleza de la función.

- c) *Los vínculos institucionales no necesariamente identifican a una función pública.* A pesar de que no se desconoce que tal nexo puede ser relevante para determinar si un particular puede estar realizando actos equivalentes a los de autoridad, no determina de manera objetiva la naturaleza del acto en sí. Una base para tal criterio de necesidad de tal vínculo o conexión no se ha encontrado dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de la Corte Europea de Derechos Humanos.
- d) *No confinar las funciones públicas al ejercicio del poder público o de la fuerza pública.* La menor proximidad o no de un particular con una institución del Estado no cambia la naturaleza de la función ni la capacidad de interferir con derechos humanos.

Por tanto, para no desvirtuar el verdadero sentido y necesidad de esta nueva connotación de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, es necesario que los juzgadores seamos sensibles para adaptarlo a las cambiantes circunstancias sociales y, consecuentemente, asegurar una protección adecuada de los derechos humanos. En tanto, como se ve, no existe una fórmula universal para resolver el problema.

En esa medida, no se considera que lo adecuado sea realizar una reforma a la Ley de Amparo para dar un catálogo preciso de actos de particulares, sino que parece una opción razonable el dejar abierta a la razón de los juzgadores esa flexibilidad para interpretar el derecho y adaptarlos, a los cambios sociales, pues lo que se requiere es una aplicación cuidadosa para realmente dar sentido a esta importante reforma del juicio de amparo.

Empero, una buena aproximación a esto sería recordar el pronunciamiento de la Corte del Reino Unido en el caso *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd. v. Donoghue* (27 de abril de 2001), en el que enfatizó que a la definición de lo que es una autoridad pública debe dársele una generosa interpretación.¹⁰

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS GONZÁLEZ, B., *El amparo contra actos de particulares o la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Panamá, Universal Books, 2012.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *El árbitro, ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?*, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRO%20AUTORIDAD%20RESPONSABLE%20PARA%20EL%20JUICIO%20DE%20AMPARO.pdf>.
- LUNA RAMOS, M. B., *Colegios profesionales. No son autoridades para efectos del juicio de amparo*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx>.
- MENDOZA ESCALANTE, M., *El amparo frente a actos de particulares*, disponible en: <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/i/amparo.vs.particulares.pdf>.
- PARREST, Nele, *Límites constitucionales de transferencia de funciones públicas al sector privado en Estonia (Constitutional Boundaries of Transfer of Public Functions to Private Sector in Estonia)*, disponible en: <http://www.juridicainternational.eu/?id=14185>.
- SALGADO TERRAZAS, R., *La autoridad responsable en el juicio de amparo*, México, UNAM, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx>.
- SILVA GARCÍA, F., “¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 34, 2012.
- UNITED KINGDOM, *House of Lords and House of Commons. Joint Committee on Human Rights, The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act* (Seventh Report of Session 2003-2004), Londres, 2004.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002.

¹⁰ 2001, EWCA Civ 595.

EL JUICIO ORAL MERCANTIL

Alberto Fabián MONDRAGÓN PEDRERO*

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Reglas generales del juicio oral mercantil*. III. *Procedimiento oral mercantil*. IV. *Audiencia preliminar*. V. *Audiencia del juicio*. VI. *Sentencia*. VII. *Bibliografía*.

I. PRESENTACIÓN

Cuatro lustros han transcurrido de cultivo educativo, con los cuales nos ha deleitado el doctor Jorge Alberto Witker Velásquez, destacando que en cada jornada, la gran cosecha de alumnos a los cuales ha enseñado a respetar y querer el gran *mundo del derecho*.

En Jorge Alberto Witker Velásquez destaca el hombre que lucha separando lo bueno de lo malo, para caminar en lo sano y correcto, buscando el bienestar de los demás.

Sirva la presente investigación para reconocer y agradecer al amigo y maestro por su entrega desinteresada, honesta y cabal en beneficio de la academia y reivindicando la palabra “maestro”.

Iniciaré con un resumen del juicio oral mercantil, el cual por su forma de regulación es un juicio mixto, toda vez que la demanda, la contestación, la reconvencción y la contestación a la reconvencción se formulan por escrito.

La fase procesal de ofrecimiento de pruebas queda integrada en los escritos de demanda, de contestación, de desahogo de la vista con las excepciones, con la demanda reconvenccional, con la contestación a la demanda reconvenccional y el desahogo de la vista con las excepciones que en su caso se hubieren formulado al contestar la demanda reconvenccional.

* Doctor y maestro en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM; profesor titular de Concursos mercantiles y de Procedimientos mercantiles en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Una vez nivelada la tramitación procesal surge por excelencia la oralidad, como se puede observar de las audiencias preliminar y de juicio, que por regla general se registran por medios electrónicos; sin embargo, también permite cualquier otro idóneo a juicio del juez, siempre que se garantice la fidelidad e integridad de la información; lo anterior tiene como sustento jurídico el artículo 1390 bis 26 del Código de Comercio.

Es positivo el principio de inmediatez en el juicio oral mercantil, ya que permite un mayor acercamiento del juzgador con las partes, en búsqueda de una impartición de justicia pronta y expedita, sin descuidar la seguridad jurídica.

II. REGLAS GENERALES DEL JUICIO ORAL MERCANTIL

1. *Cuantía*

Respecto de la cuantía, de conformidad con el artículo 1390 bis del Código de Comercio, sólo se tramitarán en la vía oral mercantil negocios que en este momento su cuantía no exceda de \$520,900.00 M.N., por concepto de suerte principal, sin que sean de tomarse en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de presentación de la demanda, debiendo actualizarse dicha cantidad anualmente.

Cabe señalar que corresponderá a la Secretaría de Economía actualizar cada año por inflación el monto expresado en pesos en el párrafo anterior y publicarlo en el *Diario Oficial de la Federación* a más tardar el día 30 de diciembre de cada año.

2. *Limitación de jurisdicción oral mercantil*

No se deberán tramitar en juicio oral mercantil controversias cuya cuantía sea indeterminada, ni aquellos juicios con una tramitación especial, ya sea en el Código de Comercio o en otras leyes.

3. *Recursos*

En la reforma procesal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2012 y que produjo sus efectos al día siguiente de su publicación se establece en el párrafo segundo del artículo 1390 bis del Código de Comercio que la resolución pronunciada en el juicio oral mercantil no admite

recurso ordinario y, en consecuencia, no admite ni recurso de apelación ni de revocación.

4. *Dirección procesal*

En la tramitación del juicio oral mercantil el juez deberá desarrollar su función en forma pronta y expedita, dando seguridad procesal a las partes y para ello debe contar con las más amplias facultades en el desempeño de su actividad jurisdiccional, destacando lo siguiente:

- a) Fundamento a la dirección procesal. El artículo 1390 bis 4 del Código de Comercio establece que el juez tiene las más amplias facultades de dirección procesal para decidir en forma pronta y expedita lo que en derecho convenga.
- b) Facultad de aplicación de medidas de apremio. Con fundamento en el artículo 1067 bis del Código de Comercio.
- c) Respecto de la nulidad de una actuación. Se presentan diferentes reglas, en términos del artículo 1390 bis 6 del Código de Comercio.

5. *La nulidad de una actuación*

Deberá reclamarse en la audiencia subsecuente, bajo pena de quedar validada de pleno derecho.

- a) La nulidad producida en la audiencia de juicio deberá reclamarse durante ésta.
- b) La nulidad por defecto o inexistencia de la comunicación que debe realizar el juzgador al demandado, haciéndole saber la existencia de un juicio en su contra y el plazo que se le otorga para contestar la demanda, conocida como emplazamiento, podrá reclamarse en cualquier momento.

6. *Supletoriedad*

De conformidad con el artículo 1390 bis 8 del Código de Comercio, en lo no previsto al capítulo especial del juicio oral mercantil se aplicarán las reglas generales del Código de Comercio en cuanto no se opongan a las disposiciones del juicio oral. De igual manera, serán admisibles todos los medios de prueba que puedan generar certeza en el juzgador de conformidad

con el artículo 1205 del citado Código de Comercio, respetando las reglas especiales del juicio oral mercantil.

Deberá reflexionarse que previo a la aplicación de las reglas generales establecidas en el Código de Comercio, deben respetarse los principios rectores del proceso establecidos en el artículo 1390 bis 2 del Código de Comercio.

III. PROCEDIMIENTO ORAL MERCANTIL

1. *Concepto de demanda*

La demanda tiene múltiples definiciones, destacando las siguientes:
El autor Jaime B. Berger señala:

Se considera que la palabra “demanda” se reserva para designar con ella el acto inicial de la relación procesal, que se trate en un juicio ordinario o en un juicio especial, es decir la primera petición que resume las pretensiones de actor. Puede definírseles, entonces como el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción, solicitando del tribunal la protección, declaración o la constitución de una situación jurídica. Según sea, en efecto, la naturaleza de la acción deducida, será la sentencia de condena, declarativa o constitutiva.¹

Carlos Arellano García entiende el concepto de demanda como:

Acto procesal de una persona física o moral denominada actor o demandante, en virtud de la cual, en forma escrita o verbal, solicita la intervención de órgano estatal jurisdiccional o del órgano arbitral jurisdiccional para que intervenga en un proceso controvertido que se dirige a una persona física o moral denominada demandada o reo, para forzar a esta última persona a las prestaciones que se reclaman.²

José Becerra Bautista señala respecto de la demanda lo siguiente: “La acción como potestad del ciudadano de pedir al Estado juez una resolución, con fuerza vinculativa para las partes, se ejerce a través de la demanda. Entendiéndose ésta por tanto, un presupuesto procesal, pues sin ella el proceso no puede instaurarse”.³

¹ Berger, Jaime, *Práctica forense en el procedimiento mercantil*, Guadalajara, Librería Carrillo Hermanos e Impresores, 1985, p. 261.

² Arellano García, Carlos, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2001, pp. 45 y 46.

³ Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, 4a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 63.

El autor José Ovalle Favela indica: “con la demanda se inicia el proceso, en su primera o única instancia, según se trate de un juicio de mayor o de menor cuantía, respectivamente. A través de ella, el demandante somete su pretensión al juzgador a quien solicita una sentencia favorable”.⁴

El maestro Humberto Briseño Sierra, en cuanto al concepto en estudio, hace saber: “Demanda es el pedimento que el actor hace ante el juez, reclamando alguna cosa, o solicitando se le declare algún derecho contra la persona a la que se dirige”.⁵

En su libro *Curia filípica mexicana*, don Juan Rodríguez de San Miguel la aborda dentro de un ámbito eminentemente práctico, de la siguiente forma:

Entre la demanda y la comparecencia la distinción podría hacerse con facilidad indicando que la primera requiere un escrito en tanto que la segunda se limita a la exposición oral; pero conviene tener presente que tanto en una como en otra se contienen sendas acciones y las respectivas pretensiones que hacia adelante, como presupuesto buscan una sentencia y hacia el pasado aluden el supuesto de conflicto sustantivo.⁶

Se concluirá el concepto “demanda” transcribiendo el dístico enunciado en latín y explicado por el maestro Carlos Arellano García que dice: *Quis, quid, coram quo, quo jure petatur et a quo, ordine confectus quisque libellus habet*.

Quis significa quien y alude al nombre de actor; *Quid* significa lo que, por tanto, hace referencia al objeto de la demanda, es decir, lo que el actor pide; *Coram quo* significa ante quien, por lo que apunta el requisito de señalar el órgano jurisdiccional ante quien se acude a instaurar la demanda; *Et a quo* significa de quien, por lo que alude al demandado o reo, dado que es contra el demandado contra quien se dirige la demanda; *Quo jure petatur* significa la necesidad de que en la demanda se exprese el fundamento jurídico que sirve de apoyo a la misma, o sea, el derecho de pedir; *Ordine confectus quisque libellus habet* alude a lo que debe contener una demanda adecuadamente confeccionada.⁷

2. Requisitos de la demanda

Es importante establecer que en el juicio ordinario mercantil y en el juicio ejecutivo mercantil no se regulan los requisitos que debe contener un

⁴ Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1980, p. 47.

⁵ Briseño Sierra, Humberto, *El juicio ordinario civil*, 2a. ed., México, Trillas, 1980, p. 329.

⁶ Rodríguez de San Miguel, Juan, *Curia filípica mexicana*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1978, p. 159.

⁷ Arellano García, Carlos, *op. cit.*, p. 55.

escrito de demanda, y en tal virtud, es un avance dentro de la legislación mercantil que se establezca en el juicio oral el artículo 1390 bis 11 del Código de Comercio, cuyas características son las siguientes.

A. *El juez ante el cual se promueve*

Dicho requisito se vincula con la jurisdicción y con su medida o contenido, que es la competencia:

- a) Significación gramatical de *la jurisdicción*. Siguiendo los lineamientos de Eduardo Pallares, desde el punto de vista etimológico tiene dos palabras, a saber: *jus*=derecho y *dicere*=decir, o sea, decir o declarar el derecho.⁸

A su vez, Giuseppe Chiovenda considera que la jurisdicción es “la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”.⁹

- b) La competencia. Es la medida o contenido de la jurisdicción; dentro de sus límites se encuentran la materia y la cuantía, apreciándose respecto de la *materia* que la ciencia del derecho mercantil ha buscado normas jurídicas que regulen la producción o el intercambio de bienes y de servicios destinados al mercado en general, que realizan personas físicas o morales, las relaciones que derivan de las mismas, así como los procedimientos que sirven para resolver las controversias mercantiles.

Conforme a la reforma procesal de fecha 9 de enero de 2012, la competencia en razón de cuantía para juicios orales mercantiles será procedente, en el momento de realización de este trabajo, cuando la cuantía no exceda de \$520,900.00 M.N., por concepto de suerte principal, sin que sean de tomarse en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de presentación de la demanda, debiendo actualizarse dicha cantidad anualmente.

⁸ Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 12a. ed., México, Porrúa, 1979, p. 506.

⁹ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, vol. 1, p. 21.

Es facultad y deber de la Secretaría de Economía actualizar cada año por inflación el monto expresado en pesos en el párrafo anterior y publicarlo en el *Diario Oficial de la Federación* a más tardar el 30 de diciembre de cada año.

Aunado a lo anterior, será importante siempre observar el contenido del artículo 1390 bis 1 del Código de Comercio, precepto que regula la prohibición de substanciar en juicio oral mercantil, procesos que tengan una tramitación especial en el Código de Comercio o en otras leyes o demandas en las cuales la pretensión sea de cuantía indeterminada.

B. Nombre completo del actor

En la fracción II del artículo 1390 bis 11 del Código de Comercio se señala textualmente lo siguiente:

“Artículo 1390 bis 11. La demanda deberá presentarse por escrito y reunirá los requisitos siguientes:

Fracción II. El nombre y apellidos, denominación o razón social del actor y el domicilio que señale para oír y recibir notificaciones”.

El texto transcrito genera crítica, ya que sería más sencillo establecer nombre completo del actor, porque si por ejemplo la parte actora fuera una dependencia pública, no se contempla dicha persona moral por el legislador.

La figura del “actor” se vincula con la legitimación activa, mediante la cual se tiene un interés en que se declare o constituya un derecho o se imponga una condena.

C. El nombre completo del demandado y su domicilio

Este requisito se vincula con la legitimación pasiva, es decir, que el demandado preferentemente no desea que se le declare o constituya un derecho o se le imponga una condena.

D. El objeto u objetos que se reclaman con sus accesorios

Este requisito se vincula con la pretensión, y lamentablemente dentro de la práctica procesal se le identifica con la acción procesal, la cual se imputa incorrectamente al actor; toda vez que mediante la acción procesal se pone en movimiento al órgano jurisdiccional, buscando emita una sentencia vinculativa para las partes en controversia.

E. Los hechos en los cuales funde su petición el actor

Deberá precisar los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene a su disposición; en caso contrario, deberá cumplir con el contenido del artículo 1061 del Código de Comercio.

A su vez, deberá proporcionar el nombre completo de los testigos que argumenta presenciaron los hechos que redacta en la demanda. Sin olvidar en la narración de los hechos que debe numerarlos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.

F. Fundamentación

El escrito de demanda en el juicio oral mercantil debe tener un soporte o base en la norma jurídica, en la doctrina, en las costumbres, en la jurisprudencia, o bien en los principios generales del derecho, surgiendo irregularidad al considerar que no es un requisito esencial de la demanda, toda vez que lo confunden con la potestad de citación de preceptos legales o principios jurídicos aplicables al caso concreto.

G. El valor de lo demandado

Su trascendencia es revisar hasta este momento que no exceda la cuantía de \$520,900.00 M.N., sin tomar en consideración intereses o accesorios.

H. Ofrecimiento de pruebas

Siguiendo los lineamientos del artículo 1390 bis 13 del Código de Comercio, en los escritos de demanda, contestación, reconvencción, contestación a la reconvencción y desahogo de vista de éstas, las partes ofrecen sus pruebas expresando con toda claridad cuál es el hecho o hechos que se tratan de demostrar con las mismas, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado los suscritos inicialmente, así como los de sus peritos y la clase de pericial de que se trate con un cuestionario a resolver y que debe rendirse durante el juicio, exhibiéndose los documentos que las partes tengan en su poder o el escrito sellado mediante el cual hayan solicitado los documentos que no tuvieran en su

poder, cumpliéndose con los lineamientos del artículo 1061 del Código de Comercio.

I. Firma del actor o de su representante legítimo

Este requisito se considera necesario para cumplir con el presupuesto procesal de la legitimación.

3. Resoluciones judiciales al escrito de demanda

A. Desechamiento

Cuando se incumple con un presupuesto procesal esencial, como sería el caso de incompetencia en razón de cuantía o de contener una tramitación especializada en el Código de Comercio.

B. Prevención

Por primera vez en el Código de Comercio se regula esta figura con los lineamientos que al efecto establece el artículo 1390 bis 12 del ordenamiento legal antes citado, a saber:

Artículo 1390 bis 12. Si la demanda fuere oscura o irregular, o no cumpliera con alguno de los requisitos que señala el artículo anterior, el juez señalará, con toda precisión, en qué consisten los defectos de la misma, en el proveído que al efecto se dicte, lo que se hará por una sola ocasión.

El actor deberá cumplir con la prevención que haga el juez, en un plazo máximo de tres días, contados a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación y, en caso de no hacerlo, transcurrido el término, el juez la desechará precisando los puntos de la prevención que no fueron atendidos y pondrá a disposición del interesado todos los documentos originales y copias simples que se hayan exhibido, con excepción de la demanda con la que se haya formado el expediente respectivo.

C. Admisión de la demanda

De cumplirse con los requisitos del artículo 1390 bis 11 del Código de Comercio, admite la demanda, se ordenará el emplazamiento al demanda-

do, concediéndole un plazo de nueve días para que conteste la demanda o, en su caso, realice la conducta procesal que a su interés convenga, bajo pena de preclusión.

D. El emplazamiento

Es un medio de comunicación de la autoridad al demandado, haciéndole saber la existencia de un proceso en su contra y otorgándole un plazo para que conteste la demanda, destacando que el artículo 1390 bis 10 del Código de comercio establece: “En el juicio oral únicamente será notificado personalmente el emplazamiento. Las demás determinaciones se notificarán a las partes conforme a las reglas de las notificaciones no personales”.

Surge la interrogante, ¿al formularse demanda reconvenional, de admitirse la misma a trámite, se ordenará notificación personal?

Aparentemente la respuesta se presenta en el contenido del artículo 1390 bis 18, que en su párrafo primero establece:

Artículo 1390 bis 18. El demandado, al tiempo de contestar la demanda, podrá proponer la reconvenición. Si se admite por el juez, se correrá traslado de ésta a la parte actora para que la conteste en un plazo de nueve días. Del escrito de contestación a la reconvenición, se dará vista a la parte contraria por el término de tres días para que desahogue la vista de la misma.

Si se vinculan los artículos 1390 bis 10 y 1390 bis 18 del Código de Comercio, se debe entender que no se manejará notificación personal, toda vez que en el Código de Comercio, en su aplicación general, se establece en el artículo 1067, párrafo primero, el significado de correr traslado, de la siguiente forma: “Artículo 1067. Los autos podrán ser consultados por las partes o por las personas autorizadas para ello, permaneciendo siempre dentro del local del tribunal.

La frase ‘dar o correr traslado’ significa que los autos quedan a disposición de los interesados y en su caso se entreguen copias”.

Sin embargo, se dejará la reflexión en el sentido de que al formularse demanda reconvenional, debe surgir un emplazamiento para el actor en el juicio primario y demandado en reconvenición, y en consecuencia, si le aplicamos la doctrina debe ordenarse notificación personal.

A su vez, respecto del emplazamiento, del contenido del artículo 1390 bis 15 del Código de Comercio no se contempla un citatorio previo; sin embargo, resulta deficiente la redacción al señalarse:

Artículo 1390 bis 15. El emplazamiento se entenderá con el interesado, su representante, mandatario o procurador, entregando cédula en la que se hará constar la fecha y la hora en que se entregue; la clase de procedimiento, el nombre y apellidos de las partes, el juez o tribunal que manda practicar la diligencia; transcripción de la determinación que se manda notificar y el nombre y apellidos de la persona a quien se entrega, levantándose acta de la diligencia, a la que se agregará copia de la cédula entregada en la que se procurará recabar la firma de aquel con quien se hubiera entendido la actuación. El notificador se identificará ante la persona con la que entienda la diligencia; requiriendo a ésta para que a su vez se identifique, asentando su resultado, así como los medios por los que se cerciore de ser el domicilio del buscado, pudiendo pedir la exhibición de documentos que lo acrediten, precisándolos en caso de su presentación, así como aquellos signos exteriores del inmueble que puedan servir de comprobación de haber acudido al domicilio señalado como el del buscado, y las demás manifestaciones que haga la persona con quien se entienda el emplazamiento en cuanto a su relación laboral, de parentesco, de negocios, de habitación o cualquier otra existente con el interesado. La cédula se entregará a los parientes, empleados o domésticos del interesado o a cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado, en caso de no encontrarse el buscado; después de que el notificador se haya cerciorado de que ahí lo tiene la persona que debe ser notificada; se expondrán en todo caso los medios por los cuales el notificador se haya cerciorado de que ahí tiene su domicilio la persona buscada. Además de la cédula, se entregará copia simple de la demanda debidamente cotejada y sellada más, en su caso, copias simples de los demás documentos que el actor haya exhibido con su demanda.

El actor podrá acompañar al actuario a efectuar el emplazamiento.

En tal virtud, se sugiere la adecuación del párrafo inicial del artículo 1390 bis 15 con la siguiente redacción:

Artículo 1390 bis 15. El emplazamiento se entenderá con el interesado, su representante, mandatario o procurador de encontrarse presentes, de no encontrarse el buscado la cédula se entregará a los parientes, empleados o domésticos del interesado o a cualquier otra persona que vive en el domicilio señalado y al entregarse la cédula se hará constar la fecha y la hora en que se entregue.

E. Conductas del demandado

Se presentan diversas conductas del demandado al momento del emplazamiento, entre las que destacan:

- a) No obstante ser juicio oral, la contestación a la demanda es por escrito y el ofrecimiento de pruebas también es por escrito.
- b) Al producirse la contestación a la demanda se formulan las excepciones, es decir, la defensa repulsa o ataca la pretensión ejercitada por el actor, reconociendo el Juzgador el manejo de las excepciones procesales, mismas que se encuentran reguladas en el artículo 1122 del Código de Comercio que a continuación se transcribe y de las cuales se dará vista al actor para que manifieste lo que a su interés convenga.

Artículo 1122. Son excepciones procesales las siguientes:

- I. La incompetencia del juez;
- II. La litispendencia;
- III. La conexidad de la causa;
- IV. La falta de personalidad del actor o del demandado, o la falta de capacidad en el actor;
- V. La falta de cumplimiento del plazo, o de la condición a que esté sujeta la acción intentada;
- VI. La división y la excusión;
- VII. La improcedencia de la vía, y
- VIII. Las demás al que dieren ese carácter las leyes.

- c) El demandado, conjuntamente con su escrito de contestación a la demanda, podrá formular demanda reconvenicional, en cuyo caso se concederá al actor en el juicio primario y demandado en reconvenición un plazo de nueve días para que conteste la demanda reconvenicional o manifieste lo que a su interés convenga. Con la observación que se realiza respecto de la notificación a la admisión a la demanda reconvenicional, si se considera un emplazamiento, aplicación del artículo 1390 bis 10 del Código de Comercio, y de considerarse que se corre traslado en términos del artículo 1067 del Código de Comercio, no implicaría notificación personal.
- d) Se presenta respecto de la demanda reconvenicional (en el artículo 1390 bis 18 del Código de Comercio, en su párrafo segundo) a juicio del suscrito una deficiencia procesal delicada que impedirá la tramitación del juicio oral mercantil de conformidad con lo siguiente:

El párrafo segundo del artículo 1390 bis 18 del Código de Comercio, establece: “Si en la reconvenición se reclama, por concepto de suerte principal, una cantidad superior a la que sea competencia del juicio oral en términos del artículo 1390 bis, cesará de inmediato el

juicio oral para que se continúe en la vía ordinaria ante el juez que resulte competente”.

Reviste especial trascendencia para el juicio oral mercantil el contenido del artículo 1390 bis 18 del Código de Comercio, de conformidad con lo siguiente:

- Al permitirse la demanda reconvenional, lo correcto es que sea por una cuantía que permita conocer en el mismo juicio oral mercantil, es decir, en términos del artículo 1390 bis.
- Al establecer el Legislador que si la cuantía es superior a \$520,900.00 cesará el juicio oral y se continuará la tramitación en la vía ordinaria, generará que los demandados formulen reconveniones por cuantía superior a la señalada en el artículo 1390 bis, independientemente de su procedencia o improcedencia, *impedirá que pueda continuar el juicio oral mercantil*.
- En el deficiente precepto materia de estudio, fue omiso para regular la casuística relativa a una demanda reconvenional con cuantía indeterminada, que siguiendo al citado 1390 bis 18 impediría que continuara el juicio oral mercantil.
- En tal virtud, la redacción del artículo 1390 bis del Código de Comercio, sin lugar a dudas, se contrapone al espíritu de los artículos 1339, 1340 y 1377 del Código de Comercio por lo siguiente:
 - Artículo 1377 del Código de Comercio. Regula que para la procedencia del juicio ordinario debe admitir recurso de apelación (juicio oral no admite el recurso de apelación).
 - Se deberá recordar que la demanda primaria (la del juicio oral), por su cuantía no admite recurso de apelación.
 - Si se permite que cese el juicio oral y se tramite como juicio ordinario mercantil, técnicamente debía admitir recurso de apelación, lo cual es contrario a los artículos 1339, 1340 y 1377 del Código de Comercio.

Se propone la adecuación del artículo 1390 bis 18, párrafo segundo, del Código de Comercio, al tenor siguiente:

Artículo 1390 bis 18. Si en la reconvenición se reclama, por concepto de suerte principal, una cantidad superior a la que sea competencia en el juicio oral en términos del artículo 1390 bis, o si se tratare en la demanda reconvenional pretensión de cuantía indeterminada, *se reservará el derecho del actor en reconvenición para que lo haga valer ante el juez que resulte competente*.

- e) Si el demandado formula allanamiento, de conformidad con el artículo 1390 bis 19 del Código de Comercio, el juzgador debe citar a las partes para la celebración de la denominada *audiencia de juicio*, que debe tener verificativo en un plazo no mayor de diez días, y celebrada dicha audiencia se dictará la sentencia correspondiente.
- f) Es pertinente establecer que haya o no el demandado contestado la demanda, surge la obligación para el juez de señalar día y hora para que tenga verificativo la audiencia preliminar dentro del plazo de los diez días siguientes.

IV. AUDIENCIA PRELIMINAR

La audiencia preliminar en el juicio oral mercantil debe cumplir con los siguientes objetivos:

1. *Depuración del procedimiento*

Momento procesal en el cual se deben recibir o desahogar los medios de prueba respecto de las excepciones procesales (artículo 1122 del Código de Comercio), dictándose la resolución que en derecho corresponda.

2. *La conciliación y/o mediación de las partes por conducto del juez*

- A) *Conciliación*. El procedimiento voluntario por virtud del cual un tercero ajeno a las partes que se entiende imparcial, y al cual se denomina “conciliador”, propone a las partes formas alternativas de solucionar el litigio. La conciliación puede darse fuera o dentro del proceso jurisdiccional; así como que el “conciliador” exclusivamente realiza propuestas o alternativas de solución a las partes, pero siempre serán las partes quienes decidan si las aceptan o no las aceptan.
- B) *Mediación*. Es reconocida en el juicio oral para efectuarse en la audiencia preliminar, sin embargo, el legislador no le dio una regulación procesal. Independientemente de lo anterior, se debe de entender como mediación al acuerdo de voluntades en que los intereses contrapuestos encuentran puntos de coincidencia, pero sin que en dicho acuerdo de voluntades intervenga la voluntad del tercero denominado “mediador”.

Cabe señalar que es criticable que mediante medios electrónicos quede constancia de las diferentes propuestas que surgen en la mediación, vista su confidencialidad, y en su caso en la conciliación, porque se dejó de observar la fracción XI del artículo 1132 del Código de Comercio, que al efecto regula: “Todo magistrado, juez o secretario, se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes: ...XI. Siempre que por cualquier motivo haya externado su opinión antes del fallo”.

En tal virtud, se sugiere redactar el artículo 1132, fracción XI, del Código de Comercio en los siguientes términos: “Artículo 1132. Todo magistrado, juez o secretario se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes: ...XI. Siempre que haya externado su opinión antes del fallo, *salvo en los casos de mediación* o de conciliación en los cuales no será causa de impedimento”.

Respecto a los medios alternativos de solución de controversias, es un momento ideal para solicitar su respeto y cumplimiento dando razón de ser al contenido del artículo 17, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en lo conducente regula: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.

Se ha considerado que la falta de *conciliación* no es una violación procesal que produzca indefensión a las partes, lo cual a la fecha es irregular tomando en cuenta la reforma constitucional y la aplicación que se debe dar a la actual Ley de Amparo, y en vía de ejemplo se señala: “AUDIENCIA PREVIA DE DEPURACIÓN PROCESAL Y DE CONCILIACIÓN. SU FALTA DE VERIFICACIÓN NO PUEDE CONSIDERARSE COMO VIOLACIÓN PROCESAL QUE PRODUZCA INDEFENSIÓN A LAS PARTES”.¹⁰

3. *La fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos*

No obstante que no ha entrado en vigor en su integridad el juicio oral mercantil, es pertinente establecer que difícilmente las partes podrán celebrar acuerdo de voluntades respecto de los hechos que no sean materia de controversia, en tal virtud, será el juzgador quien delimite cuál hecho o hechos son materia de controversia.

4. *Fijación de acuerdos probatorios*

De igual manera, las partes difícilmente celebrarán acuerdo de voluntades respecto de los medios de prueba, y en consecuencia, será el juzgador

¹⁰ Tesis aislada, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, agosto de 2010, t. XXXII, p. 2221.

quien delimite dichos medios de convicción, tomando en consideración los hechos materia de controversia.

5. *Calificación sobre la admisibilidad de las pruebas*

De no presentarse los acuerdos probatorios el juez tiene la potestad de determinar qué medios de prueba son admisibles. Es importante reflexionar que en el capítulo del juicio oral mercantil no es aplicable la regla prevista en el artículo 1198 del Código de Comercio, toda vez que limitativamente se deberá estar al contenido del artículo 1390 bis 13 del Código de Comercio.

V. AUDIENCIA DEL JUICIO

En la audiencia del juicio se procede al desahogo de las pruebas que se encuentran debidamente preparadas en el orden que el juez estime pertinente; al efecto, el juzgador contará con las más amplias facultades como rector del procedimiento, con la novedad de que se dejarán de recibir los medios de prueba que no se encuentren preparados, considerándose que es por causa imputable al oferente. En tal virtud, la audiencia no se suspenderá ni diferirá en ningún caso por falta de preparación o desahogo de las pruebas admitidas, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

1. *Pruebas en audiencia del juicio*

Es importante establecer que la prueba sirve para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, y en tal virtud, destaca la facultad del juzgador para valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que las pruebas no estén prohibidas por la ley y no sean contrarias a la moral.

2. *Sujeto de la prueba*

En todo momento deberá recordarse que el sujeto de la prueba es el juzgador, toda vez que es la persona a quien debemos convencer de la verdad respecto de los hechos controvertidos.

3. *Objeto de la prueba*

En todo momento es el acreditar los puntos controvertidos, es decir, identificar el acontecimiento con la realidad.

4. *Alegatos*

Recibidos los medios de prueba en la audiencia sólo se concederá el uso de la palabra por una vez a cada una de las partes para formular sus alegatos.

Concluida dicha fase procesal el juez deberá declarar el asunto visto y citará a las partes para la continuación de la audiencia dentro del término de los diez días siguientes, en los que se dictará la sentencia correspondiente.

VI. SENTENCIA

1. *Concepto*

Es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso.¹¹

José Becerra Bautista considera que la sentencia de primera instancia es la “resolución formal vinculativa para las partes que pronuncia un tribunal de primer grado, al agotarse el procedimiento, dirimiendo los problemas adjetivos y sustantivos por ella controvertidos”.¹²

Eduardo J. Couture señala: “Acto procesal emanado de los órganos de jurisdicción mediante el cual éstos deciden la causa o puntos sometidos a su conocimiento”.¹³

Don Eduardo Pallares conceptualiza: “Sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso”.¹⁴

En lo particular considero que la sentencia es una resolución emitida por un órgano jurisdiccional, por medio de la cual se resuelve sobre la *litis*

¹¹ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 146, cita a Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho procesal en el derecho*, México, UNAM, 1975, p. 99.

¹² Becerra Bautista, José, *op. cit.*, p. 169.

¹³ Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 421.

¹⁴ Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, 7a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 421.

planteada o sobre conductas incidentales que hayan surgido dentro y fuera del proceso.

2. *Clasificación de la sentencia*

- 1) Según la controversia que resuelvan pueden ser de fondo e interlocutorias; las primeras son aquellas que deciden el negocio principal (artículo 1322 del Código de Comercio). Las sentencias interlocutorias, acorde al artículo 1323 del Código de Comercio, son aquellas que deciden un incidente, un artículo sobre excepciones dilatorias o una competencia.
- 2) Tomando en cuenta la posibilidad de recurrir la sentencia, encontramos las no impugnables o sea aquellos juicios mercantiles, y en particular el juicio oral mercantil, cuya cuantía no exceda en este momento de la cantidad de \$520,900.00 M.N. (véanse, al efecto, los artículos 1339, 1340 y 1377 del Código de Comercio). Tratándose de sentencias interlocutorias, serán recurribles si lo fuere la sentencia de fondo.
- 3) Desde la perspectiva del sentido del fallo, suelen clasificarse en declarativas, constitutivas y de condena.
 - a) Sentencias *declarativas*. La sentencia declarativa tiene la finalidad de eliminar la incertidumbre sobre la existencia de derechos o negocios jurídicos, mediante el aseguramiento acabado por el juez y mediante la eficacia de la consiguiente sentencia.

El maestro José Becerra Bautista indica: “tienen por objeto único determinar la voluntad de la ley en relación al objeto deducido en juicio por las partes”.¹⁵

La sentencia declarativa agota su contenido cuando determina la voluntad de la ley en el caso concreto, como sería cuando un comerciante incumple con sus obligaciones y acude a la Ley de Concursos Mercantiles para que cumplidos los supuestos de los artículos 9o. y 10 de la citada Ley, se declare en concurso mercantil al incumplir con sus obligaciones.
 - b) Sentencia *constitutiva*. Es aquella en la cual surge un estado jurídico diferente al que originariamente se tenía. Este tipo de sentencias normalmente producen sus efectos desde que adquieren dicha calidad y no desde la demanda; excepcionalmente, pueden producirse sus efectos en forma retroactiva.

¹⁵ Becerra Bautista, José, *op. cit.*, p. 195.

- c) Sentencia *de condena*. Es la que además de determinar la voluntad de la ley en un caso concreto, impone a una de las partes una conducta determinada, ya sea de dar, hacer o no hacer, tomando en cuenta el tipo de sanción que contenga la norma abstracta.

Citando a Chiovenda, los autores Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga establecen:

La sentencia de condena presupone dos supuestos, la existencia de una voluntad de la ley que garantice un bien a alguien, imponiendo al demandado la obligación de una prestación. Y la convicción del juez que basándose en la sentencia, puédase, sin más, inmediatamente o después de un cierto tiempo, proceder por los órganos del Estado a los actos posteriores necesarios para la consecución efectiva del bien garantizado por la ley.¹⁶

- 4) Desde el punto de vista del resultado que obtenga la parte actora, se puede clasificar en estimatoria, cuando declare procedente la pretensión ejercitada por el actor, y desestimatoria, cuando niegue la procedencia a la acción procesal ejercitada por el actor.
- 5) No obstante que la sentencia no requiere requisitos de forma en su redacción, sí requiere el cumplimiento de requisitos en cuanto al fondo del negocio, surgiendo las siguientes características:
- a) Congruencia. Significa la conformidad en cuanto a la extensión, concepto y alcance entre lo resuelto por el órgano judicial y las pretensiones que los litigantes han formulado en el juicio, declarando lo correspondiente a cada uno de los puntos en controversia (artículo 1329 Código de Comercio).
 - b) Junto con la congruencia se debe observar la claridad y precisión; entendiéndose la claridad en que el acto decisorio no sea contradictorio en sus considerandos y su parte resolutive (artículo 1325 Código de Comercio).
 - c) En cuanto a la precisión, deberá contemplar el derecho que debe absolver o condenar, limitativamente con las acciones deducidas y las excepciones opuestas.
 - d) Motivación. Tiene por objeto evitar la arbitrariedad judicial, fundándose este principio en el artículo 14 constitucional que en lo

¹⁶ Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 330, cita a Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, vol. I, p. 185.

- conducente señala: “La sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la ley, faltando ésta, se fundará en los principios generales del derecho”.
- e) Exhaustividad. Estudiará y resolverá todas las acciones deducidas y todas las excepciones opuestas (artículo 1327 del Código de Comercio), y existiendo varios puntos litigiosos se hará con la debida separación la declaración correspondiente a cada uno de ellos (artículo 1329 del Código de Comercio), teniendo prohibición los tribunales de aplazar, dilatar, omitir o negar las resoluciones de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito (artículo 1328 del Código de Comercio).
 - f) En otras palabras, cumpliendo con el principio de definitividad del acto reclamado, y siendo el juicio de amparo un procedimiento extraordinario y no un recurso, sólo procede respecto de actos definitivos, en relación con los cuales no exista recurso alguno, o bien conducta procesal que pueda dar lugar a la modificación, revocación o anulación del acto reclamado (artículo 107, fracción III, incisos a y b, fracciones IV y V, inciso b, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

3. *La sentencia en el juicio oral mercantil*

La sentencia en el juicio oral mercantil obliga al juez a exponer oralmente y en forma breve los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su sentencia y leerá únicamente los puntos resolutivos. Acto seguido queda a disposición de las partes copia de la sentencia. Lo anterior se fundamenta en el artículo 1390 bis 39 del Código de Comercio y en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se concluirá reflexionando que no se justifica que concluida la recepción de los medios de prueba y formulados los alegatos, en ese momento o a más tardar al día siguiente, se dicte la sentencia definitiva, toda vez que al otorgarse un plazo de diez días en cumplimiento del artículo 1390 bis 38 del Código de Comercio, se pierde la esencia del principio de concentración previsto en el artículo 1390 bis 2 del multicitado Código de Comercio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1981.

- BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, 4a. ed., México, Porrúa, 1974.
- BERGER, Jaime, *Práctica forense en el procedimiento mercantil*, Guadalajara, Librería Carrillo Hermanos e Impresores, 1985.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El juicio ordinario civil*, 2a. ed., México, Trillas, 1980, vol. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, vol. 1.
- COUTURE, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1988.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1980.
- PALLARES, Eduardo, *Derecho procesal civil*, 7a. ed., México, Porrúa, 1978.
- , *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 21a. ed., México, Porrúa, 1994.
- PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, 9a. ed., México, Porrúa, 1972.
- RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan, *Curia filípica mexicana*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1978.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

COSTUMBRES CONSTITUCIONALES FEDERALES

Alfonso NAVA NEGRETE*

SUMARIO: I. *La costumbre*. II. *Artículos constitucionales*. III. *Artículos transitorios*. IV. *Transitorios constitucionales reglamentarios*. V. *Bibliografía*.

I. LA COSTUMBRE

Costumbre como la entendió el derecho romano: *Inverterata consuetudo opinio juris seu necessitatis*; traducción: *conducta reiterada con la conciencia que es necesaria y correcta*.

Costumbre constitucional está fuera del texto de la Constitución, pero surge de él. Es la conducta o actividad de las autoridades públicas o de los particulares o de ambos con la convicción de acatar o cumplir con la Constitución y dar origen a una norma semejante o parecida a la norma escrita de la Constitución. Es un derecho no escrito, obra de las autoridades públicas, que lo tienen como norma, como costumbre constitucional que avala el texto constitucional, sin que sea así.

Con las construcciones hermenéuticas de los tribunales del Poder Judicial federal, con las interpretaciones de las autoridades administrativas federales favorables a sus políticas públicas, la no intervención de los legisladores federales y la inconsciencia de los particulares, se gestan costumbres constitucionales, normas consuetudinarias constitucionales al margen de la Constitución.

Son numerosas las reformas que padece la Constitución, pareciera que los grandes problemas del país se resuelven reformándola, como así sucede al inicio de cada gobierno presidencial de seis años, el nuevo presidente de la República acostumbra ofrecer reformas a la Constitución. A la sombra de textos constitucionales intactos o reformados pululan costumbres consti-

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

tucionales que imaginan normas, inventan alcances jurídicos que la Constitución no prohija. A su amparo es por demás evidente la anticonstitucionalidad de los actos de autoridad que en ellas se apoyan.

Algunos casos nos sirven ahora de ejemplos y desarrollo.

II. ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES

1. *Artículo 17 de la Constitución*

Sin reforma dice el artículo: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho” (párrafo primero).

A cualquier propio o extranjero deberá sorprender semejante texto. Primero yo, hace más de medio siglo en mi trabajo en la Procuraduría Fiscal de la Federación, dependencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 1956. Aprendimos o conocimos todos los abogados que el primer Código Fiscal de la Federación, de 1938 y en vigor en 1939, regulaba el llamado procedimiento administrativo de ejecución, que la doctrina de derecho fiscal conocía y conoce como vía económica coactiva. Siguió la misma regulación el segundo y el tercer código vigente.

Sabido es que ese procedimiento lo aplica o sigue el fisco federal para el cobro de adeudos fiscales a cargo de los contribuyentes, y nada menos que con él se hace justicia por sí mismo. No necesita recurrir a tribunales, como sí los particulares. Se violó el precepto y se sigue violando. Asombra que la jurisprudencia federal no haya declarado anticonstitucional el procedimiento y el Código que lo prevé. Dice el artículo 145 del Código vigente: “Las autoridades fiscales exigirán el pago de los créditos fiscales que no hubieren sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la Ley, mediante procedimiento administrativo de ejecución”.

Ese procedimiento se inicia con el requerimiento de pago que hace la autoridad, si no hay pago se procede al embargo de bienes suficientes y luego sigue el remate de los bienes embargados, y con el precio del remate la autoridad fiscal se cobra el adeudo fiscal. En el siglo XIX el jurista don Ignacio L. Vallarta justificó tal procedimiento para el cobro de los impuestos, pues sin éstos la autoridad no tendría ingresos prontos para la prestación de servicios públicos y obras públicas, lo sostuvo en su “Estudio de la facultad económica coactiva”.

Muy lejos de la posición del célebre amparista es el alcance de hoy del procedimiento que se autoriza para todo crédito fiscal. Tiene el Código como crédito fiscal:

Artículo 4o. Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena.

Entre las contribuciones están los impuestos (artículo 2o. del Código). Son campos fiscales muy amplios los que regulan las leyes de impuestos y los que se comprenden en la Ley Federal de Derechos, éstos son ingresos o contraprestaciones que percibe el Estado por servicios que presta o por la explotación de sus bienes de dominio público.

Habla el artículo 145 del Código de las autoridades fiscales. Siempre fue única la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el fisco federal. Ahora por Ley del Seguro Social lo es el Instituto Mexicano del Seguro Social, sólo para el cobro de las cuotas obrero-patronales, e igual el Infonavit, ambos son organismos fiscales autónomos. Por reforma a la Ley de Aguas Nacionales es autoridad fiscal la Comisión Nacional del Agua. Se suman como autoridades fiscales las autoridades fiscales o financieras de los gobiernos de los estados que por magia jurídica de los convenios de colaboración administrativa que celebran la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los gobernadores de los estados, con base en la Ley de Coordinación Fiscal, se convierten en autoridades fiscales federales recaudadoras de créditos fiscales federales y reciben como pago por sus servicios una participación (porcentaje) en lo recaudado; estas autoridades locales “federalizadas” tienen la atribución de aplicar el procedimiento administrativo de ejecución.

Sin ser federales, las autoridades fiscales del gobierno del Distrito Federal, con apoyo en el Código Fiscal del Distrito Federal, usan ese procedimiento para el cobro de sus créditos fiscales; claro, sin importar el texto del artículo 17 de la Constitución. A la luz de este mandato se prohíba la costumbre seguida por autoridades federales y locales de hacerse justicia por sí o por propia mano.

2. Artículo 14 de la Constitución

Prevé el texto constitucional la garantía individual: de audiencia; la expresa así: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales

del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Está muy explorada la interpretación del texto por la doctrina y la jurisprudencia. Se entiende que el mandato obliga a legisladores, a tribunales y a las autoridades administrativas. Luego el legislador debe preverla en sus leyes; los tribunales, jueces, magistrados y ministros de la Suprema Corte de Justicia seguirla, acatarla, y las autoridades administrativas, sean federales o locales, cumplirla frente a los individuos o particulares. Unánime es el concepto que se tiene de la garantía: impone que antes de que se dicte una resolución de autoridad pública y afecte a la esfera jurídica de los individuos o personas, en alguno de los conceptos que cita el texto transcrito, deben ser oídas, escuchadas en defensa de sus derechos.

Aunque el precepto habla de juicio y de tribunales, la interpretación doctrinal y jurisprudencial que prevalece es en el sentido de que juicio equivale a procedimiento que se sigue ante autoridades jurisdiccionales o ante autoridades administrativas. Afirma el maestro emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, e insigne profesor de nuestra Facultad de Derecho, que lo fue, Ignacio Burgoa Orihuela: “Dicho procedimiento debe instituirse legalmente como medio para que el gobernado formule su defensa antes de que se realice en su perjuicio el acto administrativo de privación, ya que, según veremos, antes de éste debe brindarse la oportunidad defensiva para cumplir con la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional”.¹

Audiencia es previa a la resolución administrativa privativa de derechos. Juventino V. Castro, distinguido profesor de la Escuela Libre de Derecho y brillante ministro de la Suprema Corte de Justicia, que lo fue, en su magnífica obra *Garantías y amparo* sostiene que:

Como opinión personalísima, considero que por justicia, y por economía procesal, debería escucharse previamente a una persona antes de que la autoridad decreta una privación de sus derechos o realice actos que afecten las garantías individuales de ella, independientemente del otorgamiento de recursos que permitan combatir en vía ordinaria las determinaciones.²

Advierte el jurista que la audiencia así concebida le restará fluidez a la administración pública, pero esto último no es así, sólo se aplica la audien-

¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 37a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 551.

² Castro y Castro, Juventino Víctor, *Garantías y amparo*, 10a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 284.

cia respecto de resolución que podría afectar los derechos de los particulares a que alude el artículo 14 constitucional, ya que no toda la actividad administrativa agreda esos derechos.

Por interpretación procesal por constitucionalistas del llamado y conocido debido proceso legal o debido procedimiento legal que se prevé en la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana, se entiende que es un proceso debido que se sigue ante tribunales. Ante éstos se cumple con la garantía de audiencia, ante ellos se da la defensa de los particulares frente a resoluciones de las autoridades. Por cierto se tiene que los diputados constituyentes de Querétaro, hacedores de nuestra Constitución, se inspiraron en la Constitución de los Estados Unidos de América, y a esto se debe el parecido que tienen los textos de la Enmienda XIV y del párrafo segundo del artículo 14 constitucional. Otra interpretación que se da al debido proceso legal, no procesalista, es la del profesor constitucionalista estadounidense Edward S. Corwin, que afirma: “En general, *el debido procedimiento legal* significa en los procedimientos administrativos: primero, la adecuada oportunidad de ser oída para la parte cuyos intereses son afectados por la resolución de la entidad administrativa”.³

Y como es garantía de audiencia debe ser previa a la afectación administrativa. Resulta costumbre constitucional que las autoridades fiscales federales no acaten, no otorguen a los contribuyentes federales la garantía de audiencia, sin que el artículo 14 constitucional u otro texto haga la excepción. Entre las obligaciones y facultades que el Código Fiscal de la Federación prevé y fija a las autoridades fiscales federales ninguna se refiere al otorgamiento de la garantía de audiencia (título II, De las facultades de las autoridades fiscales, artículos 33 y siguientes). Lo mismo, el Código al señalar cuáles son los derechos y obligaciones de los contribuyentes no se ocupa del derecho de audiencia (artículos 18 y siguientes, título II).

Sorprendió mucho que la Ley Federal de los Derechos de los Contribuyentes (*Diario Oficial* del 23 de junio de 2005) dispusiera como uno de los derechos, lo siguiente: “XI. Derecho a ser oído en el trámite administrativo con carácter previo a la emisión de la resolución determinante del crédito fiscal, en los términos de las leyes respectivas” (artículo 2o.). Es decir, la figura jurídica correcta de la garantía de audiencia. Desafortunado es el agregado final del precepto, es nulo, es peor, falaz, inexistente. Decir: “en los términos de las leyes respectivas”, estas últimas no existían, el envío era inútil, nunca ha existido antes de esa ley una ley fiscal federal que fijara pro-

³ Cowin, Edward, *La Constitución norteamericana y su actual significado*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kroft, 1942, p. 196.

cedimiento para cumplir la audiencia, como tampoco con posterioridad. Es como suele decirse “letra muerta” la de la fracción XI.

Luego sigue vigente la costumbre constitucional: no existe audiencia constitucional para los contribuyentes.

3. *Artículo 16 constitucional. Visitas domiciliarias*

La interpretación de la Constitución o de la ley impone el uso de métodos de interpretación conocidos y el intérprete buscará desentrañar el sentido o alcance del mandato; el correcto, que es el que quiso dar al texto su creador, su legislador. Es el papel fiel del intérprete descubrir la voluntad auténtica del contribuyente que redactó el precepto constitucional o el legislador que formuló el contenido de la ley. Desvía su función el intérprete que encuentra un sentido o alcance de la norma que se interpreta que no tiene el texto que la aloja su labor así no es interpretadora sino integradora.

Resulta tarea cotidiana la interpretación de la ley para las autoridades administrativas que deben aplicarla correctamente, y la misma situación experimentan los particulares para cumplir con la ley en forma debida. La mala interpretación de la Constitución o de las leyes por las autoridades administrativas provoca numerosos juicios contenciosos administrativos y juicios de amparo.

Ahora bien, autoriza la Constitución la práctica de visitas domiciliarias administrativas y fiscales en los siguientes términos (artículo 16, antepenúltimo párrafo):

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Objeto de las visitas es ir al domicilio de las personas físicas o morales particulares para verificar o comprobar que cumplen o han cumplido con ordenamientos generales administrativos y fiscales.

Respecto a las visitas domiciliarias fiscales el texto constitucional es suficiente, sin necesidad de llegar a mayores detalles. Su regulación circunstanciada, cada vez más por reformas, a través de procedimientos, se ha realizado por el primero, segundo y tercero vigente Código Fiscal de la Federación. Su sometimiento a las formalidades de los cateos, que se previene en el mis-

mo artículo 16 constitucional, sí se cumple por los citados códigos, excepto en la existencia de una orden judicial. Existe una orden pero administrativa de autoridades fiscales federales.

No sucede igual en cuanto a las visitas domiciliarias administrativas. Aquí el texto constitucional no es suficiente y por esto se da otra costumbre constitucional. En efecto, la norma en principio se refiere sólo a reglamentos y no a leyes, como se hace en el texto para las visitas fiscales. Amén de que sólo se hace cita de dos tipos de reglamentos. No es correcto que se llegue a decir que la norma entendió o comprendió bajo esa palabra a la “ley”, pues los diputados constituyentes fabricantes del texto constitucional supieron con sabiduría jurídica en distintas partes de su obra distinguir lo que es ley y reglamento.

Imposible sacar una interpretación cuerda, limpia, honesta, natural, del texto fundamental que autoriza las visitas domiciliarias administrativas para comprobar el cumplimiento de leyes administrativas federales.

Sí existen previstos procedimientos administrativos para visitas de comprobación de leyes administrativas federales, como en la Ley Federal de Radio y Televisión, en la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, en la Ley del Seguro Social, por ejemplo. Y no se confunde ahora la visita con otra figura que es la inspección administrativa, que es un acto administrativo que se agota en su realización misma.

Nadie ignora que se hacen visitas domiciliarias administrativas respecto al cumplimiento de leyes, pero por costumbre constitucional, no por imperativo constitucional.

4. Artículo 131 constitucional, párrafo segundo

Motivada fundamentalmente por la inestabilidad que vivía la economía del país que requería que el Ejecutivo Federal tomara medidas prontas para hacer frente eficaz a la situación, fue lo que originó la iniciativa presidencial de reforma a dos artículos de la Constitución, el 49 y el 131, a éste con un nuevo segundo párrafo. En el fondo de la realidad nacional nuestra economía siempre ha estado y está inestable; prueba son las reformas económicas (fiscal sobre todo) que cada presidente toma al inicio de su sexenio de gobierno; tal sucede en el actual 2013. México no es la excepción, todos los países latinoamericanos son siempre inestables en su economía. Reciente ejemplo de inestabilidad en otras economías la dio la crisis financiera que vivieron y viven aún varios países de la Unión Europea (Portugal, España, Grecia, Chipre, etcétera).

Partió la Constitución con la clásica división de poderes, artículo 49, primer párrafo. Pero en el segundo hizo una excepción: “No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29”.

Así el Ejecutivo Federal o presidente de la República es legislador, dicta leyes, como ya lo hizo con base en el 29 de “suspensión de garantías individuales”, leyes con el valor formal que tienen las leyes del Congreso de la Unión.

Otra segunda excepción a la división de poderes fue la reforma que sufrió el artículo 49 en 1951 (*Diario Oficial* del 28 de marzo de 1951). Se agregaron las siguientes palabras al segundo párrafo de dicho precepto: “En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”.

Al mismo tiempo se reformó el artículo 131 (*Diario Oficial* del 28 de marzo de 1951) y se le adicionó el siguiente segundo párrafo:

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

Sin necesidad de interpretación alguna ambos artículos (49 y 131) prevén facultades legislativas al presidente de la República, que puede abrogar, derogar, reformar una ley del Congreso de la Unión o crear una ley, cierto, en los campos fiscal y administrativo que precisa el párrafo segundo del artículo 131. Se advierte por el párrafo que es el Congreso de la Unión el que debe autorizar, cada vez, el poder legislativo al Ejecutivo, es decir, que la norma constitucional no otorga directamente ese poder; está sujeto a la autorización previa del Congreso. Confirma el párrafo esta situación cuando impone al Ejecutivo dar cuenta del uso que realizó de semejante poder, cada año, al enviar el presupuesto ante el propio Congreso.

Deriva del texto en comento que el poder legislativo del presidente se ejerce año con año, y así es la autorización del Congreso; a la vez, al finalizar el año se debe dar cuenta del ejercicio del poder legislativo si éste se usó. Vigente el párrafo, el Ejecutivo se ajustó en la práctica a dicha anualidad.

Cambió el sentido del texto la expedición por el Congreso de la ley reglamentaria del párrafo segundo del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial* del 5 de enero de 1961), que fue sustituida por la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior (*Diario Oficial* del 13 de enero de 1986).

Con estas leyes el Congreso dio su autorización, de que se habla, en forma permanente, ya no cada año como lo dice el mentado párrafo. Fue iniciativa de ley del Ejecutivo, y entre éste y el Congreso modificaron la norma.

Más grave es el desacato constitucional que cometieron las leyes expedidas, cuando en su texto autorizan al presidente para que pueda ejercer su poder legislativo a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Industria y Comercio. Y en la práctica así se hizo; el *Diario Oficial* registró tales intervenciones. Flexibilidad o comodidad para el Ejecutivo, era una delegación del poder legislativo que el repetido párrafo no previno entonces ni hoy. Increíble, pero las dos secretarías ejercieron el poder legislativo que la Constitución asignó en lo individual y personal al presidente. Excepción gravísima, no constitucional, al artículo 72, inciso f, de la Constitución, que siempre ha prevenido en forma categórica lo siguiente: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos se observan los mismos trámites establecidos para su formación”.

Sí se siguen los trámites que la Constitución previene, inclusive los de los artículos 29 y 131, pero no se tiene como legisladoras a dos secretarías de Estado.

Vino después de aquellas dos leyes una tercera que rige hoy, es la Ley de Comercio Exterior, que sigue siendo reglamentaria del artículo 131. Incurrir en el mismo vicio de inconstitucionalidad al otorgar en tiempo indefinido o permanente poder legislativo al Ejecutivo; repetimos que debe de ser anual por el Congreso sin desconocer así la letra del 131. Es cierto que la tercera ley sólo autoriza a la Secretaría de Industria y Comercio —hoy Secretaría de Economía— a legislar (artículo 3o.), bajo el mismo pecado de anticonstitucionalidad.

Suma de los comentarios es que estamos en presencia de una costumbre constitucional federal que es inobjetable.

III. ARTÍCULOS TRANSITORIOS

Fue una vieja o arcaica costumbre, práctica o regla seguida por el Legislativo federal de poner en sus leyes, al final de su texto, únicamente dos

artículos transitorios, el primero para señalar la fecha de vigencia del texto legal que se expide, y el segundo, en el caso, referido a la abrogación o derogación de otra ley o leyes anteriores. Era la composición clásica de las leyes federales: texto principal y dos artículos, o uno, transitorios; testigo lo fue por largos años el *Diario Oficial*.

Sin conocer la fecha, el legislador federal inventó otra redacción para sus leyes. A uno o dos artículos transitorios, adicionó otros más, con dos o tres párrafos cada nuevo artículo. Siguió y sigue el legislador el procedimiento de aumentar transitorios sin que tenga algún límite; en la Constitución no existe, se ha vuelto una labor formal legislativa. Se advierten fines diversos que afrontan los nuevos transitorios. A veces para condicionar la vigencia a otro tiempo posterior al de la ley de algunos preceptos, como sucede con frecuencia en las leyes fiscales federales; se utilizan para precisar el alcance de algún mandato de la ley; aclaran frases o conceptos o palabras que usa la ley; mantener la vigencia de reglamentos o de disposiciones generales; pero la manía de acrecer transitorios persiste y en aumento. Pero lo más insólito, que no irregular, se observa con la simple lectura de los agregados que son complemento de los mandatos de la ley, como si se hubieran olvidado de meterlos en el texto principal.

Un ejemplo de lo expuesto es la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2013, que tras varios textos de sus treinta artículos todavía previene sendos textos de cuatro transitorios, los tres últimos son continuación de fondo. Igual ocurre con otra ley: Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2013, y sorpresa, como parte de la ley incluye “Anexos” que son programas para la ejecución de la ley. De reciente manufactura, la Ley Federal de Justicia para Adolescentes de 180 artículos y nueve transitorios (*Diario Oficial* del 27 diciembre 2012). Otro caso más, la ley que reformó la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (*Diario Oficial* del 2 de enero de 2013) registra, después de los textos reformados, doce transitorios. Son ahora más de uno o dos transitorios.

Comentario final de lo considerado es que los transitorios, sin importar su nombre, son parte formal de la ley. Muchos transitorios no son “transitorios”, se quedan para siempre; así el artículo transitorio décimo primero del Decreto del Congreso de la Unión que reformó la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación que sustituyó este nombre de Tribunal Fiscal de la Federación por el de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, decreto que se publicó el 31 de diciembre de 2000 y el cambio está vigente.

Las reformas constitucionales padecen una cuestión grave: ¿cuál es la suerte de los artículos transitorios del decreto reformador de la Constitución?, ¿son parte del texto principal reformado? Observar las reglas que

siguen los transitorios de las leyes no se ha visto en las más de cuatrocientas reformas constitucionales. Publicaciones oficiales o comerciales de los textos reformados no lo hacen de los transitorios, no los tienen como parte de la ley fundamental. Deben aplicarse y obedecerse por autoridades y particulares, son “normas constitucionales”, aunque no se incorporan al texto de la Constitución reformada.

Con sólo la información relativa a la aprobación de ambas cámaras federales, la de la mayoría de las legislaturas locales y la misma promulgación del presidente, se cumple con el procedimiento reformador del artículo 135 de la Constitución y desde luego el transitorio de vigencia de la reforma; se conformaría así el papel único de los transitorios de cada decreto reformador. Pero la realidad reformadora es otra.

Don Venustiano Carranza, primer jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos y el Congreso Constituyente de Querétaro, autores de la Constitución, que nos rige desde el 1o. de mayo de 1917, iniciaron el mal ejemplo, explicable tal vez, y previeron en ese su primer texto con 16 artículos transitorios. Uno, el primero, señalaba el inicio de vigencia de la Constitución, el 1o. de mayo de 1917. Sin duda que los demás eran necesarios para la operatividad de varias normas, para el funcionamiento del nuevo gobierno surgido de la Revolución. Entre ellos destacan los que facultan al Ejecutivo para expedir varias leyes, facultades extraordinarias para legislar, no obstante que el artículo 49 constitucional no las prevenía como excepción a su división de poderes. Otro para siempre, suprimió las secretarías de Justicia y de Instrucción Pública y Bellas Artes. El que condiciona la aplicación de preceptos; los relativos a reglas electorales a seguir; el que dispone que el Congreso de la Unión elegirá a los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, etcétera.

Un ejemplo del extremo es la reforma del artículo 40 de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial* del 30 de noviembre de 2012, con un solo artículo transitorio: “El presente decreto entra en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación”.

Algo diferente ocurrió con la gran reforma de la educación a los artículos 3o. y 73 de la Constitución (*Diario Oficial* del 26 de febrero de 2013), que se conformó con escasos seis transitorios, dejando la operatividad de ella a la legislación secundaria.

No es posible seguir la pista a cada reforma constitucional en esta ocasión, pero en su mayoría están dotadas de varios transitorios. Extraordinarios son, hay que decirlo, los casos de reformas a artículos transitorios de decretos de reformas.

Es muy probable que los artículos de la Constitución más objeto de reforma son el 27 —bienes de la nación— y el 73 —facultades del Congreso de la Unión—, pero para su interpretación correcta han servido de apoyo sus transitorios, seguramente.

Recorrer la lectura de los transitorios de los decretos de reforma constitucional revela que el papel que han desempeñado no ha sido siempre transitorio; que algunos son normas constitucionales sustantivas y no de procedimiento de tránsito, que se atreven a condicionar la vigencia de la norma reformadora de la que son parte, que inusualmente —como sucedió en aquel año de 1917— abrogan o derogan leyes del Congreso de la Unión, en abierta oposición al inciso f del artículo 72 de la Constitución, que reza: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”, y la Constitución no da al transitorio que cumpla con semejante “trámite”, y da ocasión esto último a que las legislaturas de los estados, a través de su aprobación de la reforma, abroguen o deroguen leyes federales. Existen casos que por actualización o modernización u ocurrencia política, el mandato de una reforma es contrario a un texto establecido, y claro, opera el principio de que la ley posterior deroga a la anterior; así, por ejemplo, frente al príncipe texto de la división de poderes, del 49 constitucional, que sólo admite dos excepciones legislativas, las de los artículos 29 y 131, posteriores reformas a los artículos 73, fracción XXIX, H; 116, fracción V, y 122 de la propia Constitución, crearon tribunales administrativos, federal y locales, que son tribunales fuera del marco del Poder Judicial, pero estas derogaciones tácitas nunca se admitirían en un transitorio constitucional.

Antiguos o nuevos oficios que se asignan a los artículos transitorios de los decretos de reforma constitucional no están sujetos a límite y fondo previstos en la Constitución; sus oficios de hoy se deben a una auténtica costumbre constitucional federal.

IV. TRANSITORIOS CONSTITUCIONALES REGLAMENTARIOS

Motivan reflexiones y serias dudas los textos de los artículos transitorios de las leyes del Congreso de la Unión y los de los decretos de reforma constitucional; asumen prácticas legislativas que la Constitución no regula ni de forma ni de fondo. Suceden en los tiempos del legislador ordinario y del reformador de la Constitución, políticas públicas a que están sometidos los mandatos de los transitorios. Su normativa obedece a decisiones políticas que imponen modalidades transitorias y variables, sin modelo a seguir.

Pasa en las leyes del Congreso de la Unión, en sus transitorios, un fenómeno jurídico singular: se portan como normas reglamentarias del texto de la ley a la que sirven. Bien sabido se tiene que la ley para su ejecución puede requerir de un reglamento, el cual se debe expedir, por imperativo del artículo 89, fracción I, de la Constitución por el Ejecutivo Federal. Ahora substituyen los transitorios al reglamento. Prever que la vigencia de algunos preceptos de la ley es distinta a la de la ley misma, sujetar a requisitos especiales la aplicación total o parcial de la ley, someter a formas o procedimientos la ejecución de la ley, fijar un plazo al Ejecutivo Federal para que expida el reglamento de la ley sin que la Constitución prevenga alguno, mantener la vigencia de reglamentos anteriores a la nueva ley hasta que se expida el nuevo o nuevos por el Ejecutivo, son en fin reglas que seguramente hacen posible la aplicación de la ley, de índole reglamentaria, que forman o son costumbre constitucional actual.

Ejemplos sobran que recogen ese fenómeno o situaciones descritos. Al azar: *a)* la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (*Diario Oficial* del 14 de mayo de 1980) tiene ocho transitorios, recoge hipótesis vistas; *b)* la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público (*Diario Oficial* del 19 de diciembre de 2002), que tiene nueve transitorios y el sexto dispone: “El Reglamento de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, así como el Estatuto Orgánico del SAE, deberán ser emitidos con la debida oportunidad para que entren en vigor el mismo día que el presente Decreto”. Decreto o ley que entraría en vigor a los 180 días naturales contados a partir del día siguiente de su publicación; ahora, si el Ejecutivo no publica el Reglamento en el plazo de 180 días, es casi obvio afirmar que lo puede hacer después, el 89 constitucional no fija plazo alguno; *c)* la Ley General de Bienes Nacionales (*Diario Oficial* del 20 de mayo de 2004), de dieciséis transitorios, registra varios de los supuestos descritos: abroga y deroga leyes; precisa conceptos que la ley utiliza (bienes nacionalizados); el octavo obliga al Ejecutivo a expedir el Reglamento en 90 días, y otro a los seis meses; impone obligaciones a las secretarías de Estado, rebasan su papel transitorio y se vuelven reglamentarios.

Semejante costumbre del legislador federal han seguido decretos de reforma constitucional; éstos utilizan sus artículos transitorios con carácter reglamentario. Si la Constitución al prever su reforma o adición, en el artículo 135, no fija límite a la labor del cuerpo del constituyente constituido y por lo mismo se han generado cientos de reformas o adiciones constitucionales, tampoco lo limita en el número y contenido propio de los transitorios constitucionales. Ha imperado por consecuencia mera costumbre constitucional para ambas acciones: reformas y transitorios.

Ejemplo de lo expresado nos lo proporciona la reciente reforma constitucional en el campo de las telecomunicaciones, publicada en el *Diario Oficial* del 11 de junio de 2013. Se reformaron y adicionaron los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución, ocho artículos de textos nuevos y extensos como el 6o. y el 27 y, más enorme, el 28, que parece contenido de ley reglamentaria.

Esos textos desarrollados tan explícitos, como ha sucedido a otras reformas, recuérdese la del artículo 2o. constitucional sobre los pueblos indígenas, hacen innecesaria una nueva Constitución, como opinan algunos abogados, juristas y políticos.

Nada de transitorios tienen los 18 transitorios del decreto de reforma citado. Reglamentan varios textos de la reforma relativos a los dos organismos descentralizados: Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto de Telecomunicaciones; reglamenta la acción del Congreso de la Unión y le impone reglas para legislar en pro de la reforma (artículo tercero); sólo una ley el Congreso podrá expedir para regular la radiodifusión y las telecomunicaciones (artículo cuarto); reglamenta el otorgamiento de concesiones de radiodifusión y telecomunicaciones, labor propia de una ley del Congreso; reglamenta las relaciones debidas entre los dos organismos descentralizados; reglamenta el juicio de amparo; reglamenta la existencia de tribunales especializados; otorga nuevas atribuciones al Ejecutivo Federal que no prevé la Constitución, etcétera.

Dos innovaciones prevén los transitorios: la radiodifusión puede prestarse por extranjeros (hasta 49%), pero la vigente Ley Federal de Radio y Televisión sólo lo autoriza a mexicanos:

Artículo 14. Las concesiones para usar comercialmente canales de radio y televisión, en cualesquiera de los sistemas de modulación, de amplitud o frecuencia, se otorgarán únicamente a ciudadanos mexicanos o a sociedad cuyos socios sean mexicanos. Si se trata de sociedades por acciones, éstas tendrán precisamente el carácter de nominativas y aquéllas quedarán obligadas a proporcionar anualmente a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la lista general de sus socios (que quedó ya abrogado).

Regla que no está en el texto reformado, y además, que las telecomunicaciones ciento por ciento pueden ser inversiones extranjeras (artículo quinto), que tampoco está en el reformado.

Conclusión, es una costumbre constitucional impuesta el poder reformador de la Constitución.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 37a. ed., México, Porrúa, 2004.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino Víctor, *Garantías y amparo*, 10a. ed., México, Porrúa, 2006.
- COWIN, Edward, *La Constitución norteamericana y su actual significado*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kroft, 1942.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

LOS LÍMITES PUNITIVOS DE UN ESTADO HEMIPLÉJICO

Pedro José PEÑALOZA*

Se requieren nuevas formas de pensar para resolver los problemas creados por las viejas formas de pensar.

Albert EINSTEIN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estados Unidos: la cercanía dominante*. III. *Un sistema al servicio del Estado y alejado de los ciudadanos*. IV. *¿Qué es el populismo punitivo?* V. *¿De dónde venimos?: los ejes olvidados*. VI. *Educación, desigualdad y ganancias*. VII. *La fiebre punitiva: una metástasis estatal*. VIII. *Los presos como parias, como material desechable*. IX. *La crisis de la cárcel*. X. *La precariedad como forma de humillación*. XI. *Consideraciones finales*. XII. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

México vive atrapado por sus propias contradicciones. El sometimiento histórico a la lógica del vecino del norte ahora se entrelaza con los nuevos e inéditos procesos de la llamada posmodernidad. Es más que evidente que los fenómenos de la crisis del también llamado *posliberalismo* no pueden ser encarados con éxito por un puñado de políticos vernáculos ineptos y arribistas. Las coordenadas que atraviesan al país y a sus clases sociales son múltiples y complejas; su comprensión y apropiación exige de un debate que trascienda y se instale en una perspectiva de carácter estratégico y multifocal.

Las recetas del “ajuste libre del mercado” son insultantes. Insistir en esos reflejos sólo nos está conduciendo a incrementar y potencializar el de-

* Catedrático de Criminología y Sociología jurídica en la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

terio institucional, la incredulidad social y la precarización laboral, como huellas indelebles que contaminan y enferman, especialmente a las capas juveniles y estudiantiles.

Estamos frente a un contexto internacional nuevo, plagado de paradigmas económicos y culturales distantes, e incluso contradictorios con las añejas rutinas de las clases dominantes y del modelo de acumulación capitalista autóctono, donde los gobiernos no atinan a jugar un papel mínimamente representativo de sus electores. Descarnadamente —y cínicamente— se alejan y renuncian a sus promesas de campaña.

Como lo describe Bauman, ahora que la velocidad global del movimiento toma impulso —que se “comprime” el espacio/tiempo en cuanto tal, como señala David Harvey—, algunos objetos se desplazan más velozmente que otros. La “economía” —el capital; o sea, dinero y otros recursos necesarios para hacer las cosas, para ganar más dinero y hacer aún más cosas— se desplaza rápidamente; lo suficiente para mantener un paso de ventaja sobre cualquier gobierno (territorial, claro está) que intente limitar y encauzar sus movimientos.¹

La clase gobernante mexicana —de Los Pinos y de San Lázaro— ha jugado un papel, a veces de utilería y en otras abiertamente de promoción, frente a la vorágine del neocapitalismo —o mejor dicho por Mandel, del capitalismo tardío—² y se han concentrado en tratar de hacer “funcional” al sistema; para ello se han avocado a impulsar dispositivos legales, centralmente de seguridad pública —concepto polisémico que sirve para cualquier cosa— con el propósito central de mantener el “orden”, que no perturbe la libre circulación de mercancías.

En la lógica inmediateista de la clase dominante sólo se tienen anteojos para ver balas y violencia estatal, por eso han llegado a calificar a la lucha contra el narcotráfico como “la máxima prioridad”, por eso se sostiene que el narcotráfico está obstinado en que México se convierta en mercado de consumo, y ese propósito no se detiene ante nada para atraer y atrapar a potenciales consumidores hasta convertirlos en esclavos de las adicciones y en seres sin fuerza; y para ello emplea toda clase de artimañas, e incluso obsequia drogas.³ El reduccionismo oficial no tiene paralelo. El negocio de las drogas llega hasta la “degustación” para cautivar a sus potenciales consumidores; sí, tal como lo hacen las cerveceras y las tabacaleras. Esencialmente

¹ Bauman, Zygmunt, *La globalización: consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 75.

² Mandel, Ernest, *El capitalismo tardío*, Frankfurt, Era, 1972, p. 511.

³ Galván, Guillermo, “Secretario de la Defensa Nacional”, *La Jornada*, México, p. 10.

son los mismos mecanismos de apropiación de mercados, la única diferencia es que unos productos son legales y otros no. Sólo eso. ¿Cuál hallazgo científico en la concepción oficial?

La “prioridad” del gobierno sigue siendo una lucha a ciegas. Se ha insistido en que el costo humano de la violencia en la anterior administración fue de alrededor de 60 mil asesinatos; y el régimen peñista no atina qué hacer, sólo busca cataplasmas institucionales y mediáticas.

Los seguimientos periodísticos apuntan algunos datos ilustrativos y además contradictorios con las versiones oficiales, y eso es resultado de los vacíos informativos que fomentan las instancias oficiales. Así, por ejemplo, se ha difundido que en el periodo calderonista se tienen acumulados 38 mil 110 homicidios presuntamente vinculados con el crimen organizado, específicamente al narcotráfico.⁴ Y los datos siguen fluyendo sin parar.

La política anticrimen del grupo en el poder —por su carácter parcial y unívoca— hace abstracción de sus múltiples consecuencias en las comunidades y en la vida cotidiana de sus habitantes. Lo que menos importa en esta fiebre punitiva son los costos sociodemográficos, ideológicos y culturales.

La violencia entre las fuerzas del Estado y los grupos de la delincuencia organizada ha dejado 150 mil desplazados, es decir, personas que han tenido que dejar su hábitat y emigrar a otras entidades. Son Chihuahua, Tamaulipas, Sinaloa y Michoacán los estados que están viviendo ese proceso de movilidad; y son el Distrito Federal, Querétaro, Yucatán, Aguascalientes y Jalisco los estados receptores.⁵

Aunado a ello, tenemos un caso emblemático e ilustrativo; nos referimos a Ciudad Juárez, en donde sólo en 2011 emigraron un total de 24 mil 416 personas. De los ciudadanos que dejaron su lugar de residencia, el 80 por ciento tenía un trabajo y el 5.1 por ciento estudiaba; el 64.7 por ciento dejó su vivienda, es decir, su patrimonio, y el 5.4 por ciento su automóvil; y como ejemplo de la ausencia de una política estatal de carácter social, se presenta el hecho de que quienes emigraron de Juárez no recibieron ningún tipo de apoyo del gobierno.

Ciudad Juárez fue el primer municipio del país que registró desplazamiento masivo de personas, obligadas por la violencia. Sólo entre 2007 y 2009, alrededor de 230 mil juarenses habían abandonado la urbe. Ahora, a través de la Encuesta de Percepción Ciudadana sobre Inseguridad en Ciu-

⁴ *Reforma*, 7 de enero de 2012, p. 7.

⁵ Plascencia Villanueva, Raúl, “Presidente de la Comisión Nacional Derechos Humanos”, *El Economista*, México, 6 de marzo de 2012, p. 40.

dad Juárez 2011, se saben las razones que los obligaron a huir, los bienes que se pierden y las ciudades donde se refugian.⁶

Las cuentas alegres del gobierno tienden a contrastar con la realidad y con sus propias cifras. Por ejemplo, mientras el ex secretario de Seguridad Pública, Genaro García Luna, presumía sus cifras de detención de secuestradores, que ascendieron a 2,500 plagiarios en diez años,⁷ los datos de la Procuraduría General de la República constataban el incremento de este delito en ¡23 por ciento!

No podía ser de otra manera esta contradicción; la orientación política del gobierno de Felipe Calderón fue monotemática y sectaria. Por eso, entre otras cosas, los recursos públicos destinados a combatir el narcotráfico fueron 80 veces más que aquellos que se destinaron para la prevención de las adicciones. De acuerdo con el Presupuesto de Egresos de la Federación 2012, el gasto para las dependencias de seguridad sumó un total de 118 mil 836 millones de pesos; mientras que la inversión para la atención de las adicciones fue de mil 431 millones de pesos.⁸

II. ESTADOS UNIDOS: LA CERCANÍA DOMINANTE

En esta misma perspectiva, la dependencia umbilical que mantiene el gobierno en torno al cotidiano veredicto de la Casa Blanca se mantiene en criterios, por lo menos duales; los estadounidenses le dan palmaditas periódicas al gobierno en turno, pero también actúan con reservas por hechos reales de ineptitud de la clase política, pero también para satisfacer los apetitos del “público” norteamericano, que en general ve con recelo las políticas de su vecino del sur; y lo siguen viendo como un “contaminante” de su frontera.

Quizá una de las muestras de esta doble política del poderoso vecino fueron las declaraciones expresadas por el general Charles Jacoby, jefe del Comando Norte de Estados Unidos, quien aseguró que la captura de 22 de los 37 capos más buscados en México “no ha tenido efectos palpables”.⁹

Es decir, mientras que el principal inquilino de Los Pinos se mostraba envalentonado y excesivamente optimista de la “guerra”, sus principales animadores y guías no compartían su estado de ánimo. Ahora, Barack

⁶ *Reforma*, 20 de marzo de 2012, p. 11.

⁷ *Milenio*, 14 de marzo de 2012, p. 25.

⁸ *El Universal*, 4 de marzo de 2012, p. A10.

⁹ *La Jornada*, miércoles 14 de marzo de 2012.

Obama se muestra satisfecho con la captura del narcotraficante el “Z-40” (entrevista con el afiliado en Los Ángeles de la cadena Univisión, 16 de julio de 2013).

En efecto, el sistema de inteligencia norteamericano tiene dos discursos: por un lado da palmaditas, y por otro pondera que detener a un puñado de jefes grandes y medianos del narcotráfico no conduce a resultados apetecibles; y no lo son, puesto que el narcotráfico tiene presencia social creciente, lo que favorece que en México los carteles de la droga capitalicen las necesidades económicas de los campesinos, al combinar la siembra del maíz, frijol o chile con la de marihuana.

Tengamos presente que el 30 por ciento de los cultivos en el país “son mixtos”, es decir, la marihuana convive con el maíz, el frijol y el chile. En 2009, la superficie en donde se produce droga aumentó 35 por ciento, lo que se traduce en cerca de 12 mil hectáreas.¹⁰

En una situación comparativa, el precio que se paga al campesino por la producción de marihuana o amapola es muy superior al mejor servicio de cualquier otro producto ilícito. Es decir, los cultivos lícitos generan exponencialmente menos beneficios que la utilización de mano de obra y tierras agrícolas para la producción de las drogas ilegales. Las zonas de siembra de estupefacientes se localizan en las principales cordilleras o cadenas montañosas de nuestro país: la Vertiente del Pacífico, la Sierra Madre del Sur y las serranías de los estados de Oaxaca, Chiapas y Veracruz.¹¹

Por cada hectárea fumigada se siembran tres hectáreas, por eso se calcula un incremento del 200 por ciento en la superficie que se utiliza para siembras ilícitas. Un diagnóstico serio y verificable muestra que los principales núcleos de siembra de estupefacientes se ubican en el llamado “triángulo dorado”, donde se unen los estados de Sinaloa, Chihuahua y Durango. El cultivo de la marihuana se presenta en su mayor parte en el estado de Michoacán, y para la amapola, la siembra se encuentra concentrada en gran parte en la Sierra de Guerrero.

Se calcula que en 2010, más de 300 mil personas se dedicaron al cultivo y procesamiento de marihuana. Según cifras del Senado de la República, en ese mismo año se erradicaron casi 20 mil hectáreas: 9 mil 950 de marihuana y más de 10 mil de amapola; lo que representa apenas el 10 por ciento! de la droga que circula en todo México.¹²

¹⁰ “Diagnóstico de la Comisión de Seguridad Pública del Senado de la República”, *El Universal*, México, 27 de marzo de 2011, p. A13.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

III. UN SISTEMA AL SERVICIO DEL ESTADO Y ALEJADO DE LOS CIUDADANOS

Un ejemplo del colapso del modelo punitivo del régimen es lo que pasó con la joya del sexenio calderonista, denominada “policía federal”. Veamos: durante los últimos cuatro años, por cada diez elementos que aprobaron los exámenes y pruebas para formar parte de esta dependencia, ocho dejaron de prestar sus servicios, luego de presentar su renuncia, su separación voluntaria, por jubilación o por alguna incapacidad.

De enero de 2007 a diciembre de 2010, 8 mil 327 elementos ingresaron a la dependencia al acreditar las pruebas de control; en contraste, 6 mil 367 elementos que ya se encontraban laborando en alguna de las distintas áreas de la dependencia causaron baja por distintos motivos. En suma, al corte de octubre de 2011, el número de elementos que dejaron de laborar se han incrementado casi 200 por ciento en los últimos cuatro años.¹³

La inconsistencia de la eficacia represiva del gobierno es notable, como lo manifiesta Guillermo Zepeda Lecuona:

De cada cien delitos que se cometen en nuestro país, sólo son denunciado formalmente 25: uno de cada cuatro. De estos 25 casos, que son conocidos por el Ministerio Público, sólo en cuatro se concluye la investigación. En promedio, sólo en una de esas investigaciones se logra poner al indiciado a disposición de un juez. Y en ese único caso que llega a juicio, el imputado es condenado en 8 de cada 10 causas; es decir, en México casi el 85% de las causas penales concluye con una sentencia condenatoria.¹⁴

Lo que se traduce en una política punitiva ineficaz en la detención, pero brutal en la sentencia.

IV. ¿QUÉ ES EL POPULISMO PUNITIVO?

El concepto de populismo punitivo fue elaborado por el criminólogo Anthony Bottoms (1995, 39-41) a mediados de la década de los noventa, y hace referencia a la adopción de políticas punitivas por parte de los responsables políticos bajo la asunción de que éstas pueden reducir la criminalidad, reforzar el consenso moral de la ciudadanía contra las actividades

¹³ *El Universal*, 10 de octubre de 2011, p. 13.

¹⁴ Véase Arriaga Valenzuela, Luis, *El cotidiano*, México, núm. 50, p. 83.

delictivas y, sobre todo, resultar atractivas para determinados sectores más o menos amplios del electorado.

De acuerdo con Bottoms, es oportuno calificar de populistas a este tipo de políticas porque se trata de posturas adoptadas sobre la base de la creencia de que serán populares entre el público. En palabras del propio autor (Bottoms: 1995, 40), el término populismo punitivo trata de expresar la noción de responsables políticos que aprovechan para sus propios propósitos lo que perciben como una postura generalmente punitiva del público.

Para Bottoms, determinados procesos sociales generan ansiedad en la ciudadanía por la falta de seguridad, a la que algunos líderes políticos responden con medidas de tolerancia cero contra el crimen, incremento de las penas y en general con un enfoque punitivo frente a la criminalidad, buscando réditos electorales. Arteaga (2004, 205) va más allá al afirmar que el populismo punitivo incluye también la noción de acercar a la sociedad los mecanismos de control social, haciendo corresponsable a la ciudadanía de las tareas de vigilancia.

El planteamiento que subyace detrás de ello, según este autor, es el de acercar el poder al pueblo y que éste se sienta más próximo a él. Los discursos de populismo punitivo hacen énfasis en la idea de que la sociedad y el Estado comparten los mismos objetivos, medios y estrategias, así como la responsabilidad por los resultados obtenidos en la lucha contra el crimen.¹⁵

V. ¿DE DONDÉ VENIMOS?: LOS EJES OLVIDADOS

La confusión de las prioridades del gobierno calderonista lo llevó a evadir los problemas centrales por los que atraviesan amplios sectores de la población. En 2010, la realidad social y económica de México se impuso al discurso de recuperación difundido por el gobierno del presidente Felipe Calderón.

En los últimos meses de 2010, la pobreza se profundizó y los niveles de bienestar de la mayoría de los mexicanos se redujeron. Por ejemplo: de 2000 a 2009, los productos de la canasta básica, como el azúcar y el frijol, tuvieron aumentos de 169 y 142 por ciento, respectivamente; el precio de la harina de trigo aumentó alrededor de 40 por ciento; mientras los salarios apenas se incrementaron 51.4 por ciento en igual periodo, según cifras del Banco de México, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) y la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (Conasami).

¹⁵ Bottoms, Anthony, "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Hoy Peña Nieto habla de progreso; sin embargo, no podemos olvidar que en el país existen 52 millones de personas en pobreza (46.2 por ciento de la población), de los cuales 11.7 millones (10.4 por ciento) están en pobreza extrema.

La Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos en los Hogares 2012, difundida por el INEGI, indica que las familias más pobres de México perciben un ingreso mensual de 2 mil 332 pesos.¹⁶ El ingreso en los hogares mexicanos se redujo 12.75 por ciento durante el sexenio pasado, y el de cada persona disminuyó 7.12 por ciento.

El ingreso de los hogares más pobres, ubicados en el primer decil, creció 5.5 por ciento en 2012 al compararse con los datos de 2010 y ubicarse en 6 mil 997 pesos trimestrales, pero ese decil en 2008 percibía 7 mil 136 pesos trimestrales y, de acuerdo con las propias cifras del INEGI, entre 2006 y 2012 el ingreso de esos hogares en realidad se contrajo 10.4 por ciento.¹⁷

El INEGI señaló que existen “grandes diferencias por deciles de hogares, ya que el 10 por ciento de los de menores ingresos dedican 46.4 por ciento de su gasto a alimentos, bebidas y tabaco, mientras que el decil más alto dedica sólo 14.4 por ciento”. En los hogares con más ingresos se destina 19.9 por ciento a educación y esparcimiento, y en los más pobres 5.2 por ciento.

A pesar de estas diferencias, lo cierto es que durante el sexenio pasado todos los hogares mexicanos sufrieron una contracción en su ingreso: los del primer decil pasaron de percibir 7 mil 796 pesos en 2006 a 6 mil 997 en 2012, y los del decil más alto redujeron su ingreso de 155 mil 715 pesos trimestrales a 133 mil 300, aproximadamente 14.5 por ciento.¹⁸

Cabe señalar, por ejemplo, que en 2010 la cifra de nuevas plazas registradas en el Instituto Mexicano del Seguro Social se ubicó en cerca de 960 mil, con lo que no se restituyen las pérdidas en el bienio 2008-2009, y mucho menos el rezago histórico de ocupación.

En ese sentido, en enero de 2010, según un reporte del INEGI, casi 60 por ciento de la población en edad de trabajar (25.7 millones de mexicanos) laboraba en la economía informal. Meses después, la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) informó que, de septiembre de 2009 al mismo mes de 2010, el número de mexicanos sin seguridad social pasó de 28.2 a 28.4 millones; en el último cuatrienio de referencia, la población desempleada se disparó 65 por ciento, al pasar de 1.6 a 2.6 millones.¹⁹

¹⁶ *La Jornada*, 17 de julio de 2013.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *La Jornada*, 26 de diciembre de 2010.

Contrario a las cuentas alegres de los voceros oficiales, la tasa de desocupación a nivel nacional se ubicó, en noviembre de 2010, en 5.60 por ciento de la población económicamente activa (PEA), lo que implica un crecimiento respecto a octubre y, además, representa el nivel más alto en los últimos 13 meses.

Sin embargo, fue necesario que la Auditoría Superior de la Federación (ASF) precisara la información para desmentir la versión gubernamental acerca del panorama del empleo. En contraste con la versión del entonces secretario del trabajo, Javier Lozano —hoy senador—, quien había publicitado que se habían creado un millón 529 mil plazas, la ASF enfatizó que sólo habían sido 950 mil 772, cuando la meta impuesta en el Programa Nacional de Financiamiento al Desarrollo (Pronafide) 2008-2012 era de 2 millones 282 mil 124 puestos de trabajo.²⁰

También la ASF desmintió al ex director del IMSS, Daniel Karam, en torno al número de registrados a dicha institución en el periodo correspondiente entre diciembre de 2010 y junio de 2011, ya que sostuvo que habían sido 979 mil, cuando en realidad fueron 450 mil 305 los nuevos asegurados.²¹

Para ratificar la gravedad del problema y tomando en consideración el dato de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), al tercer trimestre de 2012, se señaló que la PEA estaba compuesta por 47 millones 131 mil 536 personas, en donde al menos 2 millones 639 mil 366 se encontraban desocupadas.

Sin embargo, la cifra debió ser mayor, en virtud de que la ENOE contemplaba una población de 108.5 millones, mientras que el último dato oficial dado a conocer por el INEGI señala que la población de México es de 112.3 millones. La comparación anual no muestra cambios significativos en la tasa de desocupación, puesto que se ubicó en 5.28 por ciento de la población, contra 5.26 por ciento del mismo mes de 2009.

La radiografía de la población ocupada alcanzó el 94.72 por ciento de la PEA en el penúltimo mes de ese año, del cual el 70.3 por ciento operaba como trabajador subordinado y remunerado, ocupando una plaza o puesto de trabajo; mientras tanto, el 3.6 por ciento son patrones o empleadores, y el 19.7 por ciento trabajaba de manera independiente o por su cuenta; finalmente, el 6.4 por ciento se desempeñaba en los negocios o en las parcelas familiares, contribuyendo de manera directa a los procesos productivos, pero sin un acuerdo de remuneración monetaria.²²

²⁰ *La Jornada*, 6 de septiembre, p. 15.

²¹ *Idem*.

²² *El Sol de México*, 23 de diciembre de 2010.

Los programas para incentivar el empleo creados por el gobierno de Felipe Calderón resultaban un fracaso. Según el Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL), los más de 3.5 millones de desempleados que había en el país representaban el peor balance que se tenía desde que inició su gobierno; además del cierre de un promedio de 900 empresas mensuales, así como una constante caída real del poder de compra.²³

En medio de este contexto, de por sí grave, otro elemento recurrente es la paradoja de la capilaridad productiva. Durante el 2010, el desempleo afectó en mayor medida a la población más preparada del país durante la recesión y en plena recuperación económica.

En los últimos dos años, el desempleo de personas con estudios de educación secundaria, media superior y superior aumentó 68%. 1.3 millones de personas en el cuarto trimestre de 2008, equivalentes a 1.78 millones de desempleados que se mantuvo en el mismo lapso de 2010.

VI. EDUCACIÓN, DESIGUALDAD Y GANANCIAS

La situación que viven las personas con estudios de educación media superior y superior es preocupante e inquietante. La desocupación avanzó, al pasar de 33% en el cuarto trimestre de 2008, o alrededor de 634 mil personas, a 35% de los desempleados en el cuarto trimestre de 2010 (877 mil personas). La diferencia fue de 243 mil desempleados más con estudios de educación media y superior de 2008 a 2010.²⁴

Hoy, en México, los jóvenes son el sector de la población más discriminado en materia laboral. Mientras la tasa de desempleo de los adultos de 30 años y más es de 3.5%, en el sector juvenil alcanza 8.7%.²⁵

La sobrecualificación educativa frente a la oferta de trabajo y la absurda cantidad de profesionales en áreas tradicionales ha provocado un notable deterioro y precarización. El número de desempleados universitarios creció al pasar, en el año 2000, de alrededor de 800 mil profesionistas inactivos, a 1.4 millones en 2009. Uno de cada 6 profesionistas estaba desempleado. La tasa de universitarios desempleados pasó de 1.9 a 4.3% en la última década.

En el periodo de estudio (2009), los egresados universitarios en el mercado laboral pasaron de 4.2 millones a 6.6 millones, lo que significa que 5 de cada 6 profesionistas, radicados en México, se encontraron en el mercado laboral o buscaron desempeñar alguna actividad económica.²⁶

²³ *La Jornada*, 27 de diciembre de 2010, p. 9.

²⁴ *El Universal*, 22 de enero de 2011.

²⁵ *Reporte sobre discriminación en México*, México, Conapred-CIDE, 2012.

²⁶ *El Universal*, 19 de marzo de 2013.

En contraste, las personas con hasta seis años de estudios, equivalentes a educación básica o primaria, reportaron menores niveles de desempleo, al pasar de 32 a 29 por ciento de la población desempleada en el mismo periodo.²⁷

Mal haríamos en omitir la violencia en los circuitos educativos y sociales de una nación desigual y polarizada. Aunque la brecha de acceso a la educación superior se redujo de 15.6 a 3.7 por ciento en las dos décadas pasadas, hoy día 74 ciudades del país no tienen un solo plantel de enseñanza profesional y apenas 21 por ciento de los jóvenes más pobres ingresa a ese nivel.²⁸

Las cifras oficiales de CONEVAL subrayan que en 146 municipios empeoró en rezago social;²⁹ de igual manera, el CONAPO advierte la creciente precariedad urbana. Cuatro de cada diez habitantes urbanos viven en pobreza y poco más del 6 por ciento en pobreza extrema. El 54 por ciento de la población urbana del país no tiene acceso a la seguridad social; el 31.6 por ciento no cuenta con servicio de salud; y el 22 por ciento tiene carencia de alimentación.³⁰

En grosero contraste, además de tener entre nosotros al hombre más rico del mundo, las empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores (BMV) tuvieron un aumento del 31 por ciento de sus ganancias netas, en los primeros tres meses del año pasado. En conjunto, las ganancias de las 11 empresas principales (*Coca-cola*, *Modelo*, *Femsa*, *Wal-Mart*, etcétera), se llevaron a sus cuentas 49 mil millones de pesos sólo en el primer trimestre de 2011, lo cual representó el 37 por ciento del total de utilidades netas que reportaron las firmas que cotizan en la BMV.³¹ Es ésta una fotografía de nuestra realidad irrefutable. Nos negamos a que se convierta en nuestra vida cotidiana.

VII. LA FIEBRE PUNITIVA: UNA METÁSTASIS ESTATAL

Los índices de homicidio y delito se han incrementado durante 1980 y 1990 en varios países latinoamericanos. Este fenómeno coincide con la implementación de políticas neoliberales y democratizadoras, impulsadas con el Consenso de Washington. La región ha comenzado su tránsito hacia

²⁷ *Idem*.

²⁸ Tuirán, Rodolfo, *La Jornada*, 7 de noviembre de 2011, p. 40.

²⁹ *La Jornada*, 5 de octubre de 2011, p. 43.

³⁰ *Reforma*, 29 agosto de 2011, p. 13.

³¹ *Milenio*, 26 de mayo de 2011, p. 17.

regímenes más democráticos, pero se encuentra atrapada en una espiral de delincuencia, violencia y corrupción expansiva.³²

Bajo las dictaduras (blandas y duras) que dominaron el mapa geopolítico de la región, la policía y el ejército fueron “objeto de instrumentalización política”³³ que los gobiernos utilizaron para sostener su presencia. El uso de la fuerza pública respondía a las dinámicas antidemocráticas que caracterizaron a los gobiernos de la región durante 1960 y 1970. Dicho de otra manera, el uso de la violencia fue un modo de mantenimiento del gobierno, más que del Estado.

La violencia y la inseguridad en América Latina a partir de la década de 1980 dan cuenta de un fenómeno distinto. La ciudadanía tiene miedo del crimen organizado y no de gobiernos dictatoriales. No es una violencia de Estado contra la ciudadanía. Es una violencia con actores, objetos y escenarios distintos. Se trata de una violencia relacionada con el tráfico de mercancías y sustancias ilegales, pero vinculada también con la descomposición del tejido social, aparato gubernamental y espacio público. En términos generales, hay evidencia de una industrialización del crimen, donde los estados son periféricos o cómplices del crimen organizado. Este fenómeno tiene una doble víctima: los agentes involucrados en delitos (violencia entre grupos antagonistas), y la sociedad civil en su conjunto, que cede sus libertades y derechos más elementales, como al bienestar, libre tránsito y propiedad privada. El escenario descrito plantea una serie de cuestionamientos. ¿Es la inseguridad e industrialización del crimen una consecuencia de la aplicación de políticas neoliberales?, ¿cómo han respondido los regímenes democráticos a esta problemática?

Las reformas penales en México han estado orientadas a perfeccionar la visión sólo reactiva. Sergio García Ramírez lo resume así:

El autoritarismo confía en el control social punitivo: quiere gobernar con el código penal en la mano. De ahí que multiplique los tipos penales, incremente las calificativas, explore nuevas maneras de regular la conducta con la amenaza de la pena, invoque la seguridad para abrir la brecha de la inseguridad, ofrezca mano dura —y providente—, que en su hora será martillo sobre las libertades y las garantías de los ciudadanos.³⁴

³² Aguilar, José Carlos, “Las políticas de seguridad pública en América Latina: policía, violencia y narcotráfico en México”, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm. 81, octubre de 2006, p. 115.

³³ Frühling, Hugo, *Policía comunitaria y reforma policial en América Latina. ¿Cuál es el impacto?*, Chile, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile, 2003, p. 4.

³⁴ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2009, pp. 6 y 7.

El resultado neto y dramático de este paradigma reiterado es que el 62 por ciento de los presos que hay en el país están reclusos por robos que no exceden los dos mil pesos. Más de la mitad de los presos son menores de 30 años y en esa proporción están internados por delitos patrimoniales. De los 221 mil presos que había hasta abril de 2011, según la Secretaría de Seguridad Pública federal, 177 mil están por delitos del fuero común —de los cuales 105 mil están sentenciados, el resto aún enfrenta un juicio penal—, y 44 por ciento de éstos está bajo detención por el delito de robo.³⁵

Pero además el carácter simbólico del derecho penal es más que evidente, puesto que al que peor le va en esta historia es a la gente de escasos recursos que está en un estado vulnerable respecto de las policías, de las que no puede escapar. Aunado a ello, estamos en presencia de la tramitología y negligencia penales. En la última década, el número de internos reclusos en prisión que todavía no han sido enjuiciados se incrementó en 46 por ciento. Los internos sin condena por delitos del fuero común aumentaron en 20 mil 593 reos, entre 2000 y 2011. El porcentaje de presos sin condena por delitos del fuero federal se ha duplicado en el mismo periodo.³⁶

La manutención de cada recluso en el país cuesta al erario 130 pesos al día, según el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados.³⁷ Son 429 centros penitenciarios a lo largo de todo el país y en su mayoría, estatales o de municipios, se encuentran sobrepoblados o, en el mejor de los casos, al tope de su capacidad.

Además, por sus patios y pasillos deambulan por lo menos 50 mil reos federales, algunos considerados de “alta peligrosidad”, que cumplen largas condenas o que se encuentran bajo proceso y sin sentencias. Los hay desde asesinos a sueldo hasta narcotraficantes, y su presencia representa riesgos, pero también ventajas.

Por cada uno de los internos del fuero federal reclusos en estos centros penitenciarios los estados reciben bonos del gobierno central bajo el rubro de “socorro de ley”. Hay gobiernos que reprochan la presencia de estos internos federales en sus cárceles, otros la prefieren e incluso la defienden, porque saben que representan un dinero adicional para las arcas de sus estados.

En 2006 la población penitenciaria se ubicaba en los 210 mil 140 reos, de los cuales 49 mil 217 eran del fuero federal, mientras que en 2010 el re-

³⁵ “Informe elaborado por la Pastoral Penitenciaria de la Conferencia del Episcopado Mexicano”, *La Razón*, México, 28 de julio de 2011, p. 6.

³⁶ *Reforma, Suplemento Enfoque*, México, 8 de mayo de 2011, p. 6.

³⁷ Ruiz, José, *El Universal*, lunes 10 de enero de 2011.

gistro fue de 226 mil 976 y, de éstos, 50 mil 467 correspondieron a delitos del orden federal. Estas cifras representan un aumento de 8 por ciento en la población penitenciaria nacional y un crecimiento de 2.5 por ciento en los reos del fuero federal.

Los números oficiales disponibles se ubican hasta el mes de abril de 2010, por lo que éstos podrían variar de manera dramática si se toma en cuenta que ese fue un año de guerra abierta entre las “fuerzas del orden” y los poderosos carteles de las drogas, que derivó en cientos de arrestos.

De las más de 50 mil personas que se encuentran en las prisiones por haber cometido algún delito federal, el 44.9 por ciento se encuentra bajo proceso, y poco más del 55 por ciento ya fue sentenciada.

De acuerdo con las cifras oficiales, se registra una sobrepoblación penitenciaria de más de 31%, ya que la capacidad es de no más de 172 mil 418 espacios, contra los casi 227 mil reos que se encuentran internados en los 429 centros penitenciarios.

VIII. LOS PRESOS COMO PARIAS, COMO MATERIAL DESECHABLE

La capacidad de los centros penitenciarios en el país registraba, hasta abril de 2010, los siguientes datos:

- El gobierno federal cuenta con siete centros, con una capacidad para recluir a 9 mil 494 internos y con una población de 8 mil 719; es decir, cuenta con 775 espacios disponibles.
- El gobierno del Distrito Federal (GDF) tiene 10 centros de reclusión con una capacidad de 19 mil 88 reos, pero en ellos cohabitan más de 40 mil.
- Los gobiernos estatales tienen 320 prisiones con una capacidad máxima de ocupación para 140 mil 211 personas; sin embargo, en ellos se encuentran casi 174 mil, lo que significa alrededor de 34 mil reos más.
- En cuanto a los gobiernos de los municipios, éstos tienen 92 centros penitenciarios para dar cabida a 3 mil 625 reos, pero en ellos se encuentran reclusas en total 4 mil 118 personas.
- En total existe una sobrepoblación de más de 54 mil 500 internos, que representan el 31.64 por ciento de la capacidad instalada en todo el país.
- Según el desglose, en 22 entidades federativas se registra una sobrepoblación en distintos grados, aunque los casos más dramáticos

- se registran en el Distrito Federal, con un 110.4 por ciento; Sonora, 88.25 por ciento; Nayarit, 84.46 por ciento; Estado de México, 82.75 por ciento; Jalisco, 74.06 por ciento; Morelos, 63.05 por ciento, y Puebla, con 57.62 por ciento de sobrepoblación de internos.
- Autoridades penitenciarias federales calculan que más del 50 por ciento de las instalaciones penitenciarias del país —217 centros de reclusión— presenta una severa sobrepoblación.
 - En cuanto al total de internos del fuero federal, que se calcula en alrededor de los 50 mil 500 reos, la gran mayoría —cerca de 40 mil— se encuentra en centros de reclusión estatales, más de 4 mil en los reclusorios del Distrito Federal, unos 300 en cárceles municipales y unos 6 mil 500 más en los siete centros penitenciarios federales.
 - En cifras redondas, cerca de 44 mil internos del fuero federal están recluidos en centros estatales, municipales o en el Distrito Federal; parte de ellos, debido al proceso al que se encuentran sujetos, y otros por el cumplimiento de sentencia dictada por jueces.
 - El sistema penitenciario federal, con menos de dos décadas de operación, creó los Centros Federales de Readaptación Social (Ceferesos), diseñados para contener a aquellos internos clasificados como de alta peligrosidad, con excepción de la colonia de las Islas Marías (CPFIM) y el Cefereso número 4, en El Rincón, el cual tiene un módulo para internos de peligrosidad media.

Desde entonces y hasta la fecha se ha registrado un aumento constante en la población bajo la custodia del gobierno federal, y debido a la dinámica delictiva que se presenta actualmente, es cada vez mayor la población sujeta a proceso en centros federales.

La tendencia mundial en instalaciones de máxima seguridad es de una celda por persona, para garantizar la seguridad del personal y del interno; sin embargo, en los Ceferesos del país se encuentran en promedio dos o tres individuos por cada celda.

Información de la Procuraduría General de la República (PGR) señala que en lo que va del gobierno del presidente Felipe Calderón Hinojosa se instruyeron más de 540 mil averiguaciones previas, y a 400 mil se les dio curso ante los jueces.

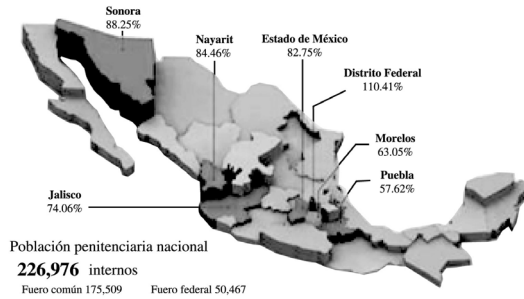
Una investigación realizada por José Patricio Patiño, actual subsecretario del Sistema Penitenciario Federal, destaca que la población de internos ha mantenido un crecimiento sostenido, producto de dos factores: por el aumento de la delincuencia a partir de la década de los años noventa y por la aplicación de penas más severas y largas.

De acuerdo con un documento de la Secretaría de Seguridad Pública, la población penitenciaria nacional ha registrado un crecimiento sostenido en los últimos cuatro años, aunque el aumento más representativo no es en los del orden federal, sino del fuero común.

SISTEMA SATURADO

De acuerdo con la SSP federal, cerca de 227 mil reos habitan cárceles que cuentan únicamente con 172 mil 418 espacios
Sobrepoblación penitenciaria por entidad federativa en abril de 2010

■ De 100% o más ■ De 50% al 99.99% ■ De 0% al 49.99% Menos del 0%



429
centros
penitenciarios

50,467
presos
federales

44 mil
de ellos
en centros de reclusión
estatales y del Distrito Federal

6,500
internos
en siete centros
penitenciarios federales

IX. LA CRISIS DE LA CÁRCEL

Frente a la religión asfixiante que profesa la clase política de todos los signos, por llevar a la cárcel al mayor número de personas, y observando la inutilidad para resocializarlas y ni siquiera para readaptarlas, es pertinente preguntarnos si se deben seguir construyendo más cárceles.

La prisión es un aparato de captura, cuyo *semblante*³⁸ más visible es el encierro, pero esta función expresa, segregar —separar a los delincuentes o “sujetos peligrosos” del resto de la sociedad—, es de por sí un mensaje acerca del precio que pagan los desviados, los ilegales y los que amenazan al sistema.³⁹

³⁸ El semblante en sentido psicoanalítico es una figura que a la vez gangrena lo real, imponiéndole una estructura de ficción, por lo tanto lo vuelve no manipulable, impalpable, fantasmal. Véase Miller, Jacques-Alain, *El otro que no existe y sus comités de ética*, Buenos Aires, Paidós, 2005. Véase Voruz, Véronique y Bogdan, Wolf, *The Semblant and the Real*, Londres, Psychoanalytic Notebooks of the London Circle 9, 2002, pp. 9-28.

³⁹ Garreaud, Álvaro, *La prisión post-panóptica. Apuntes sobre el umbral del poder contemporáneo*, versión española del artículo “Das postpanoptische Gefängnis”, *Catálogo de la exposición Knast sind immer die anderen*, Berlín, NGBK, 2009.

La captura que realiza la prisión es, así, además de física o policial, semiológica, porque permite la producción de significados hegemónicos acerca de cómo debe ejercerse el gobierno del orden social, de las distinciones y mecanismos que articulan lo legal y lo ilegal, el bien y el mal, lo incluido y lo excluido, etcétera. A través de esta operación práctico-simbólica la prisión se constituye como límite y crea un medio de interioridad (una forma de gobierno) en el que incluye por un lado, cuando transmite su mensaje sobre el peligro, lo que parece excluir del otro, cuando encierra y separa a los sujetos “riesgosos”. De este modo, el efecto de la prisión aparece, simultáneamente, en la regulación de los espacios públicos, de las relaciones laborales, familiares, educativas, etcétera. Lo que la prisión encierra es el afuera, ella organiza una función de exterioridad.⁴⁰

Las nuevas tecnologías cibernéticas y de comunicación instantánea muestran hoy día que la forma global de existencia está subsumida en la producción, tocando el límite de lo que Marx llamaba el trabajo vivo, abstracto. No hay afuera, no hay diferencia entre trabajar y vivir; todo, los sentimientos, las capacidades creativas, la subjetividad, hasta los miedos y fantasmas son “puestos a trabajar”.⁴¹

La crisis de la forma-prisión es parte de la crisis del modelo disciplinario-correccional articulado con lógica fordista de producción, que suponía la racionalización del tiempo y del espacio (divisiones, cuadrículas, estratos), y en la que los cuerpos debían ser disciplinados a una vida social normalizada, para insertarse en el sistema productivo. En esta lógica, la prisión cumplía una función *analógica*, pues mostraba un *acontecimiento* diseminado en todas las relaciones cotidianas, aunque bien supervisado por el Estado y las fuerzas represivas.⁴²

⁴⁰ Véase Deleuze, Gilles, *Foucault*, Barcelona, Paidós, 1987; Foucault, Michel, *La Pensée du dehors*, Montpellier, Fata Morgana, 1986.

⁴¹ Se confunde y mimetiza producción y comunicación, trabajo y vida, y la acción productiva toma la forma de la acción política. Véase Marazzi, Christian, *El sitio de los calcetines*, Madrid, Akal, 2003; Gorz, André, *Metamorfosis del trabajo: búsqueda del sentido*, Madrid, Sistema, 1997; Virno, Paolo, *Virtuosismo y revolución*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

⁴² Una de las funciones más importantes de la prisión en la sociedad industrial fue producir una distancia y una oposición entre el proletariado a los grupos, la plebe, considerados lumpen o delinquentes. Las funciones examinadoras, correctivas y normalizadoras de la prisión fueron un importante factor en la creación de la clase proletaria. Véanse los clásicos trabajos de Rusche, George y Kirchheimer, Otto, *Punishment and Social Structure*, Nueva York, Russell & Russell, 1939; Foucault, Michel, *Surveiller et Punir*, Francia, Galimard, 1975; Melossi, Darío y Pavarini, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bolonia, Il Mulino, 1977; Ignatieff, Michael Grant, *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution*, Londres, Macmillan, 1978.

En este nuevo orden, donde ha prácticamente desaparecido la *question sociale*, las funciones de la prisión se observan mutantes y adquieren cada vez más importancia dentro de la ideología y las prácticas de gobierno de la “revolución neoliberal”. Una revolución que en el ámbito de la acción estatal significa/supone, la atrofia del Estado social y una hipertrofia del Estado penal.⁴³ Crece y se distribuye una retórica punitiva centrada en la responsabilidad individual y en la idea de un *ciudadano-víctima* que debe hacer la guerra al crimen, a las drogas, a la inseguridad, etcétera. Entonces, se invierte la relación jurídica: ya no es *seguridad de los derechos* sino derecho a la seguridad (privado). Así, aparecen las innovaciones técnicas y orgánicas de la prisión⁴⁴ para canalizar la propia violencia y la inseguridad.

W. Burroughs fue quien tal vez primero lo vio. Su mirada molecular hizo visible aquello que nadie percibía: una sociedad de “adultos adictos al consumo”, esclavizados por el mercado, y cuya potencia viviente es cada vez más controlada por cuerpos técnicos y complejas estrategias político-mediáticas. El adicto Burroughs “percibiendo algo”, algo que cuestionaba la visibilidad dominante (lo que se ve y se dice): el espectro de un sistema de control que no necesita más la observación interrumpida sobre los individuos como forma de saber, por lo tanto de gobierno, sino que disuelve a estos mismos individuos en sujetos impersonales, en público de acontecimientos técnicos o mediáticos por los que circulan nuevos códigos de inclusión y exclusión; códigos que tienden a destruir la relación propia del poder anterior, disciplinario, es decir, las relaciones entre el individuo y la totalidad. El control se enquista en autorreferencias y circula por los lazos sociales, casi siempre para destruirlos, mientras impone una subjetividad impersonal y escindida, sometida a flujos de información que la encierran en un estado de ansiedad y de inercia.⁴⁵

La prisión contemporánea ha entrado en un diagrama⁴⁶ diferente, el *diagrama pos-panóptico*, en el que lo que domina no es —principalmente— un

⁴³ Expresión propuesta por L. Wacquant.

⁴⁴ “Crime-watch groups and partnerships between the police and other public services (schools, hospitals, social workers, the national tax office, etc.); video surveillance cameras and computerized mapping of offenses; compulsory drug testing, ‘tazer’ and ‘flash-ball’ guns; fast-track judicial processing and the extension of the prerogatives of probation and parole officers; criminal profiling, satellite-aided electronic monitoring, and generalized genetic fingerprinting; enlargement and technological modernization of carceral facilities; multiplication of specialized custodial centers (for foreigners awaiting expulsion, recidivist minors, women and the sick, convicts serving community sentences, etc.).”

⁴⁵ Véase Virilio, Paul, *La inercia polar*, Buenos Aires, Trama, 1999.

⁴⁶ El diagrama: es el mapa, la cartografía, coextensiva a todo el campo social. Es una máquina abstracta. Se define por funciones y materias informales, ignora cualquier distin-

objetivo disciplinario (moralizar o normalizar) ni el control continuo, sino la creación de nichos como forma de captura y movilización de la vida. Se podría decir que hemos transitado desde una *cárcel-territorio* a una *cárcel-vida*. La prisión pos-panóptica es pieza de una nueva forma de biopolítica (o sea, de la inclusión de la vida en la política), porque contribuye a legitimar una nueva relación dominante de lo viviente. Vivir es estar conectado, el aislamiento es la muerte, pero para conectarse son necesarias contraseñas y aprobaciones.⁴⁷

Pero el problema se extiende: los grupos de sujetos considerados enemigos o a los que se niegan dichas “contraseñas” están afectados en su condición misma de seres humanos, reducidos a cuerpos o a categorías de riesgo, a “ruido”, elemento tóxico o infeccioso, y en el extremo de “riesgo biológico”. Vidas y cuerpos excedentarios o rebeldes que la *humanidad instituida* no reconoce como parte de sí misma, y que si se atreven a asaltar los muros de su “fortaleza civilizada” (*Polis*), las prisiones y los centros de internamiento son un buen lugar para acumularlos.⁴⁸

Cada vez más presos y cada vez más tiempo presos. Así, es necesario preguntarnos (y saber) a quiénes, cómo y por qué motivos se encarcela para proyectar, sobre un plano político, las funciones estratégicas de la prisión en nuestra vida diaria. Es necesario preguntarnos hasta qué punto nuestra sociedad sacrifica a las personas para no perecer ella misma, para mantener un *statu quo*. Así, la lucha por la abolición de las prisiones se transforma en la lucha contra la sociedad que las produce, contra las relaciones de violencia, discriminación y abuso que las prisiones crean, distribuyen y ocultan.⁴⁹

X. LA PRECARIEDAD COMO FORMA DE HUMILLACIÓN

La posmodernidad es nuestra época, en ella pensamos y (mal) vivimos. La posmodernidad radicaliza las lógicas y las aporías de la modernidad. En particular, el sujeto se convierte en engranaje del sistema y en función de orden. Pero si la modernidad era una mediación que no conseguía mediarse a sí misma, la posmodernidad gira aún más en el vacío, sin capacidad alguna de autojustificarse.⁵⁰

ción de forma entre un contenido y una expresión, entre una formación discursiva y una formación no discursiva. Una máquina casi muda y casi ciega, aunque haga ver y haga hablar. Véase Deleuze, Gilles, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁷ Deleuze, Gilles, *Postdata sobre la sociedad del control*, Montevideo, Nordan, 1991.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ López Petit, Santiago, “La precariedad como forma de humillación: algunas reflexio-

En la posmodernidad la realidad coincide con el capitalismo. Eso significa que todas las categorías espaciales de la modernidad (dentro/fuera, paz/guerra, orden y desorden...) han saltado por los aires. Estamos ante un *continuum* indiscernible en el que se mezcla interioridad y exterioridad, guerra y paz, orden y desorden. No existe la coyuntura. La coyuntura tiene que ser arrancada a la realidad misma. Nuestra apuesta es que la lucha que quiere vencer la precariedad puede hacerlo.

La categoría que permite dar cuenta, en última instancia, de todos los fenómenos que se producen en la posmodernidad es la de *movilización*. Todos y cada uno de nosotros estamos movilizados. Ciertamente, la explotación capitalista forma parte de esa movilización, pero la movilización, en la medida en que es una “política de la relación”, significa mucho más. Nuestra propia existencia es esa movilización de la vida. Nos movilizamos para (re)producir esta realidad obvia que se nos cae encima, cuando trabajamos, cuando no trabajamos, cuando nos buscamos a nosotros mismos, cuando construimos proyectos... De esta manera, la política encuentra hoy la vida.

Tomar el concepto de *biopoder* para describir esa entrada de la vida en la política, como una “puesta a trabajar de nuestras vidas”, es muy insuficiente. Tal como se viene utilizando el concepto de *biopoder*, todas las propuestas permanecen dentro de la crítica de la economía política.

El *biopoder* es una extrapolación de la explotación capitalista que tiene dos consecuencias necesariamente:

No sale de la centralidad del trabajo.

Las relaciones de poder, en último término, se deducen de las relaciones de producción. Por todo ello, la política que se desprende de estos análisis no implica ningún cambio innovador a la altura de nuestro tiempo. Simplemente se sustituyen unas denominaciones por otras. Por ejemplo, en vez de clase trabajadora se habla de multitud, pero en absoluto se somete a crítica la misma noción de sujeto político, no la idea política que determina.

La movilización global de la(s) vida(s) crea, como decíamos, una realidad en la que se confunden guerra y paz, orden y desorden... Esta nueva territorialidad tiene la forma simultáneamente de *espacio fronterizo* y de *supermercado*. En el espacio fronterizo el límite se ha hecho virtual. Hay infinitas fronteras y también ninguna. Espacio de control absoluto en el que lo que eres viene determinado por las fronteras que te es permitido superar. Espacio fronterizo que también es supermercado donde escoger libremente. Eres la marca que puedes comprar. La movilización global produce un te-

nes muy provisionales sobre la precariedad”, en Delgado, Manuel (coord.), *La humillación: técnicas y discursos para la exclusión social*, España, Bellaterra, 2009, pp. 15-20.

rritorio aparentemente pacificado en el que la catástrofe le es inmanente/inminente.

Para entender cómo funciona el *ser precario* debe tenerse en cuenta que si bien la precariedad es social, la precariedad como tal se vive individualmente. Esta afirmación es clave, ya que en ella se condensa toda la potencia, y también toda la debilidad de una lucha que tome la precariedad como objetivo que hay que atacar. La precariedad, mediante el miedo y la esperanza, nos configura en lo que somos, es decir, como ser precario. Hablar de precariado en cuanto sujeto colectivo no es más que pretender imponer artificialmente un horizonte constitutivo a algo que, en su esencia, es individual y paradójico.

Si el *ser precario* tiene este carácter paradójico, social y a la vez individual, es evidente que las formas tradicionales de política no sirven. Con esto queremos decir que una política de lucha contra la precariedad debe ser completamente reinventada. Entre otras cosas, porque la politización ya no pasa por la conciencia de clase. La conciencia de clase permitía alcanzar lo universal desde el autoconocimiento concreto de la explotación.

XI. CONSIDERACIONES FINALES

El horizonte mexicano se vislumbra nada gratificante, lo cual no implica que no existan alternativas al modelo dominante. Es preciso subrayar que para empezar a construir un nuevo andamiaje institucional que revierta la tendencia hegemónica, se requiere de la organización de un nuevo movimiento plural, multclasista, intelectual y académico que impulse un programa nacional que modifique las prioridades políticas y las orientaciones del gasto público, colocando la agenda social en las coordenadas de las prioridades nacionales. Globalizando la equidad y la inclusión social.

Las directrices actuales de las políticas públicas están dirigidas a confundir lo urgente con lo importante, con lo que los procesos de cambio y reformas de alto calado tienden a posponerse indefinidamente. Esta mecánica de pragmatismo rampante eclipsa las propuestas integrales y multidisciplinarias.

Ante la ceguera e insensibilidad dominantes, es imprescindible enfatizar que la lucha contra la inseguridad y la violencia sólo puede tener éxito si se plantea desde una meseta amplia y diversa, que atienda la fenomenología social, cultural, laboral y educativa. En tanto se insista en sólo en combatir los síntomas y efectos de la criminalidad se ratificará que nuestro Estado es

hemipléjico, ya que sólo funciona la parte represiva del cuerpo estatal. Éste es el núcleo de nuestra crisis sistémica.

XII. FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

- BAUMAN, Zygmunt, *La globalización: consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- BOTTOMS, Anthony, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon, 1995.
- DELEUZE, Gilles, *Foucault*, Barcelona, Paidós, 1987.
- , *Postdata sobre la sociedad del control*, Montevideo, Nordan, 1991.
- FOUCAULT, Michel, *La Pensée du dehors*, Montpellier, Fata Morgana, 1986.
- , *Surveiller et Punir*, Francia, Galimard, 1975.
- FRÜHLING, Hugo, *Policía comunitaria y reforma policial en América Latina. ¿Cuál es el impacto?*, Chile, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile, 2003.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2009.
- GARREAUD, Álvaro, “La prisión post-panóptica. Apuntes sobre el umbral del poder contemporáneo”, versión española del artículo “Das postpanoptische Gefängnis”, *Catálogo de la exposición Knast sind immer die anderen*, Berlín, NGBK, 2009.
- GORZ, André, *Metamorfosis del trabajo: búsqueda del sentido*, Madrid, Sistema, 1997.
- IGNATIEFF, Michael Grant, *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution*, Londres, Macmillan, 1978.
- LÓPEZ PETIT, Santiago, “La precariedad como forma de humillación: algunas reflexiones muy provisionales sobre la precariedad”, en DELGADO, Manuel (coord.), *La humillación: técnicas y discursos para la exclusión social*, España, Bellaterra, 2009.
- MANDEL, Ernest, *El capitalismo tardío*, Frankfurt, Era, 1972.
- MARAZZI, Christian, *El sitio de los calcetines*, Madrid, Akal, 2003.
- MILLER, Jacques-Alain, *El otro que no existe y sus comités de ética*, Buenos Aires, Paidós, 2005.

MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenciaro*, Bolonia, Il Mulino, 1977.

RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto, *Punishment and Social Structure*, Nueva York, Russell & Russell, 1939.

VIRILIO, Paul, *La inercia polar*, Buenos Aires, Trama, 1999.

VIRNO, Paolo, *Virtuosismo y revolución*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

VORUZ, Véronique y BOGDAN, Wolf, *The Semblant and the Real*, Londres, Psychoanalytic Notebooks of the London Circle 9, 2002.

Hemerográficas

AGUILAR, José Carlos, “Las políticas de seguridad pública en América Latina: policía, violencia y narcotráfico en México”, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm. 81, octubre de 2006.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

TRANSVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO (UNA PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA QUE CONSTRUYE PAZ, CON VISIÓN HUMANISTA)

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Premisas iniciales*. III. *La participación de las mujeres en la construcción de la paz desde el punto de vista de Naciones Unidas*. IV. *La participación de las mujeres en la construcción de la paz desde el punto de vista de mujeres y hombres activistas en esta materia*. V. *La violencia naturalizada en México*. VI. *Colofón*.

I. PREÁMBULO

Escribir en un libro de homenaje al doctor Jorge Witker es un privilegio, por ello agradezco la invitación. Jorge Witker es mi maestro y es un amigo por el que tengo mucho respeto y admiración por su congruencia intelectual e ideológica; un amigo y un maestro al que conocí hace ya muchas primaveras, después de que llegara a México en tiempos complicados para su natal Chile; sin preguntárselo, estoy segura que congenió con nuestro país y con nuestra gente, por eso aquí vive desde entonces.

Hoy lo reconocemos como un constructor de la cultura jurídica mexicana e internacional, lo sentimos parte importante de nuestro país y de nuestro entorno académico. Sin embargo, no olvido que llegó a estas tierras por su congruencia democrática, en situaciones que son, afortunadamente, desconocidas para muchas personas en México. Desafortunadamente son una realidad para millones de personas, en nuestras fronteras y en el mundo.

Sí, la represión, las dictaduras, los conflictos armados, las “guerras contra el narcotráfico” producen, entre otros flagelos, migraciones forzadas, tanto internas como internacionales, desapariciones también forzosas, de-

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

tenciones arbitrarias, y un largo etcétera de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos.

El doctor Jorge Witker llegó a México con uno de los primeros grupos de personas refugiadas o asiladas después del golpe de Estado contra Salvador Allende, presidente constitucional de Chile. Esta es la razón por la cual escogí este tema como parte de mi aportación a este homenaje tan merecido. Un tema que fue parte de mi trabajo mientras estuve en la Misión Permanente de México ante Organismos Internacionales con sede en Ginebra y que retomé después de haber recibido dos invitaciones simultáneas: participar en esta obra y ser ponente en el Primer Coloquio Internacional “Construcción de una cultura de paz: diálogos y experiencias”, organizado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Universidad Nacional Autónoma de México, entre otras instituciones.

Lo retomo desde una perspectiva feminista y humanista, con la imagen de muchas de las personas que he conocido en mi vida y que han sufrido, de una u otra forma, violencia grave y sistematizada, entre ellos, mi maestro, el doctor Witker.

II. PREMISAS INICIALES

Parto de una premisa: la construcción de la paz es un proceso de responsabilidades individuales, sociales y políticas, que requiere de la conjunción de voluntades desde diferentes aristas, tales como la prevención de los conflictos violentos y de los delitos; la protección a la población (tanto en lo personal como en lo colectivo) durante las situaciones de violencia, las negociaciones para el retorno a la paz y la conservación de la misma, así como durante los procesos de justicia y reparación de los daños como parte fundamental en la construcción de una paz duradera, y lo que se llama la reconciliación.

En el entendido de que, al hablar de conflicto, hago referencia a situaciones extremas de divergencia y desacuerdo que afectan de manera profunda a países, regiones, sociedades, comunidades, familias o personas, y derivan actos de violencia, peligro, agresión, falta de respeto, atentados a la dignidad y a los derechos humanos de las personas. Situaciones como guerras, golpes de Estado, matanzas sistemáticas, violencia feminicida, violencia de género, etcétera.

En este sentido, podemos hablar de conflicto violento dependiendo del espacio en donde se presenta, de sus efectos sobre la población, del número

de territorios o personas involucradas, por ejemplo. Pero en cualquier conflicto de esta naturaleza corresponde al Estado encontrar las vías hacia una paz sustentable en donde la protección de las víctimas y la reconstrucción de los tejidos sociales dañados sean el eje del trabajo a realizar con miras a recuperar los espacios de desarrollo afectados o perdidos durante el conflicto violento, siempre tomando en cuenta a las personas que se vieron afectadas, tanto si participaron en el conflicto como si son víctimas “colaterales”.

Con estas líneas de reflexión inicial, propongo recordar que en Naciones Unidas se ha sostenido, por lo menos desde 1995, que “la paz está indisolublemente unida a la igualdad entre las mujeres y los hombres y al desarrollo”,¹ porque el respeto a los derechos humanos de las mujeres y sus necesidades es un eje prioritario en su construcción. Lo cual implica, desde mi punto de vista, compartido por millones de mujeres en el mundo, que una paz duradera y sustentable debe ser construida a través de una política transversal de respeto a los derechos humanos con perspectiva de género; una política que se construya escuchando las voces de las mujeres.²

Esta es la propuesta: construir la paz desde el arraigo de los conceptos de dignidad, respeto, responsabilidad, en las relaciones interpersonales, familiares, comunitarias, sociales, ciudadanas y de Estado, con un enfoque respetuoso de los derechos humanos y una visión feminista reivindicatoria de la igualdad entre mujeres y hombres. Propuesta alineada tanto a la *Plataforma de Acción de Beijing* ya mencionada, como a lo expresado en la *Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz*,³ en particular el señalamiento que define este concepto, “cultura de paz”, como:

...un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida, que llevan implícitos el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación; ...el respeto pleno y la promoción de todos los dere-

¹ Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, párrafo 131, documento de Naciones Unidas, A/CONF.177/20/Rev.1.

² Algunas de estas voces afirman que las mujeres en situaciones de guerra sufren actos de violencia similares a los que sufren en tiempo de paz, es el caso de las violaciones sexuales, por ejemplo. En situación de guerra, se trata de actos públicos que simbolizan la conquista y la humillación del enemigo; se trata de vejaciones grupales que refuerzan los pactos patriarcales entre los hombres y culminan, con mucha frecuencia, con el asesinato de las mujeres a manos del grupo de violadores. Esto mismo sucede en tiempos de paz, en donde los agresores son hombres del propio grupo familiar de las mujeres violadas. Por eso las voces de mujeres por la paz exigen ser oídas. Véase, por ejemplo, Magallón Portolés, Carmen, *Mujeres en pie de paz*, Argentina-México-España, Siglo XXI, pp. 31 y ss.

³ Documento de Naciones Unidas A/RES/53/243, 6 de octubre de 1999, promovido por la UNESCO.

chos humanos y las libertades fundamentales; ...el respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres, ...y, la adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad...

III. LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ DESDE EL PUNTO DE VISTA DE NACIONES UNIDAS

En contextos de conflicto bélico, se afirma que es preciso vincular las experiencias que ayudan a consolidar la cultura de paz con la complejidad de los conflictos y, en situaciones como la de nuestro país, con las estructuras de poder y del propio Estado, pues existe una relación e interacción entre las mismas personas/poblaciones, instituciones, intereses, necesidades, poderes, percepciones, frente a las diferentes formas de violencia, como en las dinámicas propias de la construcción de la paz o la consolidación de una cultura de paz. Procesos que siempre están en equilibrios precarios.⁴

Estas premisas encuentran un fundamento en los acuerdos alcanzados durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer,⁵ tanto desde la perspectiva de igualdad en el acceso a los espacios de toma de decisiones como en los compromisos de evitar los actos de violencia contra las mujeres en todo tipo de conflictos. Cabe recordar que esta conferencia tuvo por objetivos “la igualdad, el desarrollo y la paz para todas las mujeres del mundo, en interés de toda la humanidad”⁶ y se reconoció que: “La paz local, nacional, regional y mundial es alcanzable y está inextricablemente vinculada al adelanto de la mujer, que constituye una fuerza fundamental para la dirección de la comunidad, la solución de conflictos y la promoción de una paz duradera a todos los niveles”.⁷

⁴ Sobre el particular véase Muñoz, Francisco A. y Molina Rueda, Beatriz, “Una cultura de paz compleja y conflictiva. La búsqueda de equilibrios dinámicos”, *Revista Paz y Conflicto*, Granada, núm. 3, 2010, pp. 44-61; Martínez López, Cándida, “Las mujeres y la paz en la historia. Aportaciones desde el mundo antiguo”, en Muñoz Muñoz, Francisco A. y López Martínez, Mario (eds.), *Historia de la paz: tiempos espacios y actores*, Universidad de Granada, 2000, pp. 255-290; Muñoz Muñoz, Francisco A. (ed.), *La paz imperfecta*, Universidad de Granada, 2001, *passim*.

⁵ Que se llevó a cabo del 4 al 15 de septiembre de 1995 en Beijing, China, bajo los auspicios de la Organización de Naciones Unidas.

⁶ Párrafo 3 de la Declaración de Beijing, Documento de Naciones Unidas A/CONF.177/20/Rev.1, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995.

⁷ *Ibidem*, párrafo 18.

Posicionamientos políticos contenidos en la *Declaración de Beijing* y desarrollados en su *Plataforma de Acción* en el marco de los objetivos estratégicos sobre *La mujer y los conflictos armados* como parte de un programa político encaminado a “crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad”, bajo la premisa de que: “la igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo, necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz”.⁸

En el contexto de la participación de las mujeres en las operaciones de paz, se reconoció que:

En un mundo de constante inestabilidad y violencia,⁹ hay que aplicar con urgencia métodos de cooperación para lograr la paz y la seguridad. La igualdad de acceso a las estructuras de poder y la plena participación de las mujeres en ellas y en todos los esfuerzos para la prevención y solución de conflictos son fundamentales para el mantenimiento y fomento de la paz y la seguridad.¹⁰

Por tanto, en la promoción de las resoluciones no violentas de conflictos y para la reducción de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres en estas situaciones, pero no sólo de las mujeres, los Estados se comprometieron a:

Reforzar la función de la mujer y garantizar una representación paritaria de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones en las instituciones nacionales e internacionales que puedan formular o incluir la formulación de políticas con respecto a cuestiones relativas al mantenimiento de la paz, la diplomacia preventiva y las actividades conexas y en todas las etapas de los procesos de mediación y las negociaciones de paz.¹¹

Al tiempo que se reiteró que la violación sexual de las mujeres en situación de conflicto armado es un crimen de lesa humanidad y un acto de genocidio,¹² con un compromiso para erradicar la impunidad de estos actos. Así, se acordó:

⁸ Párrafo 1 de la *Plataforma de acción de Beijing*, Documento de Naciones Unidas A/CONF.177/20/Rev.1.

⁹ En el contexto de nuestra realidad puede leerse “en un país de constante inestabilidad y violencia...”.

¹⁰ Plan de acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, párrafo 134.

¹¹ *Ibidem*, objetivo estratégico E.3, párrafo 144, inciso c.

¹² *Ibidem*, párrafo 145, inciso d.

Aplicar y reforzar las normas enunciadas en los instrumentos internacionales humanitarios y los instrumentos internacionales de derechos humanos para evitar todos los actos de violencia contra las mujeres en situaciones de conflicto armado y en conflictos de otra índole;¹³ realizar investigaciones completas de todos los actos de violencia cometidos contra las mujeres durante las guerras, incluidas las violaciones, en particular las violaciones sistemáticas, la prostitución forzada y otras formas de agresiones deshonestas, y la esclavitud sexual; enjuiciar a todos los criminales responsables de los crímenes de guerra contra las mujeres y proporcionar compensación plena a las mujeres víctimas.¹⁴

Finalmente, la transversalidad de la perspectiva de género también está presente en los objetivos de esta *Plataforma de Acción de Beijing*, vinculados a la participación de las mujeres en investigaciones sobre la paz, sus repercusiones sobre ellas, los niños y niñas, tanto en relación con los efectos físicos, psicológicos, económicos y sociales de dichos conflictos como en los proyectos para la elaboración de políticas y programas para solucionar las consecuencias de esos conflictos y la eliminación de la violencia, con el reconocimiento de la contribución de las mujeres a los movimientos de paz tanto nacionales como regionales e internacionales.¹⁵

Cinco años más tarde, en el 2000, estos acuerdos fueron evaluados en Nueva York por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas y se llegó a la conclusión de que, además de haber avanzado en la revisión sobre las leyes en materia del derecho a la propiedad de las mujeres en situaciones de conflictos armados y de reconstrucción después de los conflictos, así como en otras esferas vinculadas a la prestación de servicios básicos de salud y de atención a la salud reproductiva a las mujeres desplazadas o de aquellas que se encuentran en situaciones de emergencia y de crisis, se procuró el aumento de "...la participación de la mujer en la adopción de decisiones en los campamentos de refugiados y se ha dado apoyo a las iniciativas de la mujer en favor de la paz, y a las que se proponen redefinir las funciones y las identidades de los hombres y promover una cultura de paz".¹⁶

¹³ Concepto en el que cabe la situación que vive el país por el combate al narcotráfico, tanto como los conflictos interétnicos como la matanza de Acteal o la tortura que sufrieron al menos 16 mujeres en mayo de 2006 en Atenco.

¹⁴ Plan de acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, párrafo 145, inciso e.

¹⁵ *Ibidem*, incisos b y c.

¹⁶ Naciones Unidas, Documento E/CN.6/2000/1, *Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: examen de la incorporación de una perspectiva de género en las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas. Evaluación de la aplicación del plan de mediano plazo a nivel de todo el*

Ese mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas revisó también los avances en la aplicación de la *Plataforma de Acción de Beijing*, reconociendo que toda situación de conflicto tiene diferentes repercusiones destructivas en la mujer y el hombre; diferencias que deben ser tomadas en cuenta tanto en la normatividad como en las acciones humanitarias.

En este contexto, observamos un factor importante para el análisis de la situación mexicana, en el sentido de que en esta revisión se vinculan problemas tales como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los embarazos forzados, la esterilización forzosa y otras formas de violencia sexual como efectos de los conflictos armados, y los catalogan como crímenes de guerra, además de subrayar que estos conflictos generan incrementos en las familias encabezadas por mujeres, debido a los desplazamientos, la desintegración familiar, la muerte de los hombres y otros factores vinculados con el conflicto de manera directa, lo que favorece la pobreza y la feminización de la pobreza, y son graves obstáculos para el adelanto de las mujeres con consecuencias particularmente perjudiciales para la igualdad entre mujeres y hombres, así como para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres.¹⁷

Finalmente, es importante destacar las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre esta materia. Empezando por la resolución 1325 del 31 de octubre de 2000, en la que se reconoce que la problemática diferenciada y no atendida de los efectos que tiene un conflicto armado entre mujeres y hombres repercute en la búsqueda de la paz y la reconciliación duraderas,¹⁸ además de subrayar "...la importancia de que participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar su participación en los procesos de adopción de decisiones en materia de prevención y solución de conflictos".¹⁹

sistema para el adelanto de la mujer para el periodo 1996-2001, Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 44o. período de sesiones, 28 de febrero al 2 de marzo de 2000.

¹⁷ Véanse los párrafos 15 a 19 del Documento de Naciones Unidas, suplemento núm. 3 (A/S-23/10/Rev.1), *Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General*, Nueva York, 2000.

¹⁸ Sobre este particular, cabe mencionar que en 2005, a petición del Congreso de Guatemala, realicé un diagnóstico sobre la violencia de género contra las mujeres en ese país, en el que se documentó que una fuente de los feminicidios más crueles que se han dado en los últimos años es el proceso de paz mal acabado, es decir, un proceso de paz en el que no se tomaron en cuenta estos impactos diferenciados ni se dio atención psicológica especializada a las víctimas de los crímenes de guerra cometidos contra mujeres.

¹⁹ Documento de Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/1325 (2000).

Una Resolución en la que dicho Consejo de Seguridad pide que en todos los acuerdos de paz se adopte una perspectiva de género, en la que se tengan en cuenta, entre otras cosas, las ya mencionadas necesidades especiales de las mujeres, su participación en los procesos de paz, su rehabilitación, reintegración y en la reconstrucción posterior al conflicto, independientemente del papel que hayan tenido en él, sea como participantes, víctimas directas de cualquiera de los crímenes de lesa humanidad que se hubieren cometido, o como parte de la población civil afectada.

En este documento se señala la importancia que tiene el ejercicio de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales de las mujeres, para la sustentabilidad de la paz. Derechos que comprenden, de manera prioritaria, la participación de las mujeres en procesos electorales, en la seguridad y trabajos de policía, así como en el acceso a la justicia para erradicar la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el conflicto, e incluso la reivindicación de derechos que parecen ya conquistados de manera irreversible, como el derecho a la propiedad.²⁰

Esta Resolución ha sido ratificada, reforzada y ampliada desde entonces. La última, la 2106 del 24 de junio de este año,²¹ en la cual se afirma que

...el empoderamiento político, social y económico de las mujeres, la igualdad entre los géneros y la participación de los hombres y los niños en las actividades destinadas a combatir todas las formas de violencia contra las mujeres son fundamentales para la labor a largo plazo de prevención de la violencia sexual en las situaciones de conflicto armado y posteriores a conflictos...

En este mismo sentido se vuelve a subrayar que las prácticas que implican agresión o violencia sexual contra las mujeres son causa de que los conflictos se agudicen y prolonguen de manera significativa, constituyendo un obstáculo para el restablecimiento de la paz y la seguridad.²² Lo mismo

²⁰ Párrafos 8 a 10 de la Resolución citada.

²¹ Documento de Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/2106 (2013).

²² Cuando leo este tipo de afirmaciones no puedo evitar recordar el caso de las mujeres torturadas en el operativo del 4 de mayo de 2006 en Atenco, Estado de México. También me vienen a la memoria las mujeres agredidas sexualmente por integrantes del ejército nacional en Castaños, Coahuila, la noche del 11 de julio de 2006. También saltan a la memoria otras agresiones de las fuerzas armadas en el país: las tres mujeres tzeltales violadas el 4 de junio 1994 en Chiapas, las doce mujeres de Loxicha, Oaxaca, agredidas también sexualmente, en 1997, o el caso de Ernestina Ascencio Rosario, presuntamente violada y asesinada por elementos del ejército en la Sierra de Zongolica el 6 de febrero de 2007, cuyo caso se cerró

sucede con las prácticas reiteradas de secuestro de mujeres, niñas y niños para dedicarlos a la esclavitud de índole sexual o a los matrimonios forzados.²³ ¿Cómo es posible lograr una reconciliación si estos actos delictivos inaceptables quedan impunes y no hay tratamiento psicológico integral para las víctimas y sus familiares? Humanamente no es posible.

Por ello, en la Resolución 2106 que comentamos se insta a los gobiernos a que prohíban a sus ejércitos toda práctica de agresión sexual; de manera explícita, exhortan "...a la prohibición de la violencia sexual en los códigos de conducta y los manuales de campaña de las fuerzas militares y de policía o su equivalente, y a que asuman y cumplan compromisos concretos sobre la investigación oportuna de los presuntos abusos...".²⁴

Prohibiciones que deben extenderse a los acuerdos pos-conflicto y no pueden ser materia de amnistía,²⁵ tomando en consideración que las violaciones a estas disposiciones deben implicar sanciones especiales y selectivas,²⁶ precisamente por ser crímenes de lesa humanidad.

de manera definitiva y sin posibilidades de revisión exculpando a los elementos de ejército señalados como responsables, salvo de una que otra falta de tipo administrativo (véase la recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos 34/2007). Ello, desde mi punto de vista, por la pésima actuación de José Luis Soberanes Fernández y Susana Thalía Pedroza de la Llave, entonces presidente y secretaria técnica, respectivamente, de dicha Comisión.

Hay otros más que quedan en la memoria, pero sería muy largo detallar. El común denominador de estos casos es la impunidad y la percepción que parece prevalecer en los integrantes de las fuerzas armadas, sea policía, ejército o marina: aun fuera de servicio y sin declaración de guerra de por medio, se sienten con el derecho de hacer lo que siempre hace un ejército cuando ingresa a "territorio enemigo": violar a las mujeres. De todos estos casos, los únicos sancionados fueron cuatro de los ocho elementos del caso Castaños, Coahuila, juzgados por un tribunal civil local, lo que coloca esta actuación como un caso paradigmático en la justicia nacional e internacional, como se puede constar en la biblioteca virtual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en su página Web: http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=lista_biblioteca_doc&id_rubrique=86.

²³ Lo cual me recuerda tristemente el caso de Fanny, una mujer que en 2006, a los 16 años de edad, fue levantada por los Zetas para ser la concubina de uno de sus entonces líderes. Que a pesar de haber sido localizada en la frontera de Estados Unidos, no pudo ser rescatada en 2007 por órdenes expresas de Eduardo Medina Mora, entonces procurador general de la República.

²⁴ Párrafo 10 de la Resolución en comentario.

²⁵ *Ibidem*, párrafo 12.

²⁶ El caso Castaños, citado *supra*, es paradigmático en este sentido, ya que la sanción más alta correspondió al soldado de más alto grado presente en el lugar de los hechos, quien alegó, desde luego, que él no participó en la agresión, que sólo estaba mirando. El tribunal de Coahuila consideró que violó el más elemental de los deberes de un soldado: proteger a la población, y que dado que su rango lo posibilitaba para detener de manera inmediata a los demás elementos, y no lo hizo, incurrió en un delito muy grave.

De esta Resolución es importante destacar que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, considera importante no sólo la incorporación de mujeres en los sistemas de seguridad —léase policía en tiempos de paz— sino una reforma del sector justicia que incluya

...la capacitación de los profesionales de los sectores de la justicia y la seguridad en materia de violencia sexual y basada en el género y la inclusión de más mujeres en los niveles superiores de esos sectores; y las actuaciones judiciales que tengan en cuenta las necesidades específicas y la protección de los testigos y los supervivientes de violencia sexual en las situaciones de conflicto armado y posteriores a conflictos, así como de sus familiares...²⁷

Una política de justicia que ya es una realidad en Guatemala a través de tribunales especializados en feminicidio y otras formas de violencia contra las mujeres, que hoy operan en cinco departamentos del país: Guatemala, Huehuetenango, Quetzaltenango, Alta Verapaz y Chiquimula, con un programa de ampliación dinámico.²⁸ ¿Por qué en México no se puede?, ¿falta de voluntad política?

Regresando al análisis de la visión de Naciones Unidas sobre la participación de las mujeres en la construcción de la paz, y para concluir este apartado, es necesario resaltar lo expresado por el secretario general de Naciones Unidas en su informe a la Asamblea General de 2010, en donde se afirma que:

Las actividades destinadas a aumentar la participación de la mujer en los procesos de prevención y solución de conflictos y en la recuperación tras ellos

²⁷ Véase el párrafo 16, inciso *c*.

²⁸ Para dar seguimiento al desarrollo de este proceso se puede consultar la página Web en: http://www.oj.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=277&Itemid=92#sthash.RTt1lhl.kAFjOKY4.dpbs. Ahí se observa que, a la fecha, en el departamento de Guatemala funcionan: una Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, el Juzgado Segundo de Primera Instancia Penal de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, el Tribunal Segundo de Sentencia Penal de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, el Juzgado de Turno de Primera Instancia Penal de Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas con sede en el Ministerio Público. En los departamentos de Huehuetenango, Quetzaltenango y Alta Verapaz se cuenta con intérprete según los idiomas mayas más comunes en cada municipio: Mam, Q'eqchi' y K'iché. Se observa, también, que en las instalaciones de estos tribunales y juzgados se cuenta con servicio de cuidado infantil, para las madres que se encuentran realizando sus trámites, que hay atención psicológica y acompañamiento especializado de la defensoría pública. Para más información se puede consultar: http://www.oj.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=274&Itemid=92#sthash.fxL5u4DE.dpuj.

están inextricablemente vinculadas a las iniciativas destinadas a hacer frente a las consecuencias del conflicto para la mujer y a la necesidad de adoptar una perspectiva de género en la consolidación de la paz. Con demasiada frecuencia, la participación de la mujer, la aplicación de un análisis de género y las respuestas a las prioridades de la mujer después de los conflictos son tres elementos que quedan atrapados en un círculo vicioso. La exclusión de la mujer de los procesos de formulación de los acuerdos de paz y los marcos de recuperación a menudo significa que no se presta suficiente atención a corregir las desigualdades entre los géneros y responder a la inseguridad de la mujer; como resultado, las necesidades de la mujer quedan desatendidas y se continúan infrautilizando sus capacidades. Debemos transformar este círculo vicioso en un círculo virtuoso, de modo que con la participación de la mujer en el establecimiento de la paz se introduzca una perspectiva de género en la planificación después de los conflictos que genere mejores resultados para la mujer y mayor capacidad para participar en la consolidación de la paz a más largo plazo.²⁹

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ DESDE EL PUNTO DE VISTA DE MUJERES Y HOMBRES ACTIVISTAS EN ESTA MATERIA

La historia de la participación de las mujeres como pacifistas, como constructoras de acuerdos de paz y como vigilantes de los acuerdos es larga. La imagen de la paz como una entidad femenina está vinculada, por lo que se observa en la historia y en la mitología, con la construcción de la dicotomía guerra/masculino-paz/femenino, como parte del sistema sexo-género.³⁰ Desde que se tiene memoria histórica, la imagen de la mujer, como paradigma, ha sido relacionada con la maternidad y la paz; igualmente, la lid por sus derechos ha sido parte de acuerdos de paz en diversas épocas de la historia.

Para no remontarnos tan lejos, se puede hacer referencia a un ejemplo relativamente cercano y muy puntual: en la transición entre los siglos XIX y

²⁹ Documento de Naciones Unidas A/65/354-S/2010/466, *Participación de la mujer en la consolidación de la paz. Informe del secretario general*, Asamblea General, 65o. periodo de sesiones, Adelanto de la mujer, Fortalecimiento del sistema de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, 2010, párrafo 8.

³⁰ Para tener una visión histórica que sostiene esta afirmación véase Martínez López, Cándida, *Las mujeres y la paz en la historia. Aportaciones desde el mundo antiguo*, cit. Véase, también, Díez Jorge, María Elena y Mirón Pérez, María Dolores, “Una paz femenina”, en Molina Rueda, Beatriz y Muñoz, Francisco A. (eds.), *Manual de paz y conflictos*, Universidad de Granada, 2004.

XX se afirmó que: "...el sufragio para la mujer y una paz permanente irán siempre unidos. Cuando las mujeres de un país piden con ansiedad el voto, y el país está dispuesto a concedérselo, es señal de que el país está maduro para una paz permanente".³¹

Retomando esta frase, en nuestra actualidad, es posible afirmar que la vigencia de los derechos humanos de las mujeres está intrínsecamente vinculada a la paz sustentable, pues si el conjunto de mujeres mexicanas exige su derecho a una vida libre de violencia, el derecho a un trabajo digno, a la propiedad de la vivienda y la tierra, al ejercicio de una sexualidad libre, responsable y sin riesgo, estaremos frente a un país con la madurez suficiente para resolver los conflictos violentos a través de un diálogo estructurado bajo los principios de igualdad, no discriminación y respeto a la libertad y dignidad de las personas, es decir, bajo el supuesto de que a las demandas de las mujeres corresponda una escucha atenta y participativa de toda la sociedad, en especial de las autoridades.

En otras palabras, transversalizar la perspectiva de género en la construcción de la paz duradera implica tanto "feminizar la paz", es decir, "incorporar a la sociedad en su conjunto las tradicionales prácticas y actitudes pacíficas femeninas, permitiendo a las mujeres participar en la construcción activa de la paz", como incorporar en las negociaciones las demandas de las mujeres en materia de derechos humanos, y reconocer una paz estructural y sustentable "sólo es posible si existe una paz de género", pues "mientras la mitad de la humanidad, las mujeres, no gocen de similares grados de igualdad, libertad y desarrollo que los hombres, mientras persista la violencia de género", es decir "la derivada de la resolución no pacífica de los conflictos de género",³² tales como la violencia contra las mujeres en sus diferentes manifestaciones y tipos omnipresentes en tiempos de paz, en las familias, trabajos, escuelas, comunidades e instituciones, esa violencia que está intrínsecamente vinculada con la discriminación hacia las mujeres y las relaciones desiguales de poder que existen entre éstas y los hombres, mientras la violencia feminicida exista, la paz sustentable no es posible.

Carmen Magallón señala que estas afirmaciones no deben polarizar ni estigmatizar a mujeres y a hombres, pues:

³¹ Atribuida a Aletta Jacobs, impulsora del movimiento internacional de mujeres por la paz, por Liddington, Jill, "La campaña de las mujeres por la paz. Historia de una lucha olvidada", en *Antes muertas. Mujeres contra el peligro nuclear*, Barcelona, 1983, pp. 192-210 (citado en Martínez López, Cándida, *Las mujeres y la paz en la historia. Aportaciones desde el mundo antiguo*, cit., p. 290).

³² Díez Jorge, María Elena y Mirón Pérez, María Dolores, *Una paz femenina*, cit., p. 88.

...defender la paz es una opción. Libre en la medida en que unas y otros podemos rebelarnos frente al exterior que trata de construirnos según viejos esquemas heredados. Es una opción enmarcada... en el horizonte del conflicto identitario, en medio del desasosiego que provoca el reto de criticar lo que no nos gusta de la identidad impuesta y de poner en positivo lo que cada uno y cada una somos o queremos ser.³³

Esta activista-académica subraya que las experiencias se construyen a través de lo que realmente es nuestro, lo que realmente poseemos, y que a las mujeres, histórica y culturalmente, se nos ha colocado en el imaginario colectivo a través de la maternidad, prototipo que ha funcionado en los conflictos bélicos, para colocarnos, con éxito, como constructoras de los caminos de acercamiento y pacificación por excelencia —lástima que no podamos hacer lo mismo en los conflictos derivados de las relaciones desiguales de poder con los hombres, afirmo yo—.

Éxito que, paradójicamente, se sostiene de dos premisas: el histórico alejamiento de las mujeres de los espacios de poder, de la política, de la toma de decisiones, por un lado, y la experiencia de la maternidad, por otro. Desde luego, estas afirmaciones se refieren a los paradigmas culturales que, hoy en día, son cuestionados por la realidad, pues las mujeres han participado en guerrillas al lado de los hombres, con fusil o metralleta al hombro, y participan cada día más en diversos ejércitos.

Sin embargo, también es importante reconocer que la presencia femenina en las zonas de conflicto cambia de manera paulatina, pero significativa, los efectos del conflicto armado para otras mujeres, en especial para la población civil. Un ejemplo de ello se observó en las operaciones de paz en Haití,³⁴ en donde se refiere que la incorporación de la perspectiva de género se observa de manera muy significativa “en el terreno”, ahí donde las fuerzas de paz no sólo han sido especializadas sino que hay un fortalecimiento de la participación de mujeres civiles en los puestos de toma de decisiones, un aumento en la contribución de mujeres militares y policías y la visibilización de los compromisos con la situación y la condición de las mujeres locales.

Las razones de ello se pueden analizar desde la perspectiva de Carmen Magallón, en el sentido de que el peso a favor de la paz se conforma a través de una racionalidad que rechaza la violencia y que ella conceptualiza a través de la palabra *maternaje*. Es decir, esa práctica de “dedicar tiempo al

³³ Magallón Portolés, Carmen, *Mujeres en pie de paz*, cit., p. 230.

³⁴ Véase Valenzuela, Patricia, *La perspectiva de género en el ámbito de las operaciones de paz. El caso MINUSTAH*, Buenos Aires, Red de Seguridad y Defensa de América Latina, 2012, disponible en: <http://resdal.org>

cuidado de la vida, a sostener y cuidar la vida”; una práctica opcional, al igual que la maternidad, pero que, a diferencia de ésta, está al alcance de mujeres y hombres.

Una experiencia que vivimos en primera persona muchas mujeres, que refiere a “tratar de evitar a los hijos el peligro de la guerra, no cejar hasta rescatarlos de una muerte segura, remover cielo y tierra para encontrarlos o saber la verdad de su pérdida”, es decir, a la práctica de un *maternaje coherente*.³⁵ Una fuerza, una práctica que propone se extienda a todas las mujeres y todos los hombres como principio básico en la construcción de la paz sustentable y duradera; una práctica que “clama por colocar la vida humana en el centro de la cultura y las decisiones políticas”; una práctica que se aleje de la racionalidad que predomina hoy en día, dirigida al predominio de la violencia como forma de regulación de los conflictos sociales, incluso, desde mi punto de vista, los interpersonales y familiares. Pues alejarnos de esa convicción es alejarnos de la utilización de la vida humana como “moneda de cambio” para resolver la confrontación de intereses.

Una práctica que se alinea con la lógica de los Objetivos del Milenio de Naciones Unidas, es decir, con la apuesta a la sustentabilidad de la vida humana en condiciones de igualdad, desarrollo y paz a través de educación, salud, alimentación, vivienda, participación política, justicia, tolerancia, respeto a la dignidad y el largo etcétera contenido en esos Objetivos,³⁶ y que, ontológicamente, se opone a los planteamientos patriarcales que exigen a los hombres ser guerreros, violentos y, de ser necesario, dar la vida por la patria; tanto como se exige a las mujeres ser sumisas, maternales y cuidadoras de nuestros hogares.

En este mismo contexto, es decir, la vinculación de la maternidad con la presencia de las mujeres en la construcción de la paz, vale la pena revisar el pensamiento de María Elena Díez Jorge y de María Dolores Mirón Pérez, quienes afirman que:

...lo más interesante de las aportaciones del pensamiento maternal está en visualizar aspectos de la práctica maternal para una cultura de paz, y en este sentido está la propuesta de la feminización de la paz, en rescatar aspectos ejercidos tradicionalmente en el ámbito femenino y que son válidos y necesarios para una cultura de la paz. Quizás el aspecto más destacable sea cómo ante los conflictos cotidianos en el ámbito familiar y doméstico, y por esa misma cotidianidad, las mujeres han intentado resolverlos sin recurrir a la

³⁵ Magallón Portolés, Carmen, *Mujeres en pie de paz*, cit., p. 231.

³⁶ Véase el documento de Naciones Unidas A/55/L.2, Resolución de la Asamblea General, 13 de septiembre de 2000.

violencia. A veces no hay que buscar grandes modelos y teorías para llegar a la paz, porque efectivamente la paz es el camino, y es esta práctica diaria de la no violencia una de las mejores experiencias para una cultura de paz y donde todos los individuos, independientemente del género, debemos trabajar.³⁷

Consideraciones que les permiten hablar de esa paz en femenino a la que ya hice referencia. Señalan que:

...la introducción de la perspectiva de género es fundamental para entender y construir la paz. Cuando hablamos de una paz femenina, lo hacemos desde dos consideraciones. Por un lado, desde la idea de que la paz de género, es decir, entre mujeres y hombres, es esencial para que exista una paz “estructural” o imperfecta que realmente comprenda a toda la sociedad. Para ello, es necesario que mujeres y hombres gocen de idénticos niveles de libertad y desarrollo, superando las desigualdades de género que están en la base de la violencia estructural hacia las mujeres.³⁸

En otro orden de ideas, las investigaciones sobre la vinculación entre violencia/masculino y paz/femenino señalan que el debate entre la violencia y la masculinidad se construye en un entorno cultural que legitima la violencia y la hace aceptable, la naturaliza. Se afirma que: “La violencia es posible gracias a la existencia de poder de las relaciones de género y el poder de las relaciones de género se basa en la violencia para su reproducción. La violencia y el género están involucrados en una relación de mutual constitución”.³⁹

Finalmente, considero necesario analizar la aproximación a la construcción de la paz con perspectiva de género que se propone a través de la justicia; aproximación en la que encontramos coincidencia entre las mujeres y los hombres activistas con los lineamientos de Naciones Unidas expuestos en el apartado anterior.

En esta línea, es claro que las referencias históricas son pocas, pues la variable o categoría analítica “género” ha estado ausente del análisis de los conflictos armados, por lo que ha tocado deconstruir los datos históricos y literalmente construir interpretaciones de los hechos y acontecimientos que visibilicen la presencia de las mujeres y sus necesidades, a partir de la com-

³⁷ Díez Jorge, María Elena y Mirón Pérez, María Dolores, *Una paz femenina*, cit., p. 92.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Sobre el particular véase Loaiza Giraldo, Ana María, “Investigación para la paz y perspectiva de género: desvelando las relaciones pacíficas entre hombres y mujeres”, *Revista Eleuthera*, Colombia, vol. 5, enero-diciembre de 2011, pp. 127-145, consultable en: http://eleuthera.ucaaldas.edu.co/downloads/Eleuthera5_9.pdf.

prensión de los mismos vía una pregunta que debería ser transversal: ¿qué diferencia marca en esto el género? Llámese causas o efectos del conflicto, políticas de prevención o políticas para la construcción de la paz, seguimiento a la implementación de esas políticas, etcétera.

Una pregunta que permite reconocer tanto la experiencia de vida de millones de mujeres como víctimas de los conflictos armados, como los efectos de su presencia en tanto agentes de cambio capaces de construir estrategias de paz y lo contrario, es decir, como agentes capaces de generar y apoyar la violencia.⁴⁰

Es curioso observar cómo se valora y ubica de manera diferenciada, por no decir opuesta, la presencia de hombres y mujeres en los tres momentos que hay en la aproximación a la paz: negociaciones para alcanzar acuerdos, intervención para el mantenimiento de los acuerdos y la construcción de la paz; las dos primeras son valoradas como políticas, como los aspectos duros en la gestión y resolución de conflictos, y la tercera, de más largo alcance, como espacios suaves, a pesar de que implican aspectos de reconciliación desde la base. Se señala que en los dos primeros, la presencia de los hombres es mayoritaria y la de las mujeres lo es en la tercera, posicionamientos esencialistas, desde luego, pero que coinciden con lo referido por Carmen Magallón sobre la dicotomía guerra/masculino, paz/femenino,⁴¹ y con los valores, creencias, mitos y roles de las culturas patriarcales en el sistema sexo/género: los espacios que ocupan los hombres siempre son de mayor valor que los ocupados por las mujeres.

Existen más estudios sobre la visión que se tiene de la participación de las mujeres en los conflictos, que por cuestión de espacio no es posible referir. Baste subrayar que, en la mayoría, hacer referencia a la categoría analítica género es colocar en la agenda política hacia la paz la presencia de las mujeres, su seguridad, sus derechos, sus necesidades y el imperativo de que estas consideraciones se coloquen de manera transversal en todas las estrategias de construcción de la paz.

V. LA VIOLENCIA NATURALIZADA EN MÉXICO

A diferencia de lo sucedido en décadas pasadas, cuando eventos como la matanza del 2 de octubre de 1968 en Tlatelolco con la que se reprimió

⁴⁰ Véase Mendiá Azkue Irantzu, “Estrategias de organizaciones de mujeres para una paz con justicia de género”, ponencia en el Seminario Mujeres en Situaciones de Conflicto HEGOIA, Bilbao, 19-21 de febrero de 2008, disponible en: www.bantaba.ehu.es/obs/files/view/Ponencia-Irantzu-Media.pdf?revision_id72172&package_id=71210 (19 de septiembre de 2013).

⁴¹ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

de manera salvaje un movimiento estudiantil que se había caracterizado por ser fundamentalmente pacífico,⁴² impactó profundamente a la sociedad mexicana; hoy en día, en el imaginario colectivo, nuestro país es un lugar de conflictos, a pesar de que en ese mismo imaginario, la última guerra vivida en el país concluyó en 1917.

La realidad es otra, sin necesidad de hacer un recorrido de la historia posrevolucionaria;⁴³ hoy nos enfrentamos, prácticamente todos los días, a noticias con diversos hechos de violencia con saldos en vidas humanas que ya contamos por miles desde hace algunos años. La guerra contra el narcotráfico y sus efectos colaterales;⁴⁴ los conflictos entre partidos políticos que derivan en asesinatos en diferentes municipios de la República; los feminicidios; los llamados “levantones”, que terminan en asesinatos de jóvenes; balaceras indiscriminadas que llenan de pánico a cientos de personas (incluidos niños, niñas, ancianas y ancianos) que se encuentran en medio de dos grupos armados que se disparan sin ton ni son; el tráfico de migrantes y su posterior asesinato, son temas que contribuyen de manera significativa en el engrose de las páginas rojas de nuestros noticieros y de los cuales difícilmente se conoce un desenlace que implique justicia y reparación del daño. Sólo nos quedamos con la sensación de violencia e inseguridad; con la percepción de que “aquí no pasa nada”.

Efectivamente, es una situación que vivimos de manera cotidiana en un estado de indefensión que se acepta como si fuera natural, de tal suerte que a partir de que el gobierno federal mexicano decidió combatir al crimen

⁴² Baste recordar la marcha del silencio encabezada por el entonces rector Javier Barros Sierra el 13 de septiembre de ese año.

⁴³ Por ejemplo, la Guerra de los Cristeros, la represión de la lucha de Rubén Jaramillo y el Plan de Cerro Prieto, Demetrio Vallejo y Valentín Campa con el movimiento ferrocarrilero, el movimientos de maestros y de la Asamblea Popular de los pueblos de Oaxaca, por mencionar sólo algunos.

⁴⁴ Este factor de conflicto se puede reconocer como similar al de Colombia, en donde se acepta que “el narcotráfico es hoy en día una de las principales expresiones del conflicto interno, siendo la disputa por el control territorial y de su población, una de las principales causas de la crítica situación humanitaria que atraviesa el país. El narcotráfico y el paramilitarismo han permeado a la clase política hasta el punto de que una tercera parte de los congresistas están bajo investigación y varios de sus miembros han sido condenados por sus relaciones con el paramilitarismo. La sociedad ha asumido estos procesos con una pérdida de confianza y de cierta forma de esperanza en el futuro del país, sus clases dirigentes, asumiendo la confrontación armada como parte de la vida cotidiana, incluso hasta la degradación de los fundantes de la sociedad, como lo es el respeto a la vida y a la dignidad. El número de muertos y masacres hacen parte de la cotidianidad” (Martínez Zamora, Luis Olmedo, *Reflexiones para la construcción de políticas públicas para la paz considerando el enfoque de acción sin daño y construcción de paz*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011).

organizado con el ejército, en este país, mujeres y hombres de todas las edades y condiciones estamos padeciendo los “efectos colaterales”, tales como la inseguridad, población civil desplazada, matanzas, agresiones sexuales a mujeres y niñas, y la larga secuela de consecuencias que identifican a los conflictos armados.

Así, el México que fue factor determinante para la paz en El Salvador, en Guatemala, en Nicaragua; el México reconocido como un lugar seguro para el asilo y refugio de poblaciones enteras que huyen de sus países en conflicto, como España, Argentina, Chile, es hoy un campo de batalla que ha desplazado a miles de personas, producido un número indeterminado de “víctimas colaterales”, miles de personas desaparecidas, así como una percepción generalizada de indefensión y de debilitamiento de las instituciones del Estado.

Lo mismo sucede con otras situaciones que agreden la paz y la armonía a las que tenemos derecho de aspirar en nuestra vida. Desde la sistemática y generalizada violencia de género contra las mujeres hasta la violencia ecológica, que ya no vemos aunque esté frente a nuestros ojos; desde el maltrato infantil hasta la corrupción endémica, frente a la que cerramos nuestra capacidad de reaccionar cuando no somos parte de ella; desde la utilización de niñas y niños en la prostitución y la pornografía, hasta la pobreza extrema que hemos aprendido a justificar con mil (sin)razones... Sí, México es hoy en día una zona de conflictos severos que incluyen acciones militares, pero no sólo esas. Sí, México requiere una operación de paz como en otras regiones de nuestro planeta.

La propuesta, como lo he venido señalando, es incorporar la visión de las mujeres, la categoría analítica género y todo lo que ello conlleva, en las políticas públicas, de manera transversal: en los temas de seguridad nacional, en el combate al narcotráfico y al crimen organizado, en el tratamiento a las víctimas, en la reconstrucción de los tejidos sociales afectados y en la reconciliación con justicia y reparación del daño.

Una visión que debe estar presente en los objetivos generales, por ejemplo, del Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, enunciados como:

- Establecer los objetivos, prioridades, principios, lineamientos, ejes y programas que articulan la planeación, diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas de prevención de las violencias y la delincuencia en los tres órdenes de gobierno e integrando la participación del sector social, para construir comunidades más seguras, cohesionadas e inclusivas.

- Posicionar las políticas de prevención de las violencias y la delincuencia como una prioridad en la agenda pública y ciudadana para garantizar los derechos de las personas y para recuperar la paz.⁴⁵

Un programa de política pública que parece considerar la perspectiva de género, pues señala al menos uno de los aspectos que afectan a millones de mujeres en el país, como es la violencia de género. Sin embargo, en las bases conceptuales no está considerada esta perspectiva como uno de los enfoques transversales que deben prevalecer en la ejecución del programa, por lo menos no se observa en la versión consultable en Internet.

En todo caso, propongo a las autoridades encargadas de la seguridad nacional y de la seguridad de las personas que habitamos en este país, tomen en consideración los planteamientos de Naciones Unidas sobre la participación de las mujeres en los conflictos y en la construcción de la paz, que son válidos, como ya señalé, no sólo para los conflictos armados.

VI. COLOFÓN

Efectivamente, México es un territorio en conflicto permanente desde hace más de un lustro por causas tan legítimas como el combate al crimen organizado. Sin embargo, es también legítimo cuestionar los métodos utilizados precisamente por los llamados efectos colaterales, que se miden, como señalé, en matanzas, torturas, violencia feminicida, desplazamientos internos e internacionales, descomposición de las familias, debilitamiento y corrupción de las instituciones del Estado, generalización de la extrema pobreza, anulación de oportunidades para el desarrollo, caos ecológico, y un largo etcétera que profundiza la sensación de deshumanización de nuestra población, empezando por las personas más vulnerables, pero sin que nadie se escape. Un territorio del que muchas personas han huido buscando asilo y refugio en otras fronteras porque, entre otras cosas, no confían en nuestros sistemas de seguridad y justicia.

Por otro lado, considero importante dejar asentado en este colofón que la propuesta de transversalizar la perspectiva de género en las políticas de prevención de conflictos y delitos es de naturaleza feminista, sí, en el más puro sentido del humanismo que esta ideología conlleva; es decir, el fortalecimiento de las capacidades de las mujeres a partir de sus derechos para mejorar sus condiciones de vida, y de ellas hacia su entorno.

⁴⁵ Consultable en: <http://www.segob.gob.mx/archivosPortal/pdf/Bases120213.pdf> (19 de septiembre de 2013).

Una ideología que se sustenta en los principios de igualdad y no discriminación, tanto como en la dignidad de hombres y mujeres, esa dignidad que es intrínseca al ser humano y que se refiere a la conciencia del respeto que nos merecemos sólo por ser seres humanos; un respeto que empieza por nuestra propia persona, pues las experiencias sólo se construyen a partir de lo que se tiene, y de ahí hacia nuestro entorno, con un sentido de responsabilidad individual y colectiva.

Una ideología que nos obliga a reflexionar sobre nuestra propia responsabilidad sobre lo que está sucediendo y nos permite avanzar sin tener que esperar la reacción de las instituciones del Estado y a sus autoridades. Una ideología que implica dignidad y ciudadanía plena.

DESARROLLO ECONÓMICO Y DERECHOS HUMANOS. UNA VISIÓN INTEGRADORA

Carlos F. QUINTANA ROLDÁN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El desarrollo como fenómeno social*. III. *Los derechos humanos en el impulso al desarrollo social; el derecho al desarrollo*. IV. *El nuevo marco constitucional de los derechos humanos en México*. V. *Apreciación final*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La oportunidad de participar en el presente libro de homenaje al desatado jurista don Jorge Witker Velásquez me brinda un inmejorable espacio para reflexionar sobre una serie de importantes fenómenos sociales que están entrelazados, como son los relativos al desarrollo y el progreso, con su correlativa parte jurídica, especialmente en cuanto a los derechos humanos. El doctor Witker ha impulsado, sin duda, esta visión holística y humanística en sus abundantes textos y artículos, sobre todo en los que tienen que ver con el *derecho económico*, área en la que Jorge Witker es uno de los más destacados tratadistas. Es con este ánimo con el que participo, siguiendo el claro objetivo que plantea Witker en el sentido de que todo fenómeno social tiene que ser valorado y entendido en sus referencias legales, lo que también implica que todo planteamiento jurídico debe interpretarse siempre a la luz de las causas sociales que lo generan, así como de los efectos que éste produce para los individuos y los grupos sociales.

Bajo esta concepción, podemos afirmar que hoy en día estamos viviendo un mundo preocupante, plétórico de cambios, marcado por violentos conflictos de todo orden, en el que se han incrementado las tensiones y las divisiones sociales entre pueblos y grupos sociales; en el que crece la miseria y la desprotección de enormes contingentes de seres humanos. Ello es cier-

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

to, pero también lo es que venturosamente se están consolidando paradigmas universales de legitimidad y de justicia, que proponen nuevos derroteros para todo el conglomerado humano, como lo son, sin duda, los derechos humanos.

El reconocimiento y la protección de los derechos humanos por parte de los Estados y su inclusión en los textos constitucionales y en las leyes, representa uno de los grandes logros de la humanidad, en el que se conjugan el sentido práctico de la ley, con la posibilidad de dar solución a demandas históricas y políticas, cambiantes unas, permanentes otras; en donde también se plasman con claridad las bases de libertad, la igualdad y el respeto a la dignidad de las personas.

Es por ello que el tema de los derechos humanos cobra remarcada importancia día a día, y su conceptualización, filosofía, historia y protección legal, demandan una amplia difusión y enseñanza en la sociedad. Los derechos fundamentales, por lo mismo, no son tema ajeno al análisis académico del desarrollo social. Estamos conscientes de que el crecimiento económico, indispensable como factor esencial del desarrollo, no puede ser admitido dentro de un contexto social que en su esencia y en su estructura sea violatorio de los derechos humano. No hay desarrollo económico ni desarrollo social, concebido en términos de libertad y respeto a la dignidad humana, si no se cuenta con un claro reconocimiento a estos derechos fundamentales.

De esta manera, por ejemplo, habrá de considerarse que toda posibilidad de eliminar la pobreza que lacera ampliamente a sociedades como la nuestra, debe pasar por garantizar un crecimiento equilibrado, con oportunidades para todos, sin marginación de ningún tipo, dentro de un sistema social basado en la democracia y en el respeto a las libertades públicas e individuales.

La experiencia histórica nos muestra que en innumerables ocasiones han sido la explotación, el abuso, el botín y la rapiña, los procesos que dieron riqueza y poder a conquistadores y tiranos. Esas lecciones de caminos andados por las sociedades, son hoy referentes que nos indican por dónde no deberemos transitar hacia el futuro.

El desarrollo social, insisto, sólo puede ser concebido en nuestro tiempo como progreso y superación humana, como cambio y transformación multidimensional, que esté soportado en la voluntad irrestricta del respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo religioso o pensamiento político.

Como lo afirmó Kofi Annan siendo secretario general de la ONU: “El derecho al desarrollo es la medida del respeto de todos los derechos huma-

nos. Este debería ser —dijo— nuestro objetivo: una situación en que a todas las personas se les permita acrecentar al máximo sus posibilidades y contribuir a la evolución de la sociedad en su conjunto” (Annan, 1998).

De esta manera, el texto va encaminado a destacar el origen de los conceptos de *desarrollo* y de *progreso*, para apreciar la utilidad de su manejo en las explicaciones propias de las ciencias sociales, particularmente en la sociología, la economía y el derecho.

Igualmente, tiene la intención de abordar las cuestiones del desarrollo social bajo la variable del respeto a los derechos humanos, lo que nos obliga a considerar en qué forma estos dos fenómenos se influyen y se complementan mutuamente. Nos lleva, además, a disertar sobre la composición del marco normativo, nacional e internacional, que se ha integrado para fijar las reglas que la ley define para dar vigencia a esos derechos que tenemos todas las personas: tanto al desarrollo, como los que derivan del propio desarrollo.

Derechos humanos y desarrollo social, por otra parte, requieren, para entender sus relaciones, que en su disección, análisis y comprensión, aprovechemos una serie de informaciones y resultados de distintas mediciones que nos muestran la realidad en la que viven los grupos humanos. Con esa intención, analizamos aquí algunos datos de los informes sobre desarrollo humano que publica la ONU; de igual manera, los resultados del Informe sobre Medición de la Pobreza, publicado en 2010 por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).

Los indicadores de desarrollo humano de la ONU, tanto como las cifras del CONEVAL, vienen a ser esencialmente un reflejo cuantitativo del desarrollo (o subdesarrollo) de nuestro país. Pero cualitativamente esos datos duros nos auxilian a entender cómo se están cumpliendo, o cómo se están violando, los derechos humanos en las distintas regiones de la República, toda vez que implícitamente las cifras reflejan el apego o el desapego de nuestra sociedad a la idea dignificadora del desarrollo, como realización integral de las potencialidades humanas.

No podría faltar en este trabajo el comentario, si bien muy esquemático, sobre las reformas que se dieron en 2011 a la Constitución general en materia de derechos humanos, que modificaron el texto de once de sus artículos, así como la denominación del capítulo I del título primero del ordenamiento, con la finalidad de actualizar el marco legal de los derechos fundamentales, a más de reforzar a las comisiones defensoras del cumplimiento y respeto de estos derechos.

II. EL DESARROLLO COMO FENÓMENO SOCIAL

1. *El cambio social, el progreso y el desarrollo; visión actual del desarrollo social*

El análisis moderno de los fenómenos del cambio y la transformación de las sociedades se insertó en las ciencias humanas, tanto en la economía, en la ciencia política y en la sociología, debido a la influencia de una serie de filósofos de la historia, quienes en los siglos XVIII y XIX trataron de explicar e interpretar los importantes cambios y revoluciones de su época a la luz de una teoría general de la historia. En ese sentido, tenemos, por ejemplo, las ideas del italiano Juan Bautista Vico, de los escoceses Ferguson, Millar y Robertson. Igualmente de los franceses Voltaire, Turgot y Condorcet; a más de los alemanes Herder y Hegel.

Las exposiciones de estos filósofos de la historia confundieron con frecuencia las nociones de *cambio*, *evolución*, *desarrollo* y *progreso*, si bien algunos de ellos establecieron distinciones entre los conceptos aludidos, tratándolos muchas veces como términos lógicamente relacionados, por pensar que así se presentaban los fenómenos en los diversos entramados sociales.

En las primeras décadas del siglo XX, la sociología dio mayor precisión al manejo de estos conceptos, especialmente con los trabajos de Max Weber, y seguramente también con las aportaciones de Emilio Durkheim. Dice Bottomore que si bien Weber no formuló ninguna teoría de la historia universal, es evidente que toda su obra sociológica fue inspirada en una concepción histórica de los orígenes y el significado del capitalismo occidental moderno, así como en su apreciación de la creciente racionalización de la vida social y sus implicaciones para la libertad humana (Bottomore, 1968).

Durkheim, por su parte, rechazó los postulados evolucionistas de Comte, pero su propia clasificación de las sociedades está concebida en términos altamente evolucionistas, y más aun en su obra *De la división del trabajo social* trata de los procesos de desarrollo que se han sucedido desde las sociedades primitivas hasta las sociedades modernas.

No obstante, me parece que es posible trazar algunas líneas que nos ayuden a distinguir la esencia conceptual de estos términos, que aun en nuestros días suelen confundirse, o que son utilizados en forma indiscriminada, y por lo mismo poco precisa en su verdadero significado y alcance.

La noción de *evolución social* se originó directamente de las teorías de la evolución biológica que tanto impacto tuvieron en la integración de las ciencias sociales en el siglo XIX. Bajo esa orientación aparecen muchas teorías económicas, políticas y sociológicas, que trataron de entender los

acontecimientos y los procesos sociales bajo principios evolucionistas de tipo organicista o fisiocrático. Se entendía que la sociedad, como un ente *vivo*, tendía por naturaleza a evolucionar y transformarse, como cualquier otro ser dotado de existencia.

Desde luego que hace largo tiempo que se han comprendido las insuficiencias de la analogía entre la evolución biológica y la social, por lo que, en las primeras décadas del siglo XX, distintos autores empezaron a utilizar de manera más insistente los conceptos de desarrollo y de *desarrollo social* para designar al proceso acumulativo de cambio histórico, pero a pesar de ello no se mantuvo esa distinción de manera rigurosa. Así, el término *desarrollo social*, aplicado a los fenómenos sociales, no resultó más preciso que su antecedente tomado de la evolución. En efecto, en el lenguaje ordinario el término *desarrollo* significa, según el diccionario, un despliegue gradual de algo; una ejecución más completa de los detalles de una cosa; el crecimiento de lo que ya está en germen.

En ese sentido se puede hablar de *desarrollo social*, en la medida en que observamos el incremento del conocimiento, y el aumento del control humano sobre el medio natural expresado por la eficiencia tecnológica, y la mayor utilización de satisfactores materiales para la vida.

A la idea de desarrollo social pronto se sumó el elemento de la dimensión de la sociedad. Esto es, se le fue insertando un principio más de orden cuantitativo, como es la acumulación de riqueza o el incremento de los ingresos personales, a más de hacer énfasis en la manera en que vive la población, ya con el disfrute de mayores o menores satisfactores. Por ello los temas del desarrollo y del desarrollo social fueron quedando cada vez más en los terrenos de la economía, más que en los estudios de cualquiera otra disciplina. El desarrollo se explicó, por tanto, como una consecuencia directa, y casi automática, del incremento del producto interno bruto (PIB) de una sociedad.

Es importante considerar también que los conceptos de evolución y de desarrollo social se relacionan de manera estrecha con la idea de *progreso* o *del progreso*. Si bien este término se suele utilizar mucho más por la sociología, para hacer alusión a una especie de avance general de la vida de una sociedad. Existirá progreso en la medida en la que evoluciona y se desarrolla un conglomerado social. El progreso, por ende, se entiende así como el resultado efectivo del fenómeno del desarrollo, y es factible percibirlo por su impacto en la forma de vida generalizada de una sociedad dada.

Habrà progreso cuando exista mayor acumulación de conocimientos, de cultura y de bienes materiales. Pero también será necesario que exista democracia y Estado de derecho, que será la medida del progreso político.

Todo ello para lograr la transformación del comportamiento de los agentes sociales de algún conglomerado concreto. Podríamos decir, válidamente, que el desarrollo representa más una transformación material, y el progreso una transformación espiritual y cultural de las organizaciones humanas.

Resulta importante aclarar que si bien es necesario deslindar los orígenes y el uso de los conceptos en comentario, tal cuestión no es obstáculo para que cada una de las disciplinas sociales que estudian el comportamiento humano, los aprovechen y les impriman su sentido técnico particular, sobre todo en nuestra época en la que la suma de esfuerzos multidisciplinarios es indispensable.

Igualmente, debo dejar en claro que, a mi entender, es a la economía a quien corresponde elaborar las teorías y dar las interpretaciones que sean útiles para explicarnos el desarrollo como acumulación de riqueza, como aumento del ingreso per cápita y, en general, como alza del nivel de vida de los habitantes de una sociedad dada. A la sociología corresponde, a su vez, el análisis de los factores de cooperación humana que inciden en el progreso, cómo evolucionan éstos y qué papel juegan los distintos movimientos y grupos sociales en la trama y en la dinámica de cada sociedad.

A la ciencia política le corresponderá dar las explicaciones en torno a la manera en que se establecen distintas formas de distribución del poder para tomar las decisiones del Estado. Igualmente, analizar la manera en que los procesos de dominio social imperantes resultan favorables o no en el logro del desarrollo, o, por lo contrario, si dichos factores son obstáculo e impedimento a la transformación y el avance social.

Al derecho corresponderá establecer el marco normativo que soporte institucionalmente a los otros procesos, para darles viabilidad, obligatoriedad, orden y seguridad, tanto al funcionamiento de las instituciones como a la actuación de los individuos en las tareas propias del trabajo y la organización del desarrollo.

Entiendo que esta visión integral del desarrollo económico y del desarrollo social es la manera en la que actualmente se están proponiendo las principales teorías contemporáneas que lo explican. Así, por ejemplo, Amartya Sen afirma que el desarrollo puede concebirse como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaran los individuos; contrastando con las visiones más estrictas del desarrollo, como su identificación extrema con el crecimiento del producto nacional bruto, con el aumento de las rentas personales, con la industrialización, con los avances tecnológicos o con la modernización social (Sen, 2000).

Agrega el autor citado que el crecimiento del PNB o de las rentas personales puede ser, desde luego, un medio muy importante para expandir las

libertades de que disfrutaban los miembros de la sociedad, pero las libertades también dependen de otras determinantes, como las instituciones sociales y económicas, así como los derechos políticos y humanos.

Coincidimos con Sen cuando concluye que el desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad: la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistemáticas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos, y la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos.

Como se observa, el concepto de desarrollo ha estado históricamente vinculado a la perspectiva económica, predominando su valor como avance material, bajo la falsa percepción de que simplemente la riqueza de los países producía en sí misma desarrollo social y humano. Sin embargo, las valoraciones economicistas del desarrollo se han venido rechazando para explicarlo hoy bajo una visión más integral y multidisciplinaria, al considerar que los fines del desarrollo económico eran, y quizá sigan siendo, con frecuencia ajenos al desarrollo social y humano (De las Heras, 2001).

III. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL IMPULSO AL DESARROLLO SOCIAL; EL DERECHO AL DESARROLLO

Una de las preocupaciones que con mayor insistencia se presentan en el análisis de los derechos humanos y de su manifestación concreta en las sociedades, es la de entender si las violaciones a los mismos resultan *inevitables* o, como se suele decir, *naturales*, por la propia dinámica de los acontecimientos sociales; o si esas transgresiones son consecuencia de decisiones, acciones o políticas deliberadas, o cuando menos toleradas, por parte del Estado.

La pobreza, la discriminación, la violencia y el crimen, los abusos por género, la explotación sexual, el trabajo de menores, u otros fenómenos similares que se presentan en los conglomerados humanos, nos dejan ver de manera brutal el lado negativo de la conducta humana. Estos asuntos suelen tener una repercusión sobradamente estridente en la opinión pública y en los medios de comunicación. Sin embargo, difícilmente nos percatamos de las loables acciones de aquellos conglomerados en los que cotidianamente se cumple con el respeto a los derechos humanos; se puede decir que tal actitud es mucho menos notoria y mucho menos noticiosa que la de orden negativo.

Parto de la idea de que un análisis meramente teórico de la validez del derecho en esta materia puede resultar muy abstracto y seguramente muy limitado, por lo que es mejor estudiar el contenido de las normas legales del

marco normativo del desarrollo social para tratar de confrontarlo con las cifras y los datos estadísticos sobre bienestar y desarrollo humano con los que se cuente en un momento determinado, para apreciar, en consecuencia, si allí donde se promueven, se protegen y se respetan los derechos fundamentales existen mejores condiciones para llevar a cabo las tareas necesarias para lograr un verdadero desarrollo social, y si realmente se tiende a incrementar de esa manera la solidaridad y la cohesión social entre individuos, grupos e instituciones.

Estoy consciente de las dificultades que una metodología como la propuesta puede presentar, que desde luego en manera alguna pueden ser resueltas en este artículo. Sin embargo, he tratado de proponer las bases y referencias más generales que, de resultar útiles, podrán ser ampliadas en estudios posteriores de este tipo.

Bajo esta metodología es que aprovecho, por una parte, los elementos normativos, nacionales e internacionales, que regulan sustantivamente al desarrollo como proceso social y como derecho humano; y por la otra, los datos e indicadores contenidos en los índices de desarrollo humano de la ONU, así como el informe sobre *Medición de la Pobreza en México* publicado en 2010 por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) de nuestro país.

En cuanto al marco normativo que regula el desarrollo social en México, a continuación hago algunas consideraciones para resaltar las bases legales más generales que estructuran su marco jurídico.

El texto de nuestra Constitución general establece, en sus artículos 25 y 26, las bases y los valores a los que habrá de apegarse el desarrollo del país. Indican que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable; que fortalezca la soberanía y el régimen democrático; y que mediante el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Dice, también, el texto constitucional que al desarrollo económico nacional concurrirán con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, al igual que otras formas de actividad económica que contribuyen al desarrollo. Señala que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares, para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional.

Resulta interesante, por otra parte, resaltar el contenido del artículo 3o. de la carta magna, especialmente ahora con su nuevo texto derivado de la reforma del 10 de junio del presente año, cuando afirma que la educación

que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano, y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. El criterio que orientará a la educación, dice el numeral, será democrático, nacional y contribuirá a la mejor convivencia humana; considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Existe, desde luego, una multiplicidad de leyes, federales y locales, que tienen por finalidad establecer las reglas relativas a las actividades de los distintos sectores que inciden en el desarrollo social. Destaca por su contenido específico de la materia, la Ley General de Desarrollo Social (*Diario Oficial de la Federación* del 20 de enero de 2004), que funciona como ley marco para establecer las bases a las que deben apegarse las actividades y los programas de desarrollo social que se lleven a cabo en la República. Marca, igualmente, que en estas tareas deberán coordinarse la Federación, los estados y los municipios. Precisa, en su artículo 17, que los municipios serán los principales ejecutores de los programas, recursos y acciones federales de desarrollo social.

Con base en el ordenamiento en comentario, la política de desarrollo social del país habrá de sujetarse a los siguientes principios:

- a) *Libertad*, como capacidad de las personas para elegir los medios para su desarrollo personal, así como para participar en el desarrollo social.
- b) *Justicia distributiva*, para garantizar que toda persona reciba de manera equitativa los beneficios del desarrollo conforme a sus méritos, sus necesidades, sus posibilidades y las de las demás personas.
- c) *Solidaridad*, que implica la colaboración entre personas, grupos sociales y órdenes de gobierno, de manera corresponsable, para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad.
- d) *Integralidad*, en cuanto a la articulación y complementariedad de programas y acciones que conjunten los beneficios sociales, en el marco de la política nacional de desarrollo social.
- e) *Participación social*, como un derecho de las personas y organizaciones a intervenir e integrarse, individual o colectivamente, en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas, programas y acciones del desarrollo social.
- f) *Sustentabilidad*, para lograr la preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales,

para mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

- g) *Respeto a la diversidad*, que fomente el reconocimiento en términos de origen étnico, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condición de salud, religión, las opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra, para superar toda condición de discriminación y promover un desarrollo con equidad y respeto a las diferencias.
- h) *Libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y sus comunidades*, en cuanto al reconocimiento en el marco constitucional de sus formas internas de convivencia y de organización, ámbito de aplicación de sus propios sistemas normativos, elección de sus autoridades o representantes, medios para preservar y enriquecer sus lenguas y cultura, medios para conservar y mejorar su hábitat, acceso preferente a sus recursos naturales, elección de representantes ante los ayuntamientos y acceso pleno a la jurisdicción del Estado.
- i) *Transparencia*, en cuanto que la información relativa al desarrollo social deberá ser pública en los términos de las leyes de la materia, por lo que las autoridades del país garantizarán que la información gubernamental sea objetiva, oportuna, sistemática y veraz.

La Ley General de Desarrollo Social, además, establece cuáles son los derechos contemplados en el renglón del desarrollo social. En ese apartado quedan comprendidos: la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, el disfrute de un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social, así como los relativos a la no discriminación.

En cuanto a la *política nacional de desarrollo social* a la que está comprometida el Estado mexicano en sus tres órdenes de gobierno, la Ley precisa que tendrá como objetivos, propiciar las condiciones que aseguren el disfrute de los derechos sociales, individuales o colectivos, garantizando el acceso a los programas de desarrollo social y la igualdad de oportunidades, así como la superación de la discriminación y la exclusión social; igualmente, promoverá un desarrollo económico con sentido social que propicie y conserve el empleo, eleve el nivel de ingreso y mejore su distribución; a más, fortalecerá el desarrollo regional equilibrado, y garantizará formas de participación social en la formulación, ejecución, instrumentación, evaluación y control de los programas de desarrollo social.

La ley en glosa precisa, además, otras importantes cuestiones en torno a las estructuras organizativas necesarias para atender los temas del desarrollo social, como son: la integración del sistema nacional de desarrollo social;

la Comisión Nacional de Desarrollo Social; el Consejo Consultivo de Desarrollo Social, y la evaluación de la política de desarrollo social.

Finalmente, dentro de este somero análisis de la Ley General de Desarrollo Social, debo comentar que los artículos 36 y 37 de su texto determinan, con base en una serie de recientes adecuaciones, que los lineamientos y criterios que establezca el CONEVAL para la definición, identificación y medición de la pobreza son de aplicación obligatoria para las entidades y dependencias públicas que participen en la ejecución de programas de desarrollo social, y deberá utilizar la información que genere el INEGI, independientemente de otros datos que estimen conveniente, al menos sobre los siguientes indicadores: *a)* ingreso corriente per cápita; *b)* rezago educativo promedio en el hogar; *c)* acceso a los servicios de salud; *d)* acceso a la seguridad social; *e)* calidad y espacios de vivienda; *f)* acceso a los servicios básicos en la vivienda; *g)* acceso a la alimentación, y *h)* grado de cohesión social.

Estos estudios de medición de pobreza, determina la ley, deberán hacerse con una periodicidad mínima de dos años para cada entidad federativa, y con información desagregada a nivel municipal cada cinco años.

A nivel federal, la principal dependencia que atiende las actividades en esta materia es precisamente la Secretaría de Desarrollo Social. En las entidades federativas existen también órganos de primer nivel jerárquico que tienen a su cargo estas actividades, como en el Estado de México lo es la Secretaría de Desarrollo Social local. Los municipios, a su vez, son, como antes señalé, los principales receptores de los programas de desarrollo social y a ellos corresponde en alto grado su manejo, en coordinación con la Federación y los propios estados.

Pasando al ámbito internacional, la propia Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas establece, en la base 3a. de su artículo 1o., que corresponde a esa organización realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales y de carácter económico, social cultural o humanitario, y en el desarrollo, y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, ideología o religión.

A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, establece un listado de los derechos humanos propios de nuestra especie. Así, en esta materia se refiere al derecho de toda persona a tener un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, ve-

jez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (artículo 25).

Corresponde al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dar fuerza obligatoria a los derechos humanos previstos en la Declaración Universal. Así, en el tema que nos ocupa, determina este último instrumento internacional que se reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia, como educación, salud, empleo y seguridad social. Afirma también dicho Pacto que los Estados parte deberán tomar las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de estos derechos.

Con todo este bagaje de normas internacionales en torno al tema, la ONU impulsó la elaboración de una declaración sobre la materia, que fue adoptada por los integrantes de este cuerpo mundial el 4 de diciembre de 1986, con la denominación de Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la que sustantivamente afirma que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él. Este derecho, precisa la Declaración, como derecho humano, implica la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de los pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

El artículo 2o. de esta Declaración establece que toda persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo; agregando que corresponde a todos los seres humanos, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo.

También establece esta Declaración que los Estados parte tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas, con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos, sobre la base de su participación activa, libre y

significativa en el desarrollo y la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.

Con posterioridad, la ONU ha venido integrando otros instrumentos sobre cuestiones de desarrollo, que han venido a complementar el marco internacional de esta materia. Así encontramos a la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992; la Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, de 1994; la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, de 1995; la Declaración de Beijing sobre Derechos de las Mujeres, de 1995, y el ya citado Programa de Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, de 1997.

Corresponde, a su vez, al Consejo Económico y Social (ECOSOC) la tarea de dar seguimiento a los programas inherentes al fomento del desarrollo humano. Del Consejo en cita depende la Comisión de Desarrollo Social, así como la integración, seguimiento y evaluación del Programa Mundial de Política Social y Desarrollo; igualmente le corresponde hacer lo propio con los programas de Derecho a la Vivienda; de Actividades para la Reducción de la Pobreza; de Protección de los Niños y Asistencia al Desarrollo; de Alimentación y Nutrición para el Desarrollo Humano y Social; a más de que de dicha instancia depende el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social.

Con base en los informes que rinden las distintas oficinas de estas dependencias de la ONU se integran los indicadores de desarrollo humano, que han sido de gran utilidad en los medios académicos y políticos, como instrumentos adecuados para la investigación, y sobre todo en la toma de decisiones gubernamentales necesarias en las áreas del desarrollo humano.

El índice al que hago mérito divide en distintas categorías a los países miembros de la ONU según su grado de desarrollo, como son: desarrollo humano muy alto, desarrollo humano alto, desarrollo humano medio, y desarrollo humano bajo. Por cierto, nuestro país está en el sector de desarrollo alto, ocupando el lugar 61 en la clasificación de los 177 países que lo comprenden.

El informe de desarrollo humano considera en sus indicadores las siguientes variables: *a)* esperanza de vida; *b)* años esperados de instrucción; *c)* años de educación promedio, y *d)* ingreso nacional bruto per cápita.

Estos indicadores se cruzan, para su análisis, con otra serie de variables, como son: el índice de pobreza multidimensional; la seguridad de las personas; el bienestar cívico y de la comunidad; la vivienda asequible; la calidad de atención a la salud; el sistema educativo y escuelas; la calidad del aire; la calidad del agua; el trabajo decente; el entorno favorable hacia el finan-

ciamiento; la economía y la infraestructura, y el acceso a la tecnología de la información y de las comunicaciones.

Con la información que resulta de todo este complejo entramado es como se rinden los informes de desarrollo humano por el ECOSOC. Como ya señalé, los mismos son de consulta obligada para tratar temas como el presente, toda vez que nos proporcionan datos confiables y bien sustentados, que por ello sirven de base al análisis particular de las condiciones de desarrollo en las que viven los distintos países del mundo.

A continuación se presenta el cuadro clasificador más reciente (2012) sobre esta materia por la Organización de las Naciones Unidas.

ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO (IDH/ONU).
CLASIFICACIÓN DE 2012¹

A) *Desarrollo humano muy alto*

1 Noruega	21 Finlandia
2 Australia	21 Eslovenia
3 Estados Unidos	23 España
4 Países Bajos	24 Liechtenstein
5 Alemania	25 Italia
6 Nueva Zelandia	26 Luxemburgo
7 Irlanda	26 Reino Unido
7 Suecia	28 República Checa
9 Suiza	29 Grecia
10 Japón	30 Brunéi Darussalam
11 Canadá	31 Chipre
12 República de Corea	32 Malta
13 Hong Kong, China (RAE)	33 Andorra
13 Islandia	33 Estonia
15 Dinamarca	35 Eslovaquia
16 Israel	36 Qatar
17 Bélgica	37 Hungría
18 Austria	38 Barbados
18 Singapur	39 Polonia
20 Francia	40 Chile

¹ Las clasificaciones del IDH aparecen en el Informe sobre Desarrollo Humano 2012, *El ascenso del sur: progreso humano en un mundo diverso*.

41 Lituania	45 Argentina
41 Emiratos Árabes Unidos	46 Seychelles
43 Portugal	47 Croacia
44 Letonia	

B) *Desarrollo humano alto*

48 Bahréin	72 Dominica
49 Bahamas	72 Georgia
50 Bielorrusia	72 Líbano
51 Uruguay	72 San Cristóbal y Nieves
52 Montenegro	76 Irán (República Islámica del)
52 Palaos	77 Perú
54 Kuwait	78 Ex República Yugoslava de Macedonia
55 Federación de Rusia	78 Ucrania
56 Rumania	80 Mauricio
57 Bulgaria	81 Bosnia y Herzegovina
57 Arabia Saudita	82 Azerbaiyán
59 Cuba	83 San Vicente y las Granadinas
59 Panamá	84 Omán
61 México	85 Brasil
62 Costa Rica	85 Jamaica
63 Granada	87 Armenia
64 Libia	88 Santa Lucía
64 Malasia	89 Ecuador
64 Serbia	90 Turquía
67 Antigua y Barbuda	91 Colombia
67 Trinidad y Tobago	92 Sri Lanka
69 Kazajistán	93 Algeria
70 Albania	94 Túnez
71 Venezuela (República Bolivariana de)	

C) *Desarrollo humano medio*

95 Tonga	119 Botsuana
96 Belice	120 Honduras
96 República Dominicana	121 Indonesia

96 Fiyi	121 Kiribati
96 Samoa	121 Sudáfrica
100 Jordania	124 Vanuatu
101 China	125 Kirguistán
102 Turkmenistán	125 Tayikistán
103 Tailandia	127 Vietnam
104 Maldivas	128 Namibia
105 Surinam	129 Nicaragua
106 Gabón	130 Marruecos
107 El Salvador	131 Iraq
108 Bolivia (Estado Plurinacional de)	132 Cabo Verde
108 Mongolia	133 Guatemala
110 Estado de Palestina	134 Timor Oriental
111 Paraguay	135 Ghana
112 Egipto	136 Guinea Ecuatorial
113 República de Moldavia	136 India
114 Filipinas	138 Camboya
114 Uzbekistán	138 República Democrática Popular Lao
116 República Árabe Siria	140 Bután
117 Micronesia (Estados Federados de)	141 Suazilandia
118 Guyana	

D) *Desarrollo humano bajo*

142 Congo	165 Gambia
143 Islas Salomón	166 Benín
144 Santo Tomé y Príncipe	167 Ruanda
145 Kenia	168 Côte d'Ivoire
146 Bangladés	169 Comoras
146 Pakistán	170 Malauí
148 Angola	171 Sudán
149 Birmania	172 Zimbabue
150 Camerún	173 Etiopía
151 Madagascar	174 Liberia
152 República Unida de Tanzania	175 Afganistán
153 Nigeria	176 Guinea-Bissau
154 Senegal	177 Sierra Leona

155 Mauritania	178 Burundi
156 Papúa Nueva Guinea	178 Guinea
157 Nepal	180 República Centrafricana
158 Lesoto	181 Eritrea
159 Togo	182 Malí
160 Yemen	183 Burkina Faso
161 Haití	184 Chad
161 Uganda	185 Mozambique
163 Zambia	186 República Democrática del Congo
164 Yibuti	186 Níger

Como se observa del cuadro anterior, México está entre los países con desarrollo humano alto, en la posición 61, lo que no es acorde con el lugar que suele ocupar en las clasificaciones de desarrollo económico, que ubican a nuestro país en el lugar 14 o 15 de las economías del mundo. Seguramente se trata de una consecuencia de la marcada desigualdad social que existe en la sociedad mexicana, pues se contrastan muchas de las más importantes riquezas del mundo, cuyos titulares son mexicanos, con una población de más de 53.3 millones de pobres, y de ellos 11.5 millones por debajo de la línea de subsistencia, esto es, en pobreza extrema, lo que trasluce un grado de desigualdad verdaderamente enorme, y por ello se genera también un desigual desarrollo humano (Informe CONEVAL, 29 de julio de 2013).

Por otra parte, con independencia de la estructura y disposiciones legales que derivan de la ONU, es importante considerar también en este tema que existe toda una serie de importantes instrumentos legales en materia de desarrollo social dentro del área americana de los derechos humanos. En efecto, México, como miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), ha aceptado y suscrito distintas declaraciones, tratados y convenciones sobre este asunto.

En primer término, tenemos a la propia Carta Constitutiva de la OEA, del 30 de abril de 1948. De igual manera la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo 1948, en la que se establece un listado de derechos humanos para los americanos.

A más de estos instrumentos generales, se cuenta con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, de 1969, y el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido también como Protocolo de San Salvador, de 1988.

En el citado Protocolo de San Salvador se define toda una serie de derechos humanos que tienen que ver con asuntos laborales y de seguridad social, la remuneración y con las prestaciones laborales; así como prohibiciones del trabajo de menores, e implementa prerrogativas especiales para la atención de las trabajadoras y la prohibición del trabajo nocturno para ellas.

Como se observa, sin duda se han dado loables esfuerzos en el ámbito americano para establecer instrumentos de derechos humanos que tocan aspectos relacionados con el desarrollo económico y con el desarrollo social de toda la región.

Por otra parte, retomando un poco las cifras que ha proporcionado el CONEVAL en su informe 2010, se destaca que entre 2008 y 2010 se incrementó la pobreza general y regionalizada en todo el país. Debo precisar que si bien la pobreza es un asunto sobre el que todos tenemos una idea más o menos construida, que está asociada a nuestra perspectiva moral y social, con estos estudios técnicos se nos brindan datos duros para su manejo e interpretación.

Sin que profundicemos demasiado en este análisis, por no ser el objetivo central de este trabajo, sí quiero resaltar algunas cifras. De acuerdo con el informe en comentario, cerca de la mitad de la población, esto es el 46.2%, está en situación de pobreza, correspondiente al 10.4% el nivel de pobreza extrema, lo que dice que más de 11 millones de mexicanos la sufren. Otro dato de interés detalla que 21.8 millones de mexicanos tienen ingresos que no les permiten cubrir sus necesidades alimentarias básicas, representando el 19.4% de la población. Sólo entre 2008 y 2010 crecieron en casi 3.5 millones las personas catalogadas como pobres. Esto revela que el deterioro económico puede tener efectos nocivos generales, pero demuestra también que en particular son los grupos de población menos favorecidos los que han pasado de ser pobres, a pobreza extrema, con lo delicado que esto resulta para la estabilidad y desarrollo de la nación.

Por otra parte, los indicadores analizados también demuestran la regionalización del fenómeno de la pobreza que se da en forma desigual, pero alarmante. De esta manera, aparece que en Nuevo León y en Sonora, catalogados como estados prósperos, se incrementó el nivel de pobreza en un 5%, casi a la par que en Yucatán. La pobreza se incrementó en un porcentaje mayor a ese, en los estados de Colima, Guerrero, Hidalgo, Nayarit, Quintana Roo, San Luis Potosí y Zacatecas.

CUADRO SOBRE MEDICIÓN DE LA POBREZA EN MÉXICO. 2010

<i>Indicadores</i>	<i>Porcentaje</i>		<i>Millones de personas</i>	
	2008	2010	2008	2010
<i>Pobreza</i>				
Población en situación de pobreza	44.5	46.2	48.8	52.0
Población en situación de pobreza moderada	33.9	35.8	37.2	40.3
Población en situación de pobreza extrema	10.6	10.4	11.7	11.7
Población vulnerable por carencias sociales	33.0	28.7	36.2	32.3
Población vulnerable por ingresos	4.5	5.8	4.9	6.5
Población no pobre y no vulnerable	18.0	19.3	19.7	21.8
<i>Privación social</i>				
Población con al menos una carencia social	77.5	74.9	85.0	84.3
Población con al menos tres carencias sociales	31.1	26.6	34.1	29.9
<i>Indicadores de carencia social</i>				
Rezago educativo	21.9	20.6	24.1	23.2
Carencia por acceso a los servicios de salud	40.8	31.8	44.8	35.8
Carencia por acceso a la seguridad social	65.0	60.7	71.3	68.3
Carencia por calidad y espacios de la vivienda	17.7	15.2	19.4	17.1
Carencia por acceso a los servicios básicos en la vivienda	19.2	16.5	21.1	18.5
Carencia por acceso a la alimentación	21.7	24.9	23.8	28.0
<i>Bienestar</i>				
Población con un ingreso inferior a la línea de bienestar mínimo	16.7	19.4	18.4	21.8
Población con un ingreso inferior a la línea de bienestar	49.0	52.0	53.7	58.5

FUENTE: CONEVAL, Informe 2008-2010.

Sin hacer mayor énfasis en otros indicadores, que los hay muchos, concluyo en este punto que la verdadera justicia social a la que aspiramos no deberá verse como un derecho abstracto, sino que su realización tendrá que actualizarse en acciones concretas, definidas en claras políticas públicas

sobre el desarrollo social. El desarrollo visto así tendrá que considerarse y analizarse como un asunto profundamente enraizado en la concepción del respeto a los derechos humanos, pues no se puede tener ese respeto, ni por ende desarrollo, en condiciones de hambre, de pobreza, de exclusión y de marginación.

Podemos concluir en este apartado que existe bien definido un derecho humano al desarrollo, que es de orden programático, y que obliga a los poderes públicos a velar por su realización y ejecución.

Miguel Ángel Contreras, al comentar las características de este derecho humano, las integra en los siguientes incisos:

- a) Es *inalienable*, toda vez que forma parte de los derechos fundamentales y nunca se puede omitir.
- b) Es *progresivo*, porque el respeto a este derecho no es de cumplimiento inmediato, ni se da de manera acabada, sino que constituye un constante avance en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y de los pueblos.
- c) *Su objeto central es el ser humano*, porque es el participante activo y destinatario del desarrollo; a dignificar al ser humano deben estar encaminadas todas las acciones de estos procesos.
- d) Es *integrado e indivisible*, porque en este derecho se resumen los que se consideran de primera, segunda y tercera generación, al representar la multiplicación de las condiciones necesarias para que el ser humano en lo particular, y los pueblos en lo general, gocen de los derechos humanos que les permitan su plena realización.
- e) Es *universal*, porque su vigencia no incumbe sólo a una parte de países, sino que todas las naciones, desarrolladas o no, están obligadas a realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar la materialización de este derecho.
- f) Es *de solidaridad internacional*, porque la materialización del mismo lleva implícita la tarea de todo el conglomerado de países, bajo la rectoría de la ONU, puesto que las difíciles condiciones de los países atrasados no son adecuadas para que logren por sí solos la realización de las acciones necesarias para el desarrollo social.
- g) Es *promotor de equidad social*, porque al lograrse el derecho al desarrollo las sociedades se vuelven más igualitarias y se favorecen mejores condiciones de vida para los grupos humanos (Contreras Nieto, 2000).

Al igual que los demás derechos fundamentales de este género, catalogados como de tercera generación, debemos considerar que el derecho

al desarrollo no tiene como cometido el que se establezca un conjunto de normas particulares, sino que da las bases para que los gobiernos de los distintos países establezcan programas, planes u otras medidas, tendentes a que gradualmente se vayan cumpliendo los extremos necesarios para darle plena vigencia como un real y efectivo derecho humano (Quintana y Sabido, 2013).

IV. EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

En nuestro país se llevó a cabo una serie de importantísimas reformas al marco legal de los derechos humanos, mismas que fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011. Indudablemente se trata de los cambios constitucionales de mayor profundidad que en este tema se han dado en el México contemporáneo. Con este hecho se culminó un largo proceso legislativo, cuyo resultado fue la modificación de once artículos de la carta magna, a más de que se cambió la denominación del capítulo I, título primero, de la Constitución.

Estos cambios constitucionales seguramente serán la base de una honda transformación en la manera de concebir, interpretar y aplicar los derechos humanos en nuestro país. Igualmente, con tales cambios legales se dará inicio a una nueva etapa en la defensa y promoción de los derechos humanos, con el fin de erradicar la impunidad y el abuso del poder. De ahí que su observancia será uno de los retos a enfrentar para hacer efectiva su vigencia, porque será indispensable que su cumplimiento se traduzca en hechos concretos en nuestra sociedad.

De manera muy concentrada se destacan enseguida las principales novedades legales de esta reforma, para lo que en buena medida seguimos lo planteado en diversos textos que la han abordado, como son los siguientes: *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.); *Los derechos humanos y sus garantías*, de José René Olivos Campos; *La reforma constitucional sobre derechos humanos* de Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, y *Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales*, de Ana Elena Fierro Ferráez y José Pablo Abreu Sacramento.

De acuerdo con lo anterior, resaltamos los siguientes puntos:

- a) La denominación del capítulo I del título primero de la Constitución cambia, para llamarse ahora *De los derechos humanos y sus garantías*, de-

jando atrás el anterior concepto de garantías individuales, entendiendo que la expresión derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales, a más de que es la que se suele utilizar con mayor frecuencia en el ámbito del derecho internacional.

- b) El artículo 1o. constitucional, en lugar de entender que es la Ley la que *otorga* estos derechos, ahora simplemente los *reconoce*. A partir de esta reforma se establece que toda persona *goza* de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución, como por los tratados internacionales. La Constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esa manera una vocación universal característica de esta materia.
- c) En el propio artículo 1o. se introduce la figura, muy actual en derecho, denominada de la *interpretación conforme*, al precisar que todas las normas relativas a derechos humanos, del rango jerárquico que sean, se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de *bloque* de constitucionalidad integrado no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales, con el fin de brindar un firme sustrato interpretativo a toda la conjunción del ordenamiento jurídico mexicano.
- d) También se incorpora en el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional el principio de interpretación *pro personae*, muy utilizado en el derecho internacional de los derechos humanos, así como en las tareas de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de estos derechos. Este principio implica que cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.
- e) Se señala, en el párrafo tercero del artículo 1o., la obligación de todos los órdenes de gobierno del Estado mexicano, Federación, estados y municipios, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano reconocido por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia de cualquier modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.
- f) Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse apegadas y orientadas por los prin-

- cipios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.
- g) El Estado mexicano, señala el artículo 1o. constitucional a partir de esta reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier violación de los derechos humanos.
 - h) Con la reforma se precisa con claridad la prohibición de discriminar a cualquier persona por causa de sus *preferencias sexuales*. Antes de la reforma, el texto constitucional se refería simplemente a la prohibición de discriminar por preferencias, lo que de hecho propició múltiples ambigüedades sobre el alcance de dicha prohibición. La reforma deja bien señalado que las preferencias sexuales no pueden ser tomadas en cuenta para efecto de dar un trato diferenciado a las personas, o para negarles cualquier derecho.
 - i) Una de las finalidades de la educación que imparta el Estado mexicano deberá ser el respeto a los derechos humanos, de acuerdo con lo que a partir de la reforma señala el artículo 3o. constitucional, cuestión de alto alcance en la formación del criterio de las nuevas generaciones de mexicanos.
 - j) Se otorga ahora rango constitucional al *derecho de asilo* para toda persona que sea perseguida por motivos políticos. Se reconoce, de la misma forma, el *derecho de refugio* con carácter humanitario. Ello reafirma el prestigio internacional que históricamente ha tenido México hacia quienes enfrentan violaciones de derechos en sus países de origen, como en múltiples ocasiones lo ha demostrado nuestro país, que ha recibido nutridos contingentes de perseguidos políticos.
 - k) Se establece, en el artículo 18, que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que se debe organizar el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Mediante este nuevo agregado al párrafo primero del artículo 18 constitucional, la reforma en análisis subraya que en las cárceles se deben respetar los derechos humanos, y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con la Constitución que permita la violación de tales derechos. La privación de la libertad de la que son objeto las personas que delinquen, no justifica en modo alguno que se violen sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades.
 - l) Tomando como base lo que señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se modifica el artículo 33 constitucional para efecto de matizar y acotar la facultad del presidente de la República para hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros que

se cataloguen como indeseables. Esta facultad legal se había venido ejercitando por el titular del Ejecutivo en forma frecuentemente arbitraria, sin que se le diera ningún tipo de derecho de ser oída y vencida en juicio a la persona extranjera afectada. Con la reforma se precisa que se le deberá respetar el *derecho de audiencia*, y que la expulsión solamente procede en los términos que señale la ley correspondiente y siempre que se siga el procedimiento que la misma ley establezca. También será una ley la que deberá determinar el lugar y el tiempo que puede durar la detención de un extranjero para el efecto de su posible expulsión del territorio nacional.

- m) Se adiciona la fracción X al artículo 89 constitucional para efecto de incorporar como principios de la política exterior del Estado mexicano, misma que corresponde desarrollar al presidente de la República, *el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos*. Tal cuestión implica que los derechos humanos se convierten en un eje rector de la diplomacia mexicana, por lo que no se podrá seguir siendo neutral frente a sus violaciones. Si se acreditan violaciones de derechos humanos, México debe sumarse a las condenas internacionales y aplicar las sanciones diplomáticas que correspondan, según el ordenamiento jurídico internacional aplicable.
- n) Se suprime para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad contenida en el artículo 97 constitucional, que le autorizaba a investigar sobre violaciones graves a las garantías individuales. Atribución que ahora se transfiere a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Lo cierto es que había sido la propia Suprema Corte la que, con toda razón, había pedido que se le quitara este tipo de facultad, que en rigor no era de orden jurisdiccional, sino escuetamente investigadora, generándole por ello muchos problemas dentro y fuera de la propia Corte.
- o) Se obliga a las autoridades que no acepten alguna recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o de las respectivas comisiones estatales, a fundar y motivar esa negativa, así como a hacerla pública. Toda recomendación deberá, por lo tanto, ser contestada debidamente, tanto si es aceptada como si es rechazada. En caso de que alguna autoridad rechace una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, podrá ser citada por el Senado o por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, o bien por la legislatura local si la recomendación fue expedida por la respectiva comisión estatal.

- p) Las comisiones de derechos humanos, a partir de la reforma, cuentan con facultades legales para conocer de quejas en materia laboral. De acuerdo con esta nueva disposición, solamente quedan dos materias en las cuales resultan incompetentes las mencionadas comisiones, como son: los asuntos electorales y los estrictamente jurisdiccionales.
- q) Se establece ahora un mecanismo de consulta pública y transparente para la elección del titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y para los miembros del Consejo Consultivo de la propia Comisión.
- r) Se faculta a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para realizar investigaciones sobre las posibles violaciones graves de derechos humanos. El ejercicio de dicha atribución se podrá dar de oficio, cuando así lo considere la Comisión, o cuando sea solicitado por el presidente de la República, el gobernador de un estado, cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, las legislaturas locales o el jefe de gobierno del Distrito Federal.
- s) Los artículos transitorios de la reforma prevén la expedición de una serie de leyes que la vendrán a complementar en el nivel legislativo. Así, ordena que se emita en el plazo máximo de un año, a partir de la entrada en vigor de la reforma, una ley sobre reparación de las violaciones de derechos humanos; igualmente una ley sobre asilo; también una ley reglamentaria del artículo 29 en materia de suspensión de derechos; de igual forma, una ley reglamentaria del artículo 33 en materia de expulsión de extranjeros; así como nuevas leyes, tanto a nivel federal como local, relativas a la respectiva organización de las comisiones de derechos humanos.

Comentando esta reforma, señala Emilio Rabasa que se trata de cambios que abarcan distintos temas y aspectos relativos a la concepción y la tutela de los derechos humanos en México; indica también que la misma llega en un momento especialmente delicado, cuando la situación de los derechos humanos en el país se ha degradado considerablemente en el contexto de una exacerbada violencia y de una actuación desbocada e ilegal de un sector de las fuerzas armadas.

Llega de igual manera cuando México acumula ya seis sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han verificado en el plano internacional que el Estado mexicano presenta profundas deficiencias en la tutela efectiva de los derechos fundamentales (Rabasa, 2011).

Por eso es que, a partir de la publicación de la reforma constitucional, ha comenzado una tarea inmensa de difusión, análisis y desarrollo de su contenido. Una tarea que corresponde hacer tanto a los académicos, como a los jueces, legisladores, integrantes de los poderes ejecutivos, tanto federal como locales, así como a las comisiones de derechos humanos y a la sociedad civil en su conjunto.

V. APRECIACIÓN FINAL

Podemos afirmar válidamente que ha llegado la hora de dejar atrás el debate meramente teórico en torno a los derechos humanos, para pasar a la adopción de estudios sobre medidas prácticas encaminadas a la realización efectiva del derecho al desarrollo. En este entendido, los derechos humanos aportan a los debates sobre el desarrollo un conjunto unificador de normas, una referencia común para el establecimiento de objetivos y la evaluación de las medidas adoptadas.

La Constitución, por mejor redactada que esté, no puede cambiar por sí sola una realidad de constante violación a los derechos humanos. Nos corresponde a todos los mexicanos emprender una tarea que se antoja complicada, pero que representa hoy en día la única ruta transitable para que en nuestro país se respete la dignidad de todas las personas que se encuentran en su territorio. De ahí que además de ser una tarea inmensa, sea también una tarea urgente e indeclinable.

Los derechos humanos deben ser vistos, en este panorama, como un factor que potencia y que dignifica el papel de las personas y las comunidades en las tareas tan sensibles del desarrollo, en vías de alcanzar un mejor nivel de vida para todos. Con una efectiva protección de estos derechos se podrá contribuir a evitar muchos conflictos que tienen su origen en la pobreza, la discriminación y la exclusión. Cuestiones que con frecuencia anulan todo esfuerzo por lograr un desarrollo integral y justo.

Entiendo que las valoraciones meramente economicistas del desarrollo han sido rechazadas hoy en día, por hacer un marcado énfasis en el avance material, bajo la falsa percepción de que el aumento de la riqueza de los países ha de producir en sí mismo el desarrollo social y humano. Hoy requerimos de una visión mucho más integral y multidisciplinaria, al considerar que los fines del desarrollo económico y del desarrollo social deben tener como centro de sus preocupaciones, de sus alcances y de sus objetivos a los seres humanos. Las personas somos el origen y los destinatarios de todo derecho, especialmente en lo que toca a los fenómenos del desarrollo.

Han sido muchas y muy diversas las propuestas que nos están hablando de la importancia fundamental de promover un nuevo modelo de desarrollo global, que aproveche de forma sustentable y equilibrada los recursos naturales, pero que también valore ética y jurídicamente el cumplimiento pleno de los derechos humanos. Solamente entendiendo que somos las personas los sujetos centrales del desarrollo podemos llegar a la conclusión de que los derechos prioritarios y fundamentales de cada uno deberán ser el eje en el que se soporte cualquier política que propicie el desarrollo social y económico.

El desarrollo, conforme a la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo aprobada por la ONU en 1986, debe entenderse como “...un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan”.

Las instituciones académicas y sus integrantes, de manera remarcada quienes colaboramos en la Universidad Nacional Autónoma de México, debemos asumir estos nuevos compromisos para que el conocimiento científico, el conocimiento de la ley, y la observación directa de la realidad, nos lleven a elaborar renovadas teorías explicativas en torno al necesario avance al que toda sociedad debe comprometerse. Este compromiso dignificará a la academia, haciendo de su trabajo un objetivo loable en la búsqueda de mejores condiciones de vida para nuestros connacionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANNAN, Kofi, “El derecho al desarrollo”, *Discursos del secretario general de la ONU*, Nueva York, Departamento de Información, Oficina de Prensa, Sección de Desarrollo y Derechos Humanos, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, enero de 1981.
- BOTTOMORE, T. B., *Introducción a la sociología*, 4a. ed., Barcelona, Peninsular, 1968.
- BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos humanos internacionales*, México, Gernika, 1996.

- CONTRERAS NIETO, Miguel Ángel, *El derecho al desarrollo como derecho humano*, Toluca, Imprenta Reyes & Dávila, 2000.
- HERAS, Patrocinio de las, “Desarrollo humano”, *Revista Leviatán*, México, II época, núms. 85/86, otoño-invierno de 2001.
- MANJI, Firoze (coord.), *Desarrollo y derechos humanos. Fundación para el Tercer Mundo*, Madrid, Editorial Octaedro, 2000.
- QUINTANA GARCÍA, Francisco, *Instrumentos básicos de derechos humanos*, México, Porrúa, 2003.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABIDO PENICHE, Norma, *Derechos humanos*, 6a. ed., México, Porrúa, 2013.
- RABASA, Emilio, “Nueva cultura jurídica para México”, *El Universal*, México, 23 de junio de 2011.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- , *La idea de la justicia*, México, Taurus, 2010.

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA. IMPLICACIONES COMERCIALES

Carlos REYES*

*Con respeto y admiración,
para el doctor Jorge Wilker*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principio precautorio.* III. *Concepto del principio precautorio en el derecho de la Unión Europea.* IV. *El principio precautorio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* V. *Implicaciones comerciales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde su incorporación en el Tratado de Maastricht en 1993, el principio precautorio ha sido constantemente referido como fundamento de políticas, medidas y acciones de las instituciones de la Unión Europea —particularmente la Comisión, el Consejo y el Parlamento—, así como de los Estados miembros en sus respectivas jurisdicciones, con el objetivo de garantizar un nivel alto de protección del medio ambiente, de la salud de las personas, animales y vegetales, así como de los consumidores.

De acuerdo con el artículo 36 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la protección del medio ambiente, de la salud y vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales, constituyen exigencias imperativas y objetivos de interés nacional para restringir la libre circulación de mercancías. En este sentido, el recurso al principio de precaución para limitar la libre circulación de ciertos pro-

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

ductos se encuentra generalmente justificado. Sin embargo, dicho principio puede también ser utilizado como una restricción encubierta del comercio o como un medio de discriminación arbitraria o injustificable.

Si bien ninguno de los tratados constitutivos de la Unión Europea define el concepto y alcance del principio precautorio, ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien, a través de su jurisprudencia en un número considerable de casos, lo ha hecho. El propósito del presente trabajo consiste en identificar los principales criterios aceptados por el Tribunal en la aplicación e interpretación de dicho principio, así como señalar las principales implicaciones económicas y comerciales en la Unión Europea.

II. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

1. Orígenes

Los orígenes del principio de precaución, también conocido como principio precautorio o de cautela, pueden retrotraerse a la legislación sueca de 1969, cuando se incorporó el concepto de *actividades peligrosas para el medio ambiente* al *Environment Protection Act*, por el cual el simple riesgo de daño ambiental permitía a las autoridades suecas tomar medidas de protección e incluso prohibir la actividad que ocasionara dicho riesgo. Durante el siguiente decenio, los países nórdicos, Alemania y Suiza siguieron el ejemplo.¹

Posteriormente, el principio fue llevado a la esfera internacional. La primera alusión al principio precautorio se encuentra en la Carta de la Tierra en 1982,² y diez años más tarde se consolidó como un principio de derecho ambiental internacional en la Declaración de Río, cuyo Principio 15 estableció que:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.³

¹ Cfr. Beyerlin, Ulrich y Marauhn, Thilo, *International Environmental Law*, Oxford, Hart-CH Beck-Nomos, 2011, p. 47.

² Cfr. Asamblea General, “Carta de la Tierra”, Resolución 37/7, 28 de octubre de 1982.

³ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 13 y 14 de junio de 1992.

A partir de entonces, ha sido incorporado en múltiples tratados internacionales relacionados con la protección del medio ambiente —en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Convenio sobre Diversidad Biológica, por ejemplo—, así como en el derecho nacional de muchos otros Estados, incluyendo a México.⁴ Aunque no expresamente, el Acuerdo sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial de Comercio permite el uso del principio de precaución en su artículo 5.7 y el Órgano de Apelación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el mismo.⁵ Actualmente, su estatus como norma internacional de carácter consuetudinario sigue siendo tema de debate.

2. *Concepto y características generales*

El principio precautorio, en su calidad de principio del derecho, puede ser entendido como una norma diseñada con el propósito de guiar la conducta futura de sus destinatarios en la creación de nuevas reglas, así como para dar forma a la interpretación y aplicación de las reglas ya existentes.⁶

En el concepto de principio de Robert Alexy, es un mandato de optimización, es decir, una norma que ordena que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas, y se aplica a través de la ponderación con respecto a otros principios del derecho en conflicto.⁷ Entre estos últimos pueden encontrarse las libertades económicas. Adicionalmente, cuando aplican el principio de precaución, los Estados pueden tomar en consideración sus capacidades, sus prioridades económicas y sociales, el costo-beneficio de tomar medidas preventivas, así como la

⁴ Véase la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo de 2005, artículo 9o., fracción IV.

⁵ Al respecto, el Órgano de Apelación estableció que: “La condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales del derecho, los órganos normativos y los jueces. Algunos consideran que el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del derecho medioambiental internacional consuetudinario. El hecho de que haya sido aceptado ampliamente por los miembros como un principio de derecho internacional general o consuetudinario parece menos claro”. Órgano de Apelación, “CE – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos”, WT/DS/26/AB/R, WT/DS48/AB/R, CE/Estados Unidos/Canadá, 16 de enero de 1998, p. 123.

⁶ *Cfr.* Beyerlin, Ulrich, “Dworkin-Based Typology of International Environmental Norms”, en Bodansky, Daniel *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 436-438.

⁷ Véase, al respecto, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, GEDISA, 1994, p. 75.

naturaleza y el grado del riesgo.⁸ De cualquier manera, ello dependerá de la redacción y de la naturaleza jurídica del instrumento en el que se encuentre contenido.

El principio precautorio, en términos generales, justifica la toma de medidas y acciones para prevenir daños en ciertas situaciones, aunque el nexo causal entre éstos y la actividad que supuestamente los ocasiona no pueda establecerse claramente con la evidencia científica existente.⁹

Este principio no debe confundirse con el principio de prevención. Aunque relacionados, la principal diferencia entre ambos radica en la certeza científica que existe sobre los riesgos de una actividad determinada. Para la aplicación de ambos principios se deben haber identificado los efectos potenciales, pero se recurre al principio precautorio cuando existe incertidumbre sobre la probabilidad de que ocurran, su causa y/o su magnitud.¹⁰

En este sentido, es claro que el principio precautorio responde a las limitaciones de la ciencia. En un sistema jurídico basado en la premisa de que *quien afirma, prueba*, el principio precautorio puede contribuir a revertir la carga de la prueba hacia los que realizan actividades perjudiciales para el medio ambiente. Dependiendo de su redacción y de otras normas jurídicas, en ocasiones puede representar un permiso para actuar y en otras una obligación de hacerlo.

III. CONCEPTO DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El principio precautorio no ha acompañado a la Unión Europea desde sus orígenes, que se remontan a la década de los años cincuenta del siglo pasado, sino que es a partir de la década de los ochenta cuando comienza a figurar en el derecho europeo.

Con las reformas que incorporó el Acta Única Europea —adoptada en febrero de 1986 y en vigor a partir del 1o. de julio de 1987— se enmendó el Tratado CE y se introdujo un capítulo sobre política ambiental (en los artículos 130r a 130t) que contenía los principios de prevención, de rectifi-

⁸ Cfr. Winter, Gerd, “The Legal Nature of Environmental Principles in International, EC and German Law”, en Macrory, Richard *et al.* (eds.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 21.

⁹ Cfr. Jans, Jan y Vedder, Hans, *European Environmental Law after Lisbon*, 4a. ed., Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 43.

¹⁰ Cfr. Caffcratta, Néstor, *Introducción al derecho ambiental*, México, SEMARNAT-INEPNUMA, 2004, pp. 166 y 167.

cación en la fuente y el que enuncia que el que contamina paga. El principio de precaución, sin embargo, fue incorporado hasta 1993 en el Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht, en el artículo 174(2) CE, a propuesta de Bélgica. Antes de 1993, todos los casos de incertidumbre científica eran incluidos en el principio de prevención.¹¹

Actualmente, está previsto en el artículo 191(2) del TFUE, en los siguientes términos:

Artículo 191 (antiguo artículo 174 TCE)

La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

A partir de su incorporación en el Tratado CE, la legislación derivada (reglamentos, directivas, decisiones adoptada por las instituciones en función de la política ambiental de la Unión, debe reflejar el principio de precaución, ya sea de manera implícita o explícita. Al respecto, el principio ha sido incorporado en actos legislativos relativos al cambio climático, diversidad biológica, organismos genéticamente modificados, residuos, por mencionar algunos ejemplos.¹²

Adicionalmente, y con base en el principio de integración, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.¹³

¹¹ *Cfr.* Krämer, Ludwig, “The Genesis of EC Environmental Principles”, en Macrory, Richard *et al.* (eds.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, pp. 33-40; véase Cruz, José Luis da, “The Precautionary Principle in EC Law”, *European Public Law*, vol. 10, núm. 2, 2004, pp. 371-373.

¹² Véase la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de noviembre de 2008 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; Reglamento (CE) núm. 708/2007 del Consejo del 11 de junio de 2007 sobre el uso de las especies exóticas y las especies localmente ausentes en la acuicultura; Reglamento (CE) núm. 1946/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de julio de 2003 relativo al movimiento transfronterizo de organismos genéticamente modificados; Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 4 de julio de 2012 sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) (Refundición).

¹³ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1o. de diciembre de 2009, artículo 11.

Las exigencias de la protección del medio ambiente implican tanto los objetivos de la política en materia de medio ambiente contenidos en el artículo 191(1),¹⁴ como los principios del artículo 191(2) del TFUE, incluyendo, por supuesto, al principio precautorio.

Una interpretación amplia del principio de integración lleva a una obligación general para las instituciones europeas de realizar una evaluación de todos los aspectos ambientales relevantes en la adopción de otras políticas ajenas a la materia ambiental. El principio de integración busca asegurar que la protección del medio ambiente sea al menos considerada en la toma de otras decisiones, incluyendo las relacionadas con la política comercial y el mercado interno.¹⁵

Por otro lado, la aplicación del principio abarca también la protección de los consumidores, así como la protección de la salud de personas, animales y vegetales;¹⁶ aspectos que exigen además un nivel de protección elevado de conformidad con los artículos 114(3), 168 y 169 TFUE. Aunque dicho Tratado solamente mencione de manera explícita al principio precautorio en el capítulo relativo a medio ambiente, debe recordarse que algunos de los objetivos de la política de la Unión en este ámbito consisten en alcanzar la protección de la salud de las personas, así como la utilización prudente y racional de los recursos naturales.¹⁷

Sin lugar a dudas, las instituciones europeas se encuentran obligadas a incorporar el principio precautorio en las medidas que tomen, basadas en la política ambiental. En este sentido, el artículo 191(2) TFUE sirve como base legal de su competencia. En el caso de los Estados miembros, la situación es un tanto distinta. De acuerdo con el artículo 4(e) TFUE:

El medio ambiente es un ámbito de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembro, por lo que estos últimos no están obligados por los principios ambientales cuando actúan dentro de su área de competencia, pero sí lo están cuando implementan legislación derivada, cualquiera sea su

¹⁴ Dicho artículo establece que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar la “conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático”.

¹⁵ *Cfr.* Jans, Jan y Vedder, Hans, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶ *Cfr.* Scott, Joanne, “The Precautionary Principle before the European Courts”, en Macrory, Richard *et al.* (eds.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 53.

¹⁷ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 191 (1).

naturaleza, en virtud del principio de integración. Por otro lado, los Estados miembros pueden echar mano del principio precautorio cuando tengan razones objetivas para buscar un nivel de protección más elevado que el de la Unión.¹⁸

Ante la falta de una definición del principio precautorio en el TFUE, y frente a los debates y opiniones divergentes sobre su contenido y aplicación, en el año 2000 la Comisión Europea emitió una comunicación sobre el recurso al referido principio. La Comisión lo consideró como un principio de aplicación general que presupone:¹⁹

- 1) “La identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, producto o proceso;
- 2) “Una evaluación científica de los riesgos que debido a la insuficiencia de datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinarlos con certeza suficiente”.

Resalta que el recurso al principio de precaución puede llevar a la decisión de no actuar en ocasiones, o al menos de no adoptar una medida jurídicamente obligatoria. Si se opta por actuar, entonces existe una gama amplia de medidas posibles, tanto jurídicas como no jurídicas. En dicho supuesto, las medidas adoptadas deben ser proporcionales al nivel de protección elegido, no discriminatorias, coherentes con medidas similares ya adoptadas, basadas en un examen de costo-beneficio, sujetas a revisión a la luz de nuevos datos científicos, y capaces de asignar la carga de la prueba en la evaluación de riesgo. Aclara, asimismo, que el principio no puede legitimar decisiones de naturaleza arbitraria, que la reducción del riesgo a un nivel cero raramente es posible, y que su dimensión abarca riesgos a corto, mediano y largo plazo.²⁰

Desde el año 2000, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal General (antes Tribunal de Primera Instancia) han resuelto una

¹⁸ Al respecto, los artículos 114(10) y 191(2) prevén la inclusión de cláusulas de salvaguardia en las medidas de armonización que autoricen a los Estados miembros a adoptar por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión. Adicionalmente, en conformidad con el artículo 114(4) y (5) TFEU, en el caso de las medidas de armonización los Estados miembros pueden mantener disposiciones nacionales o establecer nuevas que estén justificadas por razones relevantes asociadas con el medio ambiente.

¹⁹ Véase Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución”, 52000DC0001, 2 de febrero de 2000.

²⁰ *Idem*.

veintena de asuntos en los que han debido pronunciarse sobre el principio de precaución, de manera directa o indirecta.

A continuación se presentan los aspectos más importantes del análisis del TJUE sobre este principio.

IV. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Frente a la ausencia de una definición del principio de precaución en los tratados constitutivos de la Unión, ha sido el TJUE el que ha desarrollado su concepto, alcance y elementos en su jurisprudencia.

En palabras de la Comisión: “Son los responsables políticos, y en último caso las instancias jurisdiccionales, quienes deben precisar los límites de este principio... el alcance del principio precautorio está tan vinculado a la evolución de la jurisprudencia, que, en cierto modo, se ve influido por los valores sociales y políticos que prevalecen en una sociedad”.²¹

Desde antes de que el principio precautorio fuera incorporado en el Tratado de Maastricht, el TJUE había hecho alusión al mismo sin referirlo por su nombre.²²

Con el tiempo, la referencia al principio ha sido más constante y más definida. El TJUE ha determinado que el principio precautorio aplica cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance del riesgo para la salud, seguridad o el medio ambiente, en cuyo caso las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de los riesgos.²³ Además, ha confirmado su fuerza obligatoria al estar previsto en el artículo 191(2) TFEU (antes 174 TCE), y lo ha reconocido como un principio general del derecho comunitario y como un principio autónomo.²⁴

²¹ *Ibidem*, apartado 3.

²² *Cfr.* “Mondiet”, asunto C-405/92, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), 24 de noviembre de 1993, p. 31.

²³ *Cfr.* “Reino Unido/Comisión”, asunto C-180/96, sentencia del Tribunal de Justicia, 5 de mayo de 1998, párrafo 99; “National Farmers’ Union”, asunto C-157/96, sentencia del Tribunal de Justicia, 5 de mayo de 1998, párrafo 60; “Pfizer Animal Health/Consejo”, asunto T-13/99, sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera), 11 de septiembre de 2002, p. 139.

²⁴ *Cfr.* “Artegodan y otros/Comisión”, asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), 26 de noviembre de 2002, pp. 182-184.

1. *Naturaleza*

No es factible identificar en la jurisprudencia uniformidad en cuanto a su naturaleza. Para el Tribunal, el principio precautorio en ocasiones *no impide*,²⁵ en otras *permite*²⁶ o *justifica*²⁷ y eventualmente *obliga*²⁸ a adoptar medidas apropiadas —ya sea a las instituciones o a los Estados miembros— cuando existe incertidumbre científica sobre los riesgos, en aras de un nivel alto de protección del medio ambiente, de la salud o de la seguridad.

El Tribunal ha determinado que el principio precautorio genera una obligación de actuar en aquellos casos en los que, de manera genérica, el uso de una sustancia o la realización de una actividad están prohibidas, y de manera excepcional se permite cuando es factible demostrar la inexistencia de riesgos.

La naturaleza del principio precautorio, de acuerdo con el TJUE, depende entonces de las circunstancias particulares de cada caso en función de la medida o acto legislativo controvertido.

2. *Elementos*

En un periodo de 30 años aproximadamente, el Tribunal ha tenido la oportunidad de clarificar, por no decir desarrollar, el contenido específico del principio precautorio. Los principales elementos divisados por el Tribunal pueden enunciarse de la siguiente manera:

1) Una aplicación correcta del principio precautorio implica:²⁹

a) La identificación de las consecuencias negativas que puede tener para la salud, seguridad o medio ambiente, un producto o una actividad particular.

²⁵ Cfr. “Mondiet”, *op. cit.*, p. 31.

²⁶ Cfr. “National Farmers’ Union”, *op. cit.*; “Bergaderm y Goupil/Comisión”, asunto T-199/96, sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera), 16 de julio de 1998.

²⁷ Cfr. “Reino Unido/Comisión”, *op. cit.*, párrafo 73; “Artegoda y otros/Comisión”, *op. cit.*, párrafo 191; “Comisión/Dinamarca”, asunto C-192/01, sentencia del Tribunal de Justicia, 23 de septiembre de 2003; “Sweden/Commission”, asunto T-229/04, sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Segunda Sala ampliada), 11 de julio de 2007, p. 161.

²⁸ Cfr. “Artegoda y otros/Comisión”, *op. cit.*, pp. 184 y 192; “Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging”, asunto C-127/02, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 7 de septiembre de 2004, p. 57.

²⁹ Cfr. “Comisión/Dinamarca”, *op. cit.*, p. 51.

- b) La realización de un análisis global del riesgo, basado en los datos científicos más fiables de que se disponga y en los resultados más recientes de la investigación internacional.

De acuerdo con el Tribunal, el *riesgo* consiste en la posibilidad de que a consecuencia de la utilización de cierta sustancia, producto o procedimiento, se produzcan efectos perjudiciales para la salud, seguridad o medio ambiente.³⁰

En este sentido, la evaluación de riesgos tiene por objeto valorar el grado de probabilidad de que ocurran, así como la gravedad de los efectos potenciales, y debe permitir a la autoridad competente determinar medidas apropiadas y necesarias para evitar que el riesgo se materialice.³¹

El TJUE ha resaltado asimismo la importancia de que, a nivel comunitario, las instituciones realicen su propia evaluación de riesgos, de manera independiente a la que puedan realizar las autoridades nacionales de los Estados miembros.³²

Al respecto, es importante señalar que las instituciones, la Comisión particularmente, no pueden efectuar por sí mismas las valoraciones científicas necesarias, por lo que requieren de comités científicos que tienen por misión asistir a las autoridades comunitarias en las cuestiones científicas y técnicas, con el fin de permitirles determinar con pleno conocimiento de causa las medidas de adaptación necesarias.³³

En un contexto de aplicación del principio precautorio, el TJUE ha determinado que no cabe exigir que la evaluación de riesgos aporte obligatoriamente a las instituciones comunitarias pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de la gravedad de los efectos perjudiciales potenciales en el supuesto de que el riesgo se materializara.³⁴

Una vez que se conocen las consecuencias negativas y se ha realizado la evaluación, corresponde a la autoridad competente ponderar intereses y obligaciones, y decidir actuar a pesar de la incertidumbre científica que pueda existir, o esperar a disponer de mayor información. Dicha decisión depende del nivel del riesgo

³⁰ Cfr. “Pfizer Animal Health/Consejo”, *op. cit.*, p. 138.

³¹ *Ibidem*, pp. 148 y 163.

³² *Ibidem*, p. 184.

³³ Cfr. “Bergaderm y Goupil/Comisión”, *op. cit.*, p. 64.

³⁴ “Pfizer Animal Health/Consejo”, *op. cit.*, p. 142.

que haya considerado aceptable o inaceptable para la sociedad, en consideración de las circunstancias específicas del caso.³⁵

- 2) El principio de precaución es aplicable cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. Cuando la evaluación científica no permite determinar con suficiente grado de certeza si existe el riesgo, el hecho de que se aplique o no el principio depende del nivel de protección por el que haya optado la autoridad competente en el ejercicio de sus facultades discrecionales.³⁶
- 3) Una concepción “puramente hipotética”, basada en suposiciones todavía no verificadas científicamente, no puede constituir una motivación válida para las medidas de protección que se adopten con base en el principio precautorio.³⁷
- 4) Las medidas de protección, incluso si son restrictivas, basadas en el principio precautorio requieren de la mejor información posible y disponible,³⁸ y deben adoptarse sobre la base de una evaluación de los riesgos lo más completa posible, aun cuando los resultados de los estudios realizados sean insuficientes, no concluyentes o imprecisos, pero bajo la premisa de que exista la probabilidad de un perjuicio real en el supuesto de que se materialice el riesgo.³⁹

3. *Tipo de medidas controvertidas*

Las medidas, legislación derivada y legislación nacional principalmente, relacionadas con el principio precautorio y que han sido objeto del escrutinio del TJUE, pueden clasificarse de la siguiente manera:

³⁵ *Ibidem*, p. 161.

³⁶ *Cfr.* “Artegodan y otros/Comisión”, *op. cit.*, p. 186.

³⁷ *Cfr.* “Monsanto Agricultura Italia y otros”, asunto C-236/01, sentencia del Tribunal de Justicia, 9 de septiembre de 2003, p. 106; “Comisión/Dinamarca”, *op. cit.*, p. 49; “Comisión/Francia”, asunto C-333/08, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), 28 de enero de 2010, p. 91; “Pfizer Animal Health/Consejo”, *op. cit.*, p. 143.

³⁸ *Cfr.* “Codacons and Federconsumatori”, asunto C-132/03, sentencia del Tribunal de Justicia (Segunda Sala), 26 de mayo de 2005, p. 35.

³⁹ *Cfr.* “Comisión/Dinamarca”, *op. cit.*, p. 52; “Monsanto Agricultura Italia y otros”, *op. cit.*, pp. 107, 112 y 113.

	<i>Tipo de medida</i>	<i>Tipo de reclamación</i>
Institución de la Unión Europea	Aplica el principio precautorio	Se cuestiona la validez de la medida por afectar otros principios y normas de derecho europeo
	No aplica el principio precautorio	Se reclama la violación del principio precautorio
Estado miembro	Aplica el principio precautorio	Se cuestiona la validez de la medida por afectar otros principios y normas de derecho europeo
	No aplica el principio precautorio	Se reclama la violación del principio precautorio

Si bien cada caso tiene sus propias particularidades, puede afirmarse que, de manera genérica, el TJUE reconoce un mayor margen de apreciación a las instituciones, tanto en la labor legislativa como ejecutiva, y aplica estándares más estrictos para los Estados miembros.

A. Medidas de las instituciones

En relación con la validez de las medidas de las instituciones cuya fundamentación y/o motivación se basa en el principio precautorio, el TJUE ha establecido que se les debe reconocer discreción amplia en los asuntos que conllevan elecciones de índole política, económica y social.⁴⁰

Asimismo, ha referido que cuando las instituciones comunitarias deban efectuar evaluaciones complejas de carácter científico y técnico, el control jurisdiccional es un control limitado, y no implica que el juez comunitario sustituya la apreciación de las instituciones comunitarias por la suya propia.⁴¹

En dichos casos, el TJUE considera que el control jurisdiccional debe limitarse a comprobar si la medida controvertida no adolece de error mani-

⁴⁰ *Cfr.* “Afton Chemical Limited”, asunto C-343/09, sentencia del Tribunal de Justicia (Cuarta Sala), 8 de julio de 2010, p. 46.

⁴¹ “Pfizer Animal Health/Consejo”, *op. cit.*, p. 323.

fiesto o de desviación de poder, o si la autoridad de que se trata no ha sobrepasado claramente los límites de su facultad de apreciación.⁴²

Para el Tribunal, la obligación de las instituciones consiste en demostrar que el reglamento, directiva o decisión impugnada se adoptó tras una evaluación científica de los riesgos tan exhaustiva como fue posible, y que ésta proporcionó información científica suficiente para llegar a la conclusión de la existencia de un riesgo.⁴³

En el contexto de la autorización de medicamentos, el Tribunal de Primera Instancia afirmó que la autoridad competente puede limitarse a aportar indicios fundados y concluyentes que, aun sin disipar la incertidumbre científica, permitan razonablemente dudar de la inocuidad y/o de la eficacia del medicamento.⁴⁴

Al dejar un margen de apreciación tan amplio, es poco común la anulación de la legislación derivada, pues aunque una medida pueda ser restrictiva del comercio, para las instituciones el estándar recae en que no hayan cometido un error manifiesto, desviación de poder o hayan sobrepasado sus facultades.⁴⁵

En términos generales, el TJUE reconoce el mismo margen de apreciación a las instituciones cuando una medida es controvertida por violar el principio precautorio. El Tribunal ha encontrado que el referido principio encuentra expresión en una directiva cuando contiene una obligación de informar inmediatamente a la autoridad competente de cualquier información nueva respecto de los riesgos que presente un producto para la salud humana o el medio ambiente, así como en la facultad de los Estados miembros de restringir o prohibir provisionalmente su uso y/o venta en su territorio.⁴⁶

No obstante, en el asunto T-229/04 (Suecia/Comisión), el Tribunal de Primera Instancia anuló la Directiva 2003/112/EC del 10. de diciembre de 2003 de la Comisión por infringir el principio de integración, de nivel de protección elevado del medio ambiente y el principio precautorio. Me-

⁴² *Cfr.* “Mondiet”, *op. cit.*, p. 32; “National Farmers’ Union”, *op. cit.*, p. 39.

⁴³ *Cfr.* “Pfizer Animal Health/Consejo”, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁴ “Artegodan y otros/Comisión”, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁵ Sin embargo, en el asunto “Artegodan y otros/Comisión”, el Tribunal de Primera Instancia anuló un par de decisiones de la Comisión mediante las cuales había retirado la autorización de comercialización de algunos medicamentos de uso humano que contenían ciertas sustancias; las bases de anulación fueron la falta de competencia y la falta de fundamentación en nuevos datos científicos.

⁴⁶ *Cfr.* “Greenpeace France y otros”, asunto C-6/99, sentencia del Tribunal de Justicia, 21 de marzo de 2000, p. 44.

diante la mencionada Directiva, la Comisión permitió un herbicida denominado *paraquat* sin la suficiente evidencia de que no afectaría la salud o el medio ambiente.⁴⁷ En este caso, el principio precautorio constituyó una de las bases para la anulación, pero no la única.

B. Medidas de los Estados miembros

A diferencia de las instituciones, los Estados miembros no han gozado del mismo margen de apreciación en opinión del TJUE.

Cuando la adopción de la medida controvertida se ha basado en la aplicación del principio precautorio, el Tribunal ha procurado analizar primero si existe armonización en el derecho comunitario, pues de ser así, los Estados miembros no pueden recurrir a las excepciones del artículo 36 TFUE para restringir la libre circulación de mercancías en el mercado interno. A falta de armonización y en la medida que subsista la incertidumbre científica, corresponde a los Estados decidir el grado de protección apropiado, pero deben siempre respetar el principio de proporcionalidad y el principio de no discriminación.⁴⁸

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho comunitario que exige que los actos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.⁴⁹

A partir de este concepto, el examen que realiza el Tribunal consiste en: 1) identificar el objetivo que persiguen las medidas objeto de controversia; 2) comprobar si tienen un carácter manifiestamente inapropiado en relación con su objetivo; 3) si son necesarias para conseguirlo y si habrían podido contemplarse medidas alternativas menos restrictivas, y 4) si los inconvenientes causados son desmesurados en relación con el objeto referido.⁵⁰

En cuanto a las cláusulas de salvaguardia en las directivas, éstas han sido consideradas por el TJUE como una expresión del principio precauto-

⁴⁷ *Cfr.* “Sweden/Commission”, *op. cit.*

⁴⁸ Véase “Comisión/Francia”, *op. cit.*, pp. 85, 86 y 90.

⁴⁹ *Cfr.* “Reino Unido/Comisión”, *op. cit.*, p. 96; “National Farmers’ Union”, *op. cit.*, p. 60; “Boehringer/Consejo y Comisión”, asuntos acumulados T-125/96 y T-152/96, sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), 1o. de diciembre de 1999, p. 73; “Afton Chemical Limited”, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁰ “Boehringer/Consejo y Comisión”, *op. cit.*, p. 76.

rio.⁵¹ Sin embargo, un Estado miembro que toma una medida justificándola en una cláusula de esta naturaleza y que invoca indicios de que un producto o actividad puede generar riesgos, tiene la carga de probarlos.⁵² Un Estado que prohíbe la comercialización en su territorio de un producto alimenticio o de una medicina, por ejemplo, cuando ya ha sido autorizado a nivel comunitario, debe basarse en un análisis detenido del riesgo alegado.⁵³

Al respecto, el TJUE declaró el incumplimiento por parte de Francia y Dinamarca de sus obligaciones conforme al artículo 34 TFEU por adoptar medidas en aplicación del principio precautorio que restringían las importaciones. El Tribunal consideró que en ambos casos las medidas eran desproporcionadas.⁵⁴

4. Otras consideraciones

Del estudio de la jurisprudencia del TJUE se puede concluir que el principio precautorio difícilmente constituye la base jurídica para anular legislación o medidas de la Unión, por lo que cumple una función primordialmente interpretativa en el análisis jurisdiccional.

Ya sea que se cuestione la legislación derivada directamente o las medidas de implementación de los Estados miembros en cuanto a su validez por aplicar el principio precautorio o por no hacerlo, muchos de los asuntos relacionados con este principio han llegado al TJUE a través del procedimiento de decisiones prejudiciales previsto en el artículo 267 TFUE.

Curiosamente, la mayoría de los asuntos en los que el TJUE se ha pronunciado sobre el principio precautorio han sido aquellos relacionados con la salud pública *de personas, consumidores y animales*, y pocos los relacionados con la protección del medio ambiente.

V. IMPLICACIONES COMERCIALES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las medidas de protección del medio ambiente y de la salud, así como la aplicación del principio precautorio, tienen sin duda alguna injerencia y en ocasiones se contraponen con los principios, políticas y acciones sobre competencia, comercio exterior y mercado interno de la Unión Europea.

⁵¹ Cfr. “Monsanto Agricultura Italia y otros”, *op. cit.*, p. 110.

⁵² *Ibidem*, p. 109.

⁵³ Cfr. “Comisión/Dinamarca”, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁴ Cfr. “Comisión/Francia”, *op. cit.*, y “Comisión/Dinamarca”, *op. cit.*, respectivamente.

El establecimiento y funcionamiento del mercado interno se basa en cuatro libertades fundamentales: la libertad de mercancías, de servicios, de personas y de capitales. En la jurisprudencia del TJUE, la libertad de mercancías ha sido la más repercutida con la incorporación del principio precautorio en el TFUE, en el derecho derivado y en la toma de medidas por parte de las instituciones y de los Estados miembros.

De acuerdo con el TFUE están prohibidos de manera absoluta los derechos de aduana de importación y exportación o imposiciones de efecto equivalente entre los Estados miembros,⁵⁵ por lo que razones de naturaleza ambiental no pueden justificar medidas de esta naturaleza bajo ninguna circunstancia.

Dicho Tratado también prohíbe a los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente.⁵⁶

Según la jurisprudencia del TJUE, éstas son aquellas medidas nacionales que tienen por objeto o efecto restringir específicamente las corrientes de exportación (o importación) y establecer, de este modo, una diferencia de trato entre el comercio interior de un Estado miembro y su comercio de exportación (o importación), con el fin de proporcionar una ventaja particular a la producción nacional o al mercado interior del Estado interesado.⁵⁷

La prohibición se dirige a cualquier normativa comercial que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario.⁵⁸

El TJUE ha considerado en varias ocasiones a las medidas ambientales como medidas de efecto equivalente cuando de algún modo restringen o pueden restringir la libre circulación de mercancías al interior de la Unión.⁵⁹ El establecimiento de prohibiciones, permisos, pruebas, análisis, requisitos de calidad, de empaquetado y etiquetado de productos posiblemente perjudiciales para el ambiente, son ejemplos de este tipo de medidas.⁶⁰

Sin embargo, a diferencia de *la prohibición de los derechos de aduana*, el TFUE sí prevé ciertas razones que justifican este tipo de restricciones. Por ello, el artículo 36 TFEU establece lo siguiente:

⁵⁵ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *op. cit.*, artículo 30.

⁵⁶ *Ibidem*, artículos 34 y 35.

⁵⁷ “Dusseldorp y otros”, asunto C-203/96, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), 25 de junio de 1998, p. 40.

⁵⁸ *Cfr.* “Comisión/Dinamarca”, *op. cit.*, p. 39; “Comisión/Francia”, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁵⁹ *Cfr.* “Dusseldorp y otros”, *op. cit.*, p. 42; “Sydhavnens Sten & Grus”, asunto C-209/98, sentencia del Tribunal de Justicia, 23 de mayo de 2000, pp. 42-48.

⁶⁰ *Cfr.* Jans, Jan y Vedder, Hans, *op. cit.*, pp. 262 y 263.

Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, *protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales...* No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

Con base en ello, el TJUE ha afirmado que la libertad de comerciar no es absoluta y se encuentra, en cambio, sujeta a ciertos límites, justificados por los objetivos de interés general de la Unión Europea.⁶¹

De una interpretación estricta del artículo 36 se desprende que la protección del medio ambiente no justifica por sí misma una medida que restrinja la importación, exportación o tránsito de mercancías; debe haber una amenaza a la salud y/o vida de las personas, animales o vegetales. Sin embargo, el TJUE ha considerado la protección del ambiente como una *exigencia imperativa*⁶² que justifica las restricciones al comercio de mercancías,⁶³ basado en la *regla de la razón (rule of reason)* y no en el artículo 36 TFEU.⁶⁴

Una medida de esta naturaleza no debe constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio; debe ser efectiva, constituir la alternativa menos restrictiva y ser proporcional.⁶⁵

En virtud de que la protección del ambiente es uno de los objetivos de la Unión Europea, tanto las instituciones como los Estados miembros, pueden tener interés en restringir la circulación de ciertos productos, especialmente cuando las preocupaciones ambientales no son estrictamente locales, como sucede con los problemas relacionados con la biodiversidad o el cambio climático.⁶⁶

⁶¹ Cfr. “Procureur de la République/ADBHU”, asunto 240/83, sentencia del Tribunal de Justicia, 7 de febrero de 1985, p. 12.

⁶² El TJUE desarrolló el concepto de “exigencias imperativas” por primera vez en el asunto conocido como *Cassis de Dijon*, en el que estableció que las disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de productos deben aceptarse en la medida en que sean necesarias para cumplir las exigencias imperativas relativas a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores. “Rewe”, asunto 120/78, sentencia del Tribunal de Justicia, 20 de febrero de 1979, p. 8.

⁶³ Aunque también el TJUE ha aclarado que la protección del medio ambiente no permite justificar toda restricción a las exportaciones, en especial en el caso de residuos destinados a la valorización. “Sydhavnens Sten & Grus”, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁴ Cfr. “Procureur de la République/ADBHU”, *op. cit.*, p. 13; “Comisión/Dinamarca”, asunto 302/86, sentencia del Tribunal de Justicia, 20 de septiembre de 1988, p. 9.

⁶⁵ Cfr. Jans, Jan y Vedder, Hans, *op. cit.*, p. 289.

⁶⁶ Chalmers, Damian *et al.*, *European Union Law*, 2a. ed., Cambridge, CUP, 2010, p. 895.

Cuando la Unión ha adoptado derecho derivado resultante en la completa y total armonización de las medidas necesarias para la consecución de alguno de los objetivos mencionados en el artículo 36 TFEU, para los Estados miembros no es justificable recurrir a dicho artículo, pues la legislación comunitaria constituye el principal marco dentro del cual dichos objetivos deben ser alcanzados.⁶⁷ No obstante, existen excepciones a las medidas de armonización y cláusulas de salvaguardia que se incorporan en las directivas. Como ya se mencionó anteriormente, en caso de falta de armonización y en la medida en que subsistan dudas sobre la base de la información científica disponible, los Estados miembros tienen el derecho de decidir el grado de protección que consideren apropiado.⁶⁸

Cuando el TJUE evalúa medidas, ya sea de las instituciones o de los Estados miembros, adoptadas con base en el principio precautorio y justificadas por la protección de la salud o la vida de las personas en general, y de los consumidores en lo particular, o en la protección del medio ambiente, el Tribunal valora primero si la medida representa una restricción al comercio o una medida equivalente; en caso afirmativo determina si la medida se justifica por alguno de los objetivos del artículo 36 TFEU o por una exigencia imperativa del derecho europeo. Si la medida controvertida fue adoptada por alguna de las instituciones, el Tribunal comprueba que la medida no adolezca de error manifiesto o de desviación de poder, o de que no haya sobrepasado claramente los límites de su facultad de apreciación. Cuando se trata de los Estados miembros, comprueba que se hayan respetado los principios de proporcionalidad y no discriminación.

En ocasiones el Tribunal realiza un examen del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en comparar los perjuicios causados a derechos individuales contra las ventajas creadas en aras del interés general, o, dicho de otra forma, si se buscó un equilibrio entre la protección del medio ambiente, de la salud y de los consumidores por un lado, y los intereses económicos de los comerciantes, por el otro.⁶⁹

En el contexto del principio precautorio, el Tribunal ha establecido que dicho principio: “Permite que las instituciones comunitarias adopten, en interés de la salud humana pero basándose en conocimientos científicos

⁶⁷ Cfr. Lavrysen, Luc, “The European Court of Justice and the Implementation of Environmental Law”, en Macrory, Richard, *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law. A High Level of Protection?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006, p. 420; “Toolex”, asunto C-473/98, sentencia del Tribunal de Justicia, 11 de julio de 2000, p. 25.

⁶⁸ Cfr. “Comisión/Francia”, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁹ Cfr. “Bohringer/Consejo y Comisión”, *op. cit.*, p. 102; “Afton Chemical Limited”, *op. cit.*, p. 56.

aún incompletos, medidas de protección que pueden afectar, a veces gravemente, a situaciones jurídicas protegidas y otorga a las instituciones un gran margen de apreciación a este respecto”.⁷⁰

En dicho análisis el Tribunal considera habitualmente que el derecho europeo tiene como objetivo un nivel elevado de protección del medio ambiente, de la salud y de los consumidores. Incluso ha afirmado en varias ocasiones la primacía de estos intereses frente a los intereses económicos o frente a los derechos de propiedad de los particulares.⁷¹

En este contexto, el Tribunal considera que una normativa o una práctica nacional que tenga o pueda tener un efecto restrictivo sobre el comercio sólo es compatible con los tratados constitutivos en la medida en que sea necesaria para proteger eficazmente la salud y la vida de las personas o el medio ambiente.⁷²

En la búsqueda de medidas lo menos restrictivas para el comercio, las prohibiciones absolutas deben ser evitadas. No obstante, el TJUE ha llegado a justificar en algunos casos prohibiciones a la utilización de ciertas sustancias o a la comercialización de ciertos productos.

Por ejemplo, en el asunto C-180/96, el Reino Unido pidió al Tribunal que anulara la Decisión 96/239/CE de la Comisión por haber prohibido la exportación de bovinos, carne de vacuno y de productos derivados procedentes de su territorio como medida de emergencia contra la encefalopatía esponjiforme bovina (conocida como la enfermedad de *las vacas locas*). El TJUE, en aplicación del principio precautorio, consideró que frente a la incertidumbre sobre el carácter suficiente y la eficacia de las medidas adoptadas con anterioridad por el Reino Unido y por la Comisión, y frente a los potenciales riesgos graves para la salud pública, la Comisión no había rebasado manifiestamente los límites de su facultad de apreciación, y por ende la prohibición se encontraba justificada.⁷³

En otro asunto, el Tribunal consideró que una normativa nacional que establecía la prohibición de usar con fines profesionales sustancias peligrosas, como el *tricloretileno*, que generan riesgos para la salud de las personas y para el medio ambiente, pero que también establecía un sistema de excepciones individuales, se justificaba por el artículo 36 TFEU por razones de protección de la salud de las personas.⁷⁴

⁷⁰ “Pfizer Animal Health/Consejo”, *op. cit.*, p. 170.

⁷¹ *Cfr.* “Artegodan y otros/Comisión”, *op. cit.*, pp. 173-186; “Boehringer/Consejo y Comisión”, *op. cit.*, pp. 98-102; “Toolex”, *op. cit.*, p. 38.

⁷² “Toolex”, *op. cit.*, p. 40.

⁷³ *Cfr.* “Reino Unido/Comisión”, *op. cit.*, y “National Farmers’ Union”, *op. cit.*

⁷⁴ *Cfr.* “Toolex”, *op. cit.*, p. 49. Sin embargo, en el asunto C-192/01, anteriormente re-

Por lo que se refiere al régimen probatorio, en principio, quien adopta la medida de protección cuyo efecto es la restricción del mercado interno, tiene la obligación de probar que la medida se justifica por alguna de las excepciones del artículo 36 TFEU o que constituye una exigencia imperativa. Sin embargo, debe ésta ser interpretada bajo el principio precautorio, por lo que no es necesario esperar a que se demuestren plenamente la realidad y gravedad de los riesgos para adoptar medidas de protección. Por ello, los Estados miembros que justifican sus acciones en una medida de salvaguardia tienen la carga de la prueba.

Sin embargo, cuando se ha establecido un procedimiento de autorización previa para la comercialización de productos o para la realización de actividades, incumbe a las empresas demostrar que no se causarán daños. Así, por ejemplo, para la autorización de comercialización de un medicamento, la empresa que la solicita debe demostrar su eficacia y su inocuidad.⁷⁵

Si una autoridad competente de la Unión o de un Estado miembro quisiera revocar dicha autorización, de acuerdo con el Tribunal tendría que acreditar suficientemente con arreglo a derecho que el producto o actividad implica un nuevo riesgo potencial, con base en información científica nueva y objetiva.⁷⁶

Bajo el principio precautorio y el amplio margen de apreciación que el Tribunal reconoce a las instituciones de la Unión, resulta evidente que éstas tienen la facultad, acotada en cierta medida, de adoptar medidas para proteger el medio ambiente o la salud y vida de las personas que puedan a la vez restringir el comercio intracomunitario, e incluso el comercio con otros Estados fuera de la Unión.

VI. REFLEXIONES FINALES

En la actualidad, el principio precautorio es constantemente referido en el derecho interno de los Estados, así como a nivel internacional. El principio fue incorporado en el derecho de la Unión Europea desde hace más de veinte años y desde entonces ha servido como justificación de múltiples medidas tanto de las instituciones de la Unión como de los Estados miembros.

Si bien fue incorporado inicialmente en el capítulo de protección del medio ambiente del ahora TFUE, su aplicación se ha extendido considera-

ferido, el TJUE consideró que la prohibición de facto de Dinamarca de comercializar en su territorio alimentos enriquecidos con nutrientes no respetaba el principio de proporcionalidad.

⁷⁵ Cfr. “Artegodan y otros/Comisión”, *op. cit.*, p. 188.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 177-194.

blemente a otras áreas, como la protección de la vida y salud de las personas, animales y vegetales, y particularmente a la protección de los consumidores. Ello ha sido posible gracias al principio de integración, por un lado, y a la función jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por otro.

Al respecto, la labor del TJUE ha sido fundamental en la evolución del principio precautorio. En virtud de que los tratados constitutivos no lo definen ni describen, ha sido el Tribunal quien le ha dado un contenido específico mediante su estudio, aplicación e interpretación en casos individuales. Conocer dicho contenido ha permitido a los operadores jurídicos identificar sus implicaciones en el ámbito económico y comercial incluido, así como contar con mayor certeza jurídica.

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal puede observarse que en muy raras ocasiones anula la legislación derivada u otras medidas de las instituciones adoptadas con base en el principio precautorio, pues les reconoce un amplio margen de apreciación en sus actuaciones y, en cambio, aplica criterios o estándares más estrictos para las medidas de los Estados miembros. Dicha actitud del Tribunal ha permitido a las instituciones ampliar cada vez más el campo de aplicación del referido principio.

El Tribunal ha señalado la primacía de la protección de la salud, de la seguridad y del medio ambiente por encima de los intereses económicos en reiterada jurisprudencia. Ha establecido, también, que el principio precautorio permite, y en algunos casos obliga, la adopción de medidas de protección aun cuando existe incertidumbre científica sobre la existencia y alcance de los riesgos. Bajo estos criterios, podría considerarse que el Tribunal ha abierto la posibilidad de legitimar un mayor número y tipo de medidas que puedan restringir, a la vez, las libertades económicas.

No obstante dicha tendencia de “flexibilización” que ha sido recurrente en el análisis del Tribunal, no ha sido directamente influyente en sus decisiones; es decir, en la práctica ha tendido a proteger el mercado interno, o por lo menos a buscar un equilibrio. Ello se refleja en la actitud poco favorable a las prohibiciones absolutas de comercialización, y en la referencia constante al principio de proporcionalidad.

Sin lugar a dudas, el principio precautorio seguirá siendo motivo de debate en el futuro, pues es un principio jurídico vigente y necesario mientras existan avances científicos y tecnológicos. Aunque su concepto y alcance estén más definidos en el derecho europeo en la actualidad, la labor del TJUE seguirá siendo de gran importancia en tanto las diversas posturas al interior de la sociedad europea sigan suscitando controversias que lo involucren.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, GEDISA, 1994.
- BEYERLIN, Ulrich y MARAUHN, Thilo, *International Environmental Law*, Oxford, Hart-CH Beck-Nomos, 2011.
- BEYERLIN, Ulrich, “Dworkin-Based Typology of International Environmental Norms”, en BODANSKY, Daniel *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, OUP, 2008.
- CAFFERATTA, Néstor, *Introducción al derecho ambiental*, México, SEMARNAT-INE-PNUMA, 2004.
- CHALMERS, Damian *et al.*, *European Union Law*, 2a. ed., Cambridge, CUP, 2010.
- CRUZ, José Luis, “The Precautionary Principle in EC Law”, *European Public Law*, vol. 10, núm. 2, 2004.
- DOUMA, Wybe, “The Precautionary Principle in the European Union”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 9, núm. 2, 2000.
- FOSTER, Nigel, *Foster on EU Law*, 3a. ed., Oxford, OUP, 2011.
- JANS, Jan y VEDDER, Hans, *European Environmental Law After Lisbon*, 4a. ed., Groningen, Europa Law Publishing, 2004.
- KRÄMER, Ludwig, “The Genesis of EC Environmental Principles”, en MACRORY, Richard *et al.* (eds.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004.
- LAVRYSEN, Luc, “The European Court of Justice and the Implementation of Environmental Law”, en MACRORY, Richard (coord.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law. A High Level of Protection?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006.
- SCOTT, Joanne, “The Precautionary Principle before the European Courts”, en MACRORY, Richard *et al.* (eds.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004.
- WIENER, Jonathan, “Precaution”, en BODANSKY, Daniel *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, OUP, 2008.
- WINTER, Gerd, “The Legal Nature of Environmental Principles in International, EC and German Law”, en MACRORY, Richard *et al.* (eds.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004.

DEFENSA Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MUNICIPALES

Salvador VALENCIA CARMONA*

Para Jorge Wílker Velásquez, en reconocimiento a su labor pionera en la defensa internacional del municipio

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los mecanismos constitucionales locales.* III. *El problema de los mecanismos administrativos.* IV. *Los tribunales administrativos locales.* V. *El municipio y la tutela constitucional. Las limitaciones iniciales.* VI. *La eclosión de las controversias constitucionales.* VII. *Un comentario final.*

I. INTRODUCCIÓN

En el tema de la defensa y de la solución de los conflictos del municipio se han puesto apenas los primeros cimientos en el derecho mexicano, pero tal asunto requiere para su cabal desenvolvimiento que los procedimientos establecidos al efecto se perfeccionen, y se ensayen también otras fórmulas originales para resolverlos. Puede considerarse que este tema es clave para el fortalecimiento del municipio, el cual si bien ha conquistado su lugar como instancia del poder público y logrado que se incluyan en la ley fundamental derechos y garantías para su fortalecimiento, demanda también de instrumentos que den una respuesta pertinente a los conflictos que se le presenten con otros órganos de gobierno o con los propios particulares.

En este apartado se hace un somero análisis de los diversos mecanismos que las Constituciones locales establecen para resolver los conflictos municipales, del importante avance que ha tenido la justicia administrativa local

* Investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

en los litigios que afectan a la institución en estudio, así como del pujante desarrollo que han tenido las controversias constitucionales como un medio de protección eficaz de los ayuntamientos.

Sin embargo, tales progresos pueden llegar a ser ilusorios si los municipios carecen de mecanismos e instrumentos adecuados para defender los derechos y las garantías que les han sido conferidas.

II. LOS MECANISMOS CONSTITUCIONALES LOCALES

En la doctrina mexicana se ha venido señalando el vacío notorio que existe de un control efectivo de la constitucionalidad local, ausencia que ha contribuido a la centralización judicial federal que padecemos. Efectivamente, ante la falta de órganos en las entidades que sean potencialmente capaces de hacer respetar de manera eficaz el marco constitucional y legal existente en materia local, así como puedan revisar de manera imparcial el que las autoridades de este nivel ajusten su actuación a dicho marco, se acude para reparar cualquier violación en materia municipal al juicio de amparo, a la controversia constitucional o aun a instancias legislativas o administrativas federales.

Sostenemos por ello que deben diversificarse y fortalecerse los medios efectivos de control de la constitucionalidad local, así como también mejorar los procedimientos y los recursos de carácter legal y administrativo, de tal modo que los conflictos jurídicos o políticos que surjan entre los poderes de un Estado y sus municipios, así como también entre las mismas corporaciones municipales, tengan instancias eficaces que revisen con equidad e imparcialidad los diversos actos de las autoridades, tanto estatales como municipales.

Tales mecanismos de solución de conflictos, que deben establecerse tanto en la Constitución local como en los demás ordenamientos pertinentes de las entidades, deben considerarse indispensables para el buen funcionamiento del municipio, así como para una reforma municipal efectiva. Es tiempo ya que los estados y municipios alcancen la mayoría de edad.

Però para introducir las medidas referidas, es menester que se rescate la dignidad de los poderes legislativos y judiciales locales, como está sucediendo en el ámbito federal, para que funcionen como efectivos contrapesos de los gobernadores, ganen en autonomía y conquisten la confianza ciudadana, que hasta ahora prefiere acudir a las instancias federales en virtud de que juzga, muchas veces con razón, que las instancias locales y los recursos administrativos establecidos no funcionan con la debida imparcialidad y están

sujetos a las influencias políticas. De nada servirá que en la Constitución o en las leyes locales se establezcan mecanismos y medios de solución para los conflictos municipales, si éstos dependen en última instancia de la voluntad del poderoso en turno, sea el gobernador, legisladores influyentes o un contumaz presidente municipal.

Ahora bien, cuando se examinan las Constituciones particulares de los estados del país se encuentran distintos medios y mecanismos para solucionar los conflictos entre los órganos locales.

Destaca recientemente el control de la constitucionalidad local que se ha introducido en algunos estados, como sucede con Veracruz, Querétaro, Tlaxcala, Coahuila, Guanajuato, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León y Estado de México.¹

La Constitución de Veracruz fue pionera en consagrar una protección mucho más amplia de la Constitución a nivel local, en virtud de que los artículos 56, fracciones I y II, 64 y 65 han establecido una sala especial en el Tribunal para conocer de este tipo de conflictos. De acuerdo con dicho ordenamiento, la Sala Constitucional conoce de un juicio de protección de derechos humanos de carácter local, así como de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones de omisión legislativa, también de carácter local. Tiene igualmente la referida Sala Constitucional un cometido interesante, obviamente de influencia anglosajona, que consiste en que puede despejar las dudas que se les presenten a los demás tribunales o jueces del estado acerca de la constitucionalidad o aplicación de una ley local; dichas peticiones tienen efecto suspensivo, y debe resolverse en un lapso no mayor de treinta días.

La mayor parte de las entidades federativas emplea los medios tradicionales. Han previsto en sus Constituciones para solucionar los conflictos municipales la intervención del Congreso o del Tribunal Superior de Justicia locales, así como en algunos casos la intervención de ambos.

¹ A este respecto, Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho procesal constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano. Reflexiones comparativas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, México, 2006; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (coords.), *Justicia constitucional local*, México, FUNDAP, 2003; “Derecho procesal constitucional local (La institución en cinco estados, 2000-2003)”, *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 457 y ss.; Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004; “Reflexiones sobre los sistemas locales de justicia constitucional en México”, *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 1 y ss.

En un buen número de Constituciones locales se favorece al Congreso local como el órgano idóneo para dirimir los conflictos que tengan los ayuntamientos. En este grupo se encuentran los siguientes estados: Aguascalientes (artículo 27, fracción XXI) señala como una facultad del Congreso “dirimir las controversias que no siendo de carácter judicial, se susciten entre los ayuntamientos”; Quintana Roo (artículo 75, fracción XXXVI) indica que el órgano legislativo puede “resolver los conflictos que surjan entre los ayuntamientos entre sí y entre éstos y el Ejecutivo del estado, salvo cuando tengan carácter contencioso”; en Tabasco (artículo 36, fracción XX) el Congreso tiene como facultad “dirimir los conflictos políticos y de límites entre el municipio y el estado y de los municipios entre sí”.

En otras Constituciones se confía la resolución de los conflictos de los municipios al Poder Judicial local. Se ubican en este grupo: Colima (artículo 74, fracción VI) prescribe que corresponde al Supremo Tribunal de Justicia del estado “dirimir los conflictos que surjan entre los municipios y cualquiera de los poderes del estado y que no sean previstos por la fracción XX del artículo 33 de esta Constitución” (esta fracción se refiere a las cuestiones de límites dentro los municipios que resuelve el Congreso local); Chihuahua (artículo 109, fracciones XIII y XIV) señala que corresponde al Tribunal Superior de Justicia del estado, resolver las controversias entre los ayuntamientos y el Congreso, entre dos o más municipios, entre los municipios y el Ejecutivo del estado.

Otras Constituciones han optado por fórmulas mixtas, algunas hacen intervenir para algunos conflictos al Legislativo y en otros al Judicial locales. Siguen este sistema: Durango, en su artículo 55, fracción XXXIV, otorga facultad, por una parte, al Congreso local para resolver controversias entre los municipios, y entre éstos y el Ejecutivo del Estado, y por otra, en el artículo 96, fracción XI, da competencia al Tribunal Superior para dirimir los conflictos entre los ayuntamientos y los poderes del estado (no precisa cuáles, deben tratarse por el Congreso); Oaxaca, en el artículo 59, fracción XII, expresa que es facultad del Legislativo “resolver en la vía conciliatoria, los conflictos que surjan entre los municipios entre sí y entre éstos y los poderes Ejecutivo y Judicial del estado”, pero en el artículo 106, apartado B, fracción I, señala que el Tribunal Superior puede “resolver las controversias de carácter contencioso que se susciten entre los municipios, entre sí y entre éstos y los poderes Legislativo y Ejecutivo del estado”; Zacatecas, en el artículo 65, fracción XXX, dice que corresponde al Congreso “dirimir, en la vía conciliatoria, los conflictos políticos entre los poderes Ejecutivo y Judicial; de los municipios entre sí y con otros poderes estatales”, y el artículo 100, fracción IV, ordena que el Tribunal puede conocer de las controversias

que se susciten entre dos municipios y entre éstos y el estado en los casos en que se ejerciten derechos no políticos.

III. EL PROBLEMA DE LOS MECANISMOS ADMINISTRATIVOS

Los mecanismos establecidos no bastan para una protección integral y efectiva del municipio. Hace falta extender dicha protección a otros aspectos de la acción municipal, en los cuales también pueden surgir conflictos, y los ayuntamientos carecen de mecanismos y procedimientos adecuados para solucionarlos. En este sentido, precisa subrayar la ausencia de tales mecanismos para dar respuesta a los conflictos o diferencias administrativas que surgen a menudo entre el municipio y los gobiernos de los estados y el federal, en el renglón de los convenios que efectúa con dichas instancias.

A este respecto, Janetti y Pontifes,² en un estudio que estimamos pionero en el tema, han señalado con agudeza las distintas posiciones que asume el municipio en su gestión administrativa en el contexto intergubernamental, cuando por medio de su ayuntamiento interviene en programas de origen federal o estatales, en los que puede actuar sea como beneficiario, operador o promotor, o incluso como usuario, sin que su intervención tenga en muchas ocasiones la debida importancia. En consecuencia, agregan, hay que reconocer que “los mecanismos de resolución de controversias se encuentran en etapa de definición, sobre todo en casos donde el municipio actúa como consumidor o entidad de impacto de programas estatales directos”, así como en aquellos campos que cubren el “sistema de convenios que se generan en el marco de las relaciones intergubernamentales”.

IV. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS LOCALES

Tienen su fundamento los tribunales administrativos locales en el artículo 116, fracción V, de la Constitución federal, que a la letra dice:

Las Constituciones y leyes de los estados podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estatal y los particulares, estableciendo las normas para su

² Janetti Díaz, María Emilia y Pontifes Martínez, Arturo, *La protección jurisdiccional y administrativa del municipio*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas-Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1996, pp. 75 y ss., y 102.

organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Hay que agregar que esta reforma se produjo el 17 de febrero de 1987, aunque desde algunos años antes varios estados de la República habían establecido tribunales de esta índole, particularmente en materia fiscal, entre los primeros el de Tamaulipas de 1951, el de Colima de 1955, y el del Estado de México de 1958.³

Los estados generalmente han seguido, expresan Fix-Zamudio y Vásquez Alfaro, las legislaciones federal y del Distrito Federal en la regulación de los conflictos entre los administrados y las autoridades administrativas locales, pero sin un criterio uniforme, ya que se han desarrollado en tres direcciones: *a*) en algunos estados ciertos conflictos se han sometido al conocimiento de los tribunales ordinarios; *b*) en otros, la resolución de las controversias se encomienda a organismos jurisdiccionales especializados, y los fallos de dichos organismos se combaten por conducto del juicio de amparo directo o de una sola instancia, y *c*) finalmente, en varias entidades, una vez agotados los recursos internos de carácter administrativo, los actos y resoluciones se consideran definitivos, y por lo tanto deben impugnarse por conducto del juicio de amparo indirecto de dos instancias.

Los tribunales administrativos de carácter local han ganado terreno en el país. Cada vez son más las entidades federativas que han instaurado este tipo de organismos (a la fecha existen en 19 entidades federativas). Han acogido la denominación de tribunales de lo contencioso administrativo los siguientes estados en sus respectivas leyes: México (25 de diciembre de 1988); Jalisco (23 de diciembre de 1983); Guanajuato (24 de septiembre de 1985); Querétaro (27 de septiembre de 1985); Sonora (26 de enero de 1977); Guerrero (7 de julio de 1987); Veracruz (14 de febrero de 1989); Baja California (31 de enero de 1989); Yucatán (10 de octubre de 1987); Nuevo León (1990); Sinaloa (26 de marzo de 1993); Morelos (14 de febrero de 1990); San Luis Potosí (21 de abril de 1983); Colima (12 de septiembre de 1996), y Aguascalientes (28 de septiembre de 1999). Mantiene su nombre de Tribunal Fiscal en el estado de Tamaulipas (29 de diciembre de 1951), y se lo denomina Tribunal de Justicia Administrativa en el estado de Tabasco

³ Para estos tribunales véanse: Vásquez Alfaro, José Luis, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, pp. 191 y ss.; González Pérez, Jesús, *Derecho administrativo mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 354 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor y Vásquez Alfaro, José Luis, "Tribunales administrativos de las entidades federativas", *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 3799-3801.

(19 de febrero de 1997). En Chiapas se han creado salas mixtas del Tribunal Superior de Justicia del Estado, una en Tuxtla Gutiérrez y dos regionales en Tapachula y Pichucalco (27 de diciembre de 1987), y en Campeche se creó la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial y cuyos procesos se tramitan de acuerdo con el Código de Procedimientos Contenciosos-Administrativos del 4 de enero de 1997.

En general, el demandante en este tipo de juicios es el ciudadano que se opone a ciertos actos administrativos emitidos por las autoridades de los gobiernos de los estados o de los municipios, con el propósito de que dichos actos sean anulados, aunque en ciertos casos las leyes autorizan también que se restituya al actor en el goce de los derechos que le hubieren sido afectados o desconocidos. Cabe también precisar que estos recursos jurisdiccionales pueden también ser utilizados como medios de defensa por las propias autoridades municipales y locales, en virtud de que éstas pueden demandar también que se anulen ciertas resoluciones administrativas o fiscales que han sido favorables a un particular, en lesión de sus intereses legítimos.

V. EL MUNICIPIO Y LA TUTELA CONSTITUCIONAL. LAS LIMITACIONES INICIALES

En diversos países del mundo ha venido desarrollándose una nueva disciplina que lleva el nombre de “derecho procesal constitucional”, cuyo objeto esencial es el análisis científico de los instrumentos que tienen por objeto la tutela de las normas constitucionales; a tales instrumentos de tutela se les denominan también “garantías constitucionales” en buen sentido técnico.⁴

En nuestro país, se está también abriendo paso hoy día la tendencia a estudiar de manera sistemática los referidos instrumentos de tutela constitucional, mismos que en conjunto integran lo que puede calificarse como derecho procesal constitucional mexicano. Tales instrumentos, previstos en diversas normas de la Constitución federal, son los siguientes: *a)* el juicio de amparo (artículos 103 y 107); *b)* las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I); *c)* la acción abstracta de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II); *d)* el procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia (artículo 97, párrafo 2); *e)* el juicio para la protección de los derechos político-electorales (artículo 99, fracción V); *f)* el juicio político (artículo 110),

⁴ Sobre este punto, Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 216 y ss., 802 y ss.

y g) los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman* (artículo 102, apartado B).

De estos instrumentos examinaremos solamente el papel que han jugado el juicio de amparo y las controversias constitucionales en relación con el municipio, en virtud de que en ellos se han generado progresos notorios para la institución que es objeto de nuestro estudio, aunque para lograrlos se tuvo que transitar un camino difícil, en virtud de que durante muchos años tales vías jurisdiccionales no ofrecieron respuesta eficaz a los conflictos que el municipio confrontó.

De este modo, en el amparo ha imperado la tesis de que sólo opera como instrumento de protección a favor del municipio cuando sufre un agravio personal y directo en aquellos intereses distintos a su carácter de autoridad, esto es, en sus funciones de derecho privado. Así se concedía el amparo fundándose en el artículo 103 constitucional, en su fracción I, y en el artículo 9o. de la Ley de Amparo, mismo que indica: “Las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o ley que se reclamen afecten los intereses patrimoniales de aquéllas”.

A *contrario sensu*, la Suprema Corte ha señalado en diversas resoluciones que cuando el gobierno federal, los estados o los municipios actúan en protección de sus intereses en su carácter de entidades públicas, es decir, no patrimoniales, el amparo no es procedente. Específicamente, en el caso de los ayuntamientos, la Corte ha dicho: “ahora bien, si un ayuntamiento no promueve el juicio de garantías con el carácter de entidad jurídica y en defensa de sus derechos privados, sino como una entidad pública, y para protegerse de un acto que lesiona derechos públicos, como es la orden para ser incautados los arbitrios del municipio, debe sobreseerse dicho amparo”.⁵

Tampoco pudieron los municipios, además, acudir al amparo fundados en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, que contienen el llamado amparo “por invasión de esferas” o amparo “soberanía”, porque si tales fracciones no sirvieron para resolver los conflictos entre los estados y la Federación, mucho menos tratándose de aquellos que afectaban a los municipios.

A este respecto, desde hace muchos años y con vigoroso criterio, León Orantes afirmaba que por excesiva protección al individuo había muerto el “amparo político” al no usar las referidas fracciones, con lo cual “en cierto modo se desnaturalizó el juicio de amparo”, y esa misma obsesión

⁵ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1987-1988*, segunda parte, salas y tesis comunes, p. 1342.

individualista fue la causa de que “en la práctica, en un principio, la doctrina negará la procedencia del amparo contra leyes, y de que aún hoy se encuentre mutilado en la realidad el amparo a que se refieren las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, con detrimento de la pronta y expedita resolución de los conflictos entre la soberanía de los estados y el poder federal”.⁶ En el mismo sentido, Juventino Castro ha calificado de “insuficiente el control de la constitucionalidad”, puesto que en el amparo por invasión de esferas se ha exigido que exista un particular quejoso que reclame violación de garantías individuales, con lo cual “en realidad establece [un] sistema oblicuo de defensa de [la] soberanía de los estados (y ahora del Distrito Federal), frente a la arbitraria e ilegal invasión de la Federación o a la inversa”, pero “no un sistema directo de defensa de la soberanía, accionado por los entes de la Federación, afectados por leyes o actos de otros entes de la misma especie”.⁷

En este contexto, se comprende que por no encontrar en el amparo los municipios una protección amplia y suficiente, tuvieron que recurrir a la controversia constitucional prevista en el artículo 105 constitucional, que en su texto original daba competencia a la Corte para conocer de las controversias entre los estados, los poderes de un mismo estado o de éstos con la Federación, sin aludir expresamente a los municipios.

Bajo el texto primitivo del precepto mencionado, las controversias constitucionales no fueron muy numerosas. Durante su vigencia se promovieron 55 controversias constitucionales, de las cuales 14 se suscitaron entre la Federación y un estado, 22 entre poderes de un mismo estado, una entre estados, doce entre municipios y estados, y una entre un municipio y un estado (Archivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). Mediante la resolución de estas controversias se fijaron criterios sustantivos y procedimentales, estos últimos en virtud de que bajo la vigencia del derogado artículo 105 no se promulgó la correspondiente ley reglamentaria.⁸

⁶ Cfr. Orantes León, Romeo, *El juicio de amparo*, 3a. ed., México, José M. Cajica, 1957, pp. 50 y ss. Por cierto, respecto del municipio, hace alusión el autor a la iniciativa del diputado Fernández Martínez presentada en el Constituyente de 1917 y que no llegó a discutirse, en la cual ampliaba las bases del artículo 101 constitucional (correspondiente al artículo 103) para referirse a las leyes o actos de la autoridad federal o de los estados que vulneraran o restringieran “la libertad de los municipios”, así como los actos de las autoridades municipales que invadieran las otras esferas.

⁷ Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, 1991, p. 43.

⁸ Cfr. Cosío, José Ramón, “Artículo 105”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, p. 1039. La enumeración incluye el caso Chihuahua.

Como se advierte, pese a que los municipios habían sido ignorados en la regulación constitucional de las controversias, acudieron desde época muy temprana ante la Suprema Corte en ejercicio de este medio de defensa, pero el criterio que prevaleció en nuestro máximo tribunal fue que no tenían derecho a tal vía por no tener el carácter de un poder, pues sólo habían los tres tradicionales reconocidos constitucionalmente; además, tampoco podían ejercitar las controversias porque sólo tenían jurisdicción en parte del territorio de un estado, y no en toda su extensión, como se requería para que actuara la Corte.

Desde 1919, la Suprema Corte sostuvo en una controversia constitucional que para nuestra doctrina constitucional era inadmisibles que el municipio tuviera el carácter de un poder, basándose en las siguientes consideraciones:

No obstante la autonomía y libertad que les ha concedido la nueva Constitución, no tienen todos los privilegios de un poder independiente, dentro del estado.- Id. Reconocerles el carácter de poder independiente, alteraría las doctrinas admitidas y sustentadas por todas las Constituciones que se han promulgado en el país.- Id. El reconocimiento de municipio libre, como base de la organización política y administrativa de los estados de la Federación no implica, en ninguna forma, que los municipios adquieren todos los derechos y prerrogativas de un cuarto poder.- Id. Aceptar la existencia de un poder municipal, con las mismas cualidades e independencia de las de los tres poderes, en que está dividido el poder público, es confundir la independencia de los municipios con facultades y funciones que están muy lejos de su competencia.⁹

Años más tarde, en la controversia constitucional 12/35, la Suprema Corte añadió el argumento de la jurisdicción limitada del municipio para negarle el acceso a dicho medio de defensa. Así, sostuvo que: “Aun cuando [los municipios] forman un organismo independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, y tienen, consiguientemente, personalidad jurídica para todos los efectos legales, ello, no obstante tales condiciones no otorgan a los municipios el carácter de «poder político» a que se contrae al artículo 105 constitucional”; además, “por carecer los ayuntamientos de jurisdicción sobre todo el territorio del estado, toda vez que aquélla está limitada a una

⁹ Cfr. Guerrero Lara, Ezequiel y Guadarrama López, Enrique, *La interpretación de la Suprema Corte de Justicia (1917-1982)*, México, UNAM, 1984, t. I, pp. 80 y 81; aparece esta resolución en el t. IV, p. 729. Controversia constitucional entre el Ayuntamiento de Teziutlán y la Legislatura del Estado de Puebla, Ayuntamiento de Teziutlán, 29 de marzo de 1919, mayoría de ocho votos.

fracción del mismo, y la extensión de jurisdicción es la que da indiscutiblemente a la Suprema Corte competencia para intervenir en las aludidas controversias⁹.¹⁰

Finalmente, en la controversia constitucional 2/36 se corroboraron los argumentos que negaban al municipio el carácter de poder y evidenciaban su jurisdicción restringida, puntualizándose que:

...los ayuntamientos no tienen el carácter de poder, en el sentido en que esta palabra está utilizada por el Constituyente; pues aun cuando la base política y administrativa de los estados es el municipio libre, y aun cuando forman un organismo independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, los ayuntamientos carecen de jurisdicción sobre el territorio de un estado, y tal extensión de jurisdicción es la que indiscutiblemente da la Suprema Corte de Justicia, competencia para intervenir en las aludidas controversias... el reconocimiento del municipio libre, con derecho a ser administrado por un ayuntamiento de elección popular y a disponer libremente de su hacienda no implica que adquiera todos los derechos y prerrogativas de un cuarto poder.¹¹

Hasta la década de los noventa del siglo XX estuvo vigente este criterio jurisprudencial, que impedía que los municipios acudieran a la controversia constitucional, pero entonces se inició un viraje decisivo en varios casos que resolvió la Suprema Corte y que abrieron definitivamente el acceso de dicha vía a tales corporaciones.¹²

Un par de casos iniciaron el cambio del criterio jurisprudencial. En las controversias 36/90 y 2/84, aunque la mayoría de los miembros de la Corte mantuvo su criterio tradicional, se produjeron ahora votos particulares que sostuvieron que el municipio tenía el carácter de poder, fundándose en las reformas constitucionales que se habían operado en 1983 sobre dicha institución.¹³

¹⁰ Guerrero Lara, Ezequiel y Guadarrama López, Enrique, *op. cit.*, t. I, p. 650, que aparece en el t. XLV, p. 3577, controversia 12/35, suscitada entre el Ayuntamiento de la Ciudad de Motúl, Yucatán, y los poderes Legislativo y Ejecutivo del propio estado. Carrillo, Javier Arnaldo, 26 de agosto de 1935, unanimidad de 17 votos.

¹¹ *Ibidem*, pp. 1705-4704, aparece en el t. XLVIII, p. 349, controversia 2/36, Tremari Arturo y coagraviados, 6 de abril de 1936, unanimidad de 16 votos; t. II, *La Constitución y su interpretación*, pp. 1230 y 1231.

¹² Para un estudio detenido de dichos casos véanse: Hernández Chong Cuy, María A., *La defensa del municipio y las controversias constitucionales*, México, Universidad Panamericana, 1997, pp. 62 y ss.; Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad*, México, Grupo Editorial Monte Alto, 1996, pp. 79 y ss.

¹³ La controversia constitucional 36/90 fue promovida por el ayuntamiento de San Luis Potosí en contra del H. Congreso y del Poder Ejecutivo de dicho estado, resuelta en sesión

Un paso definitivo se dio con el ahora llamado “amparo Mexicali”, en revisión y con el número 4521/90, que había sido promovido por el ayuntamiento de Mexicali contra los poderes Legislativo y Ejecutivo del mismo estado, en virtud de que dichas autoridades, mediante decreto, le habían disminuido sus participaciones federales. Paradójicamente, en su demanda el ayuntamiento, sabedor del criterio de la Corte, había sostenido de manera hábil que acudía a la vía de amparo y no a la de controversia, porque no tenía el carácter de poder. Aunque finalmente el amparo fue sobreseído, ello no mengua el valor de la resolución que otorgó al municipio el carácter de poder, considerándolo un tercer nivel de gobierno como los estados y la Federación, y que su estatus como ente se había transformado a partir de la reforma constitucional de 1983.

En la referida resolución, aprobada por mayoría y después de un intenso debate en el Pleno el 1o. de febrero de 1991, se expresó que “el municipio constituye un poder pues ejerce las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, propias de un poder político. Si de manera analítica se llama poder político a uno de los órganos que ejerce una de las funciones de soberanía, con mayor razón puede atribuírsele al municipio tal carácter, de manera sintética, al ser un órgano que ejerce las tres funciones de gobierno”. Más adelante se corrobora que “una interpretación de los artículos 105, 115 y 116 constitucionales en forma relacionada para desentrañar su verdadero sentido y alcance, permiten concluir que al ser el municipio en la actualidad un poder, está facultado para promover una controversia constitucional a fin de defender las prerrogativas que la reforma [de 1983] le confirió, cuando sus intereses se vean lesionados por otro de los poderes del estado”.¹⁴

En estas condiciones, cuando se presentó la controversia constitucional 1/93, promovida por el ayuntamiento de Delicias, Chihuahua, contra el gobernador y el secretario de gobierno de ese estado, se declaró procedente dicha vía, reproduciéndose las consideraciones medulares en que se había sustentado el caso anterior. La resolución determinó que era inválido el acuerdo del gobierno del estado que afectaba al servicio del registro civil en dicho municipio; dicho acuerdo, so pretexto de la modernización integral

del Pleno del 7 de agosto de 1990, en tanto que la controversia 2/84 fue promovida por los municipios de Chihuahua, Hidalgo del Parral, Camargo, Ciudad Juárez, Delicias, Meoqui, Casas Grandes, todos del estado de Chihuahua, en contra de los poderes Legislativo y Ejecutivo del mismo estado, resuelta en sesión del Pleno del 8 de mayo de 1991; los votos particulares en ambas controversias fueron del ministro Mariano Azuela y se engrosaron a las resoluciones.

¹⁴ *Cfr.* Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, pp. 142 y 143; Hernández Chong Cuy, María A., *op. cit.*, pp. 72 y ss.

del referido servicio, había ordenado que el gobierno del estado prestaría directamente dicho servicio en varios municipios del estado de Chihuahua, entre ellos precisamente el del promovente.

En la resolución de la mencionada controversia se señaló que la legislatura del estado había conferido tanto al Ejecutivo como a los presidentes municipales el servicio indicado, expresando textualmente:

Por ende, si como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en la presente resolución, la legislatura del estado de Chihuahua al expedir el Código Civil de la entidad federativa determinó que el servicio del registro civil corresponde tanto al Ejecutivo como a los presidentes municipales, resulta claro que dicha disposición legislativa no puede modificarse o revocarse a través de un acuerdo administrativo emitido por el titular del Poder Ejecutivo del estado.¹⁵

VI. LA ECLOSIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

El terreno estuvo así preparado para la reforma constitucional que se produjo en 1994, en la cual se reconoció de manera amplia y expresa en el artículo 105, fracción I que el municipio podía recurrir a la controversia constitucional en múltiples casos.

De este modo, en la referida fracción I, se abrió un abanico de posibilidades y se prescribe que la Corte conocerá de controversias constitucionales en que intervenga un municipio, en los siguientes casos: la Federación y un municipio, inciso *b* de dicha fracción; el Distrito Federal y un municipio, inciso *f*; dos municipios de diversos estados, inciso *g*; un estado y uno de sus municipios, inciso *h*; un estado y un municipio de otro estado, inciso *j*.

Al cobijo de la nueva regulación constitucional ha venido ocurriendo una verdadera eclosión de las controversias constitucionales en materia municipal, fenómeno inusitado en nuestro derecho público tanto por el número de conflictos que han llegado a conocimiento de la Corte como por el contenido y precedentes que se han fijado en las resoluciones. Entre 1993 y 2000 se han resuelto 126 controversias, las cuales, en su mayoría, han sido planteadas por los municipios y han sentado puntos relevantes para sus relaciones con los gobiernos estatales y aun con el Federal.¹⁶

¹⁵ Arteaga Nava, Elisur, *ibidem*, p. 183; Hernández Chong, María A., *ibidem*, pp. 86 y ss.

¹⁶ Información obtenida en la Unidad de Registro de las Controversias y Acciones Constitucionales, así como en los discos compactos Facultades exclusivas, tercera versión, Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, junio de 2000; *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, agosto de 2000; Jurisprudencia y tesis aisladas IUS, abril de 2000.

Entre las resoluciones que han favorecido a los municipios destacan las siguientes:

- a) Interpretación más amplia del principio que prohíbe autoridades intermedias entre el municipio y el gobierno del estado, en las controversias constitucionales a que ya se hizo referencia.
- b) Declaración de inconstitucionalidad de una disposición de la Constitución Política estatal que autoriza al gobernador a nombrar a los jefes de la policía municipal, controversias 19/95, cuyo actor fue el ayuntamiento de Río Bravo, Tamaulipas, contra el gobernador, procurador y otras autoridades de esa entidad.
- c) Obligación del gobierno de una entidad federativa de transferir el servicio público de tránsito, incluso cuando se trata del lugar en que reside el gobierno estatal, controversia 25/98, promovida por el ayuntamiento de Xalapa, Veracruz, contra el gobernador, secretario general de gobierno y presidente de la Comisión Permanente de la Legislatura en ese estado.
- d) Se han establecido criterios para los conflictos de límites de los ayuntamientos. En la controversia constitucional 27/97, el ayuntamiento de Tarimbaro, Michoacán, obtuvo la invalidez de un acuerdo de la legislatura local que segregaba un fraccionamiento y lo atribuía al municipio de Morelia, y en la controversia 31/97 a favor del ayuntamiento de Temixco, Morelos, respecto del acuerdo del Congreso que se declaró inválido y que desconoció la jurisdicción del municipio en ciertas áreas geográficas.
- e) Se determinó ilegal la revocación hecha por el Congreso local del nombramiento de un presidente municipal en la controversia 32/97, promovida por el ayuntamiento de Valle de Bravo, Estado de México.
- f) Se calificaron de inconstitucionales los comités de planeación para el desarrollo municipal, creados por la Ley de Hacienda del estado de Puebla en la controversia 4/98 promovida por el ayuntamiento de Puebla y otros once municipios.
- g) Nulidad de un convenio por el cual el gobierno del estado de Sonora autoriza el desarrollo de un parque industrial en la controversia 35/97, promovida por el ayuntamiento de San Luis Río Colorado.
- h) Lineamientos sobre la naturaleza y alcances de las participaciones y aportaciones federales, en las controversias 4/96, 5/96 y 4/98.

Ha habido también resoluciones que han acotado a los municipios o deslindado sus relaciones con el gobierno estatal y federal, entre las que sobresalen:

- a) Declaración de invalidez del Reglamento de Seguridad y Protección Bancaria expedido por el ayuntamiento de Guadalajara, por ser de competencia federal, en la controversia 56/96, promovida por el consejero jurídico del gobierno federal, en representación del presidente de la República.
- b) Declaración de invalidez de la parte relativa a transporte del Reglamento de Tránsito y Transporte del municipio de Oaxaca de Juárez por ser materia de los poderes estatales, en la controversia 2/98, promovida por el gobierno del estado de Oaxaca.
- c) Se determinaron válidos los requerimientos del gobierno del estado para que presentaran declaraciones patrimoniales el presidente municipal y otros servidores del ayuntamiento, en las controversias 3/93 y 4/95 que promovieron los ayuntamientos de San Pedro Garza García y San Nicolás de los Garza, Nuevo León, respectivamente.
- d) Se reconoció la validez de la ley del gobierno local que crea las juntas de mejoramiento moral, cívico y material en el estado de Nuevo León en la controversia 2/95, promovida por el ayuntamiento de Monterrey.
- e) Se determinó válida la disposición de la Constitución de Nuevo León que prohíbe a los ayuntamientos acordar las remuneraciones de sus integrantes sin la aprobación del Congreso del estado, en la controversia 8/95 promovida por el ayuntamiento de Monterrey.
- f) Se consideraron válidos los requerimientos del contador mayor de Hacienda para fincar responsabilidad a integrantes del ayuntamiento por conceptos de sobresueldos no autorizados por el Congreso local en las controversias 9/95 y 13/95, así como para reintegrar gratificaciones no aprobadas por el cuerpo legislativo local en la controversia 10/95.
- g) Se declararon nulos varios acuerdos del cabildo del municipio de Puebla sobre desarrollo urbano y asentamientos humanos, en la controversia 25/97 promovida por el Poder Ejecutivo de dicho estado.

El ritmo de las controversias ha crecido en intensidad, vía jurisdiccional que muchos municipios han utilizado.

Según informa la Corte, entre 1995 y 2000 se resolvían en promedio 27 controversias anualmente, en tanto que en el último lustro, de 2005 a 2009, se han resuelto en promedio 87 controversias por cada año estadístico, es decir, 3.2 veces más de las que se resolvían en los primeros años. El mayor número de controversias fueron promovidas por los municipios. Se constata

la controversia como vía privilegiada para los municipios en los datos que la propia Corte suministra, como se deduce del siguiente cuadro.¹⁷

<i>Año</i>	<i>Promovidas por municipios o delegaciones políticas del Distrito Federal</i>	<i>Promovidas por entidades federativas</i>	<i>Promovidas por la Federación</i>	<i>Total</i>
2009	83	33	7	123
2010	59	26	7	92
2011	87	39	6	132
2012	97	16	3	116

VII. UN COMENTARIO FINAL

Sólo un comentario final. Nadie duda del enorme logro que entraña haber conferido el rango de poder al municipio, ni tampoco el acierto de haber mejorado su defensa a través del acceso a la controversia constitucional. Sin embargo, en el considerable número de controversias constitucionales promovidas por los municipios hay también motivo de reflexión; revela hasta qué punto los mecanismos constitucionales y administrativos locales no están funcionando como una primera instancia de solución de conflictos entre los gobiernos de las entidades federativas y los municipios.

Esta situación requiere mejorarse en el futuro si consideramos, asimismo, que muchos de esos conflictos no llegan a la instancia final de la Corte, por ausencia de asesoría adecuada o incluso por el desconocimiento de los ayuntamientos. Estimamos que las controversias, además, deben ser la excepción y no la regla para los ayuntamientos, por lo cual es preciso que para bien del federalismo y del municipio, se fortalezcan los mecanismos de solución de conflictos de carácter local y se imaginen otros nuevos para aquellas áreas que carecen de protección efectiva.

¹⁷ *Cfr.* Informes de labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en: http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Paginas/trans_int_labr.aspx (consultada el 29 de mayo de 2013).

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD “DE OFICIO” Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: “UNA DE CAL Y UNA DE ARENA”

Jorge Reinaldo VANOSI*

Es sabido que para que se efective el control judicial de constitucionalidad —en nuestro derecho federal— existe un marco que condiciona su ejercicio. Así, hace falta un juicio, una causa, un proceso. En ese juicio, causa o proceso debe ventilarse una cuestión judicial, debe haber pedido de parte interesada, existir gravamen al titular actual de un derecho y que el juez se exprese a través de la sentencia. No todos estos marcos de condicionamiento surgen del texto constitucional. Algunos reconocen fuente legal, jurisprudencial o doctrinaria.

Con acierto, Raúl Enoc Calderón, en “El control judicial de constitucionalidad” del libro *El Poder Judicial*, ha sostenido que:

Con relación al control judicial de constitucionalidad en Argentina, en el Congreso General Constituyente de 1853, no se encuentran antecedentes significativos sobre el tema. En el Congreso de la Nación, reunido en Paraná con motivo de la sanción de la Ley 182, del 28 de agosto de 1858, sobre la organización de la justicia federal, tuvo lugar un interesante debate. Allí, los diputados expusieron ideas que luego integrarían la temática del control jurisdiccional de constitucionalidad, por ejemplo: el control se debe ejercer en causas, a petición de parte, sin incurrir en pronunciamientos abstractos.¹

Este debate fue estudiado en profundidad por Dardo Pérez Guilhou en *Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (1857/1858)*.²

* Profesor de derecho constitucional en la Universidad Católica de Salta, Argentina; miembro y vicepresidente de la mesa directiva de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

¹ Calderón, Raúl, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 287.

² Pérez Guilhou, Dardo, “Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (1857/1858)”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 10, 1982.

Vale la pena traer a colación lo afirmado por Bidart Campos, con una rotunda conclusión que viene a abonar lo ahora resuelto claramente por la Corte Suprema en su actual composición:

¿Es menester que en esa causa exista “petición” de parte impetrando el control mediante tacha de inconstitucionalidad? o, al contrario, ¿aunque falte esta petición, el juez puede declarar la inconstitucionalidad? o, todavía más, ¿aún sin petición debe declararla?

En general, la jurisprudencia de la Corte Suprema exige que medie solicitud de inconstitucionalidad, lo cual significa que: a) la cuestión de inconstitucionalidad debe articularse en el petitorio, o en la primera oportunidad posible y previsible en que aparezca la cuestión constitucional comprometida en la causa; b) la cuestión de constitucionalidad debe formar parte expresamente de la materia sometida a la jurisdicción del juez de la causa.

Se interpreta que si la parte no alega la inconstitucionalidad, ésta no integra la causa judicial y, por ende, el juez no la puede incluir en la sentencia sin incurrir en decisión “extrapetita”.

La primera conclusión (heterodoxa, por cierto) que a nuestro criterio deriva de este principio jurisprudencial es que el control de constitucionalidad por los jueces pende de la voluntad de las partes en el proceso, o dicho en otros términos, que el juez no lo ejerce “de oficio”; la segunda conclusión: que no pedir la declaración de inconstitucionalidad implica una renuncia de parte; la tercera conclusión: que si el juez no puede conocer “de oficio” la inconstitucionalidad en una causa, y si las partes pueden renunciar a pedir la declaración judicial, la supremacía de la Constitución no es de orden público. *Todo esto es equivocado.*³

Para oponerse al control judicial de oficio se ha dado una serie de argumentos, tanto en sede judicial como en el ámbito de la doctrina, fácilmente rebatibles. Así:

- a) Se afirma que el juez está ligado por lo que las partes en juicio le plantean o proponen, y que si el juez se extralimita o excede, estaría resolviendo “extrapetita” (fuera de lo pedido), dando origen a una sentencia arbitraria.

Lo afirmado es exacto en cuanto a los hechos que las partes exponen al juez, pero no en cuanto al derecho. El juez puede corregir o suplir el derecho erróneamente invocado o no citado por las partes. Puede hacerlo en virtud del principio *iura novit curia* (el juez dice el

³ Bidart Campos, Germán José, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. III, p. 436.

derecho). Y la declaración de inconstitucionalidad no es una cuestión de hecho sino de derecho. Por tanto, el juez puede declarar la inconstitucionalidad sin pedido expreso de parte, es decir, de oficio (por propia iniciativa).

- b) La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al resolver la causa “Los Lagos c/ Gobierno Nacional” en, alegó que el control de constitucionalidad sin pedido de parte significa que los jueces pueden controlar de oficio los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo y que “ello rompe el equilibrio de poderes”.

El argumento invocado es inentendible. En efecto, aparece como contradictorio afirmar que el control a pedido de parte no rompe el equilibrio y el de oficio sí. Esta posición de la CSJN fue atenuada en el voto disidente de los ministros Carlos Fayt y Augusto César Belluscio, de fecha 24 de abril de 1984, al resolver la inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar Núm. 50 de Rosario, en cuanto se sostuvo que el control judicial de oficio no desequilibraba los poderes, posición que sostuvieron en el caso “Pérez” (Fallos 310:1090) y en el caso “Peyrou” (Fallos 310:1401); en este último con voto de Augusto Belluscio y disidencia de Carlos Fayt. En idéntico sentido es el voto del doctor Antonio Boggiano en el caso “Ricci” (E.D. 179-324), con comentario de Víctor Bazán: “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”.

- c) Se afirmó que la declaración de oficio contraría la presunción de legitimidad de los actos del Estado. Se trata de un argumento débil, atento que la presunción de legitimidad es *juris tantum* (admite prueba en contrario). Si estos actos se pueden controlar judicialmente en un juicio a pedido de parte, y la declaración de inconstitucionalidad hace ceder la presunción de legitimidad, va de suyo que esa misma presunción puede también ceder en la declaración de inconstitucionalidad sin pedido de parte.
- d) Otro de los argumentos esgrimidos señala que el control de oficio lesiona el derecho de defensa en juicio.

Se trata de un argumento jurídicamente incorrecto, atento que frente al derecho aplicable no cabe argüir el derecho de defensa.⁴

No obstante considerar que basta y sobra con la invocación del *iura novit curia*, en nuestro proyecto de ley se preveía que el juez corra previamente

⁴ *Ibidem*, p. 439.

una vista a las partes, que es para salvar el principio de igualdad y de alteridad de ellas en el proceso; por tanto no tiene cabida el argumento de la lesión al derecho de defensa.⁵

Todos los Códigos procesales contemplan “medida para mejor proveer” que los jueces de alzada pueden ordenar con antelación a la sentencia y sin prejuzgar sobre “las resultas” del juicio: aquí se trataría de que las partes emitieran opinión sobre la validez constitucional de las normas aplicables al caso, por vía de un traslado común y de breve evacuación.⁶

Es de importancia citar algunas excepciones a la doctrina del control jurisdiccional de constitucionalidad a pedido de parte.⁷

Nuestra jurisprudencia ha admitido el control de oficio cuando se ha tratado de la distribución de competencias dentro del poder político, salvaguardando así la jurisdicción, el orden público, las facultades privativas del

⁵ Véase Vanossi, Jorge Reinaldo, *Cámara de Diputados de la Nación*, expte. 6771, del 12 de diciembre de 2005, de Ley sobre Recurso Extraordinario Federal y Acción Declarativa de Inconstitucionalidad.

⁶ El proyecto elaborado por el suscrito en el Ministerio de Justicia, en julio de 2002, fue presentado en la Cámara de Diputados al tiempo de incorporarme nuevamente a ese cuerpo (D-6052-2003, 22 de diciembre de 2003), y contemplaba en el capítulo primero la declaración de oficio, en los siguientes términos:

Artículo 1o. Sustitúyase el artículo 3o. de la Ley 27 por el siguiente texto: “Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición que esté en oposición con ello. Este control de constitucionalidad debe ejercerse aun sin petición de parte interesada. Cuando el magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar pudiere adolecer de alguna objeción constitucional —previo a la decisión— correrá traslado a las partes por un plazo común de cinco días a los efectos que se expidan sobre ello. El traslado sobre este punto será conferido cualquiera sea el estado de la causa y no implicará prejuzgamiento”.

Artículo 2o. Incorpórese como artículo 3o. bis de la Ley 27 el siguiente texto: “La declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo procede cuando se hubiere acreditado que:

a) La violación de la Constitución Nacional y/o de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional sea de tal entidad que justifique dicha declaración.

b) La repugnancia a la Constitución Nacional y/o a los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional sea manifiesta e indubitable y la inconstitucional inconciliable.

c) No existe posibilidad de una solución adecuada en la controversia por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa”.

Artículo 3o. Incorpórese como artículo 3o. ter de la Ley 27 el siguiente texto: “El ejercicio del control de constitucionalidad de oficio exige, necesariamente, la existencia de causa judicial y agravio concreto o amenaza de tal. La declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron, y no tiene efecto derogatorio genérico” (este proyecto de ley fue reiterado en 2005).

⁷ Véase CSJN, caso “Casares c/ Sívori” de 1872; Fallos 33:194; Fallos 242:119; Fallos 238:289.

tribunal de la causa, etcétera. La propia Corte lo ha hecho cuando debió mantener los límites de su jurisdicción originaria y ha ejercido control de oficio (inclusive fuera de causa juzgable) cuando para negarse a tomar juramento a un juez verificó si tanto su designación como la creación del tribunal al que se lo destinaba eran o no constitucionales.

Igualmente, cuando en acordada del 7 de marzo de 1968, y antes de sortear a uno de sus miembros para integrar tribunales de enjuiciamiento creados por la Ley 17.642, declaró que el sistema era inconstitucional por contradecir al régimen federal. Con posterioridad puede colacionarse la acordada del 9 de febrero de 1984 acerca del tribunal de ética forense.⁸

Cabe agregar que la CSJN ha señalado en *obiter dictum* la procedencia del control de inconstitucionalidad de oficio, conforme “Mill de Pereyra, Rita y otros c/ Provincia de Corrientes”, del 27 de septiembre de 2001 (Fallos 324:3219 y L.L. 2001-F-886).

Emilio Ibarlucía, en *Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia*, reseña en forma pormenorizada la evolución jurisprudencial sobre este tema.⁹

No es dable olvidar que en composiciones anteriores también se registran sentencias —con voto mayoritario— a favor de la declaración “de oficio”. Como en el caso “Banco Comercial de Finanzas” (Fallos 327:3117).

En doctrina son muchos los autores que abordaron esta temática, y en *Reflexión en torno de la declaración de inconstitucionalidad de oficio*.¹⁰

Aída Kemelmajer de Carlucci, con la seriedad y solvencia académica que la caracterizan, a título meramente enunciativo menciona a los autores que propician la declaración de inconstitucionalidad de oficio: son muchísimos y muy calificados juristas.¹¹

El suscrito también se pronunció sobre el tema hace ya muchos años (en el Colegio de Abogados de la Plata, Jornadas del 18 y 19 de marzo de 1977; en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, en Resistencia, 1978) y presentó proyectos de ley ante la H. Cámara de Diputados, admitiendo la declaración de inconstitucionalidad de oficio.¹²

⁸ Bidart Campos, Germán José, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 156.

⁹ Ibarlucía, Emilio, *Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia*, E.D. 9/5/02, núm. 10.499, año XL.

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 235-250.

¹¹ *Ibidem*, p. 283.

¹² Vanossi, Jorge Reinaldo, *Obra legislativa (1983-1986)*, Buenos Aires, t. I, pp. 43-46; *id.*, *Recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, pp. 227 y 228.

El derecho público provincial reconoce antecedentes en esta materia. Así, prevén el control judicial de oficio las Constituciones de La Rioja, San Juan, Río Negro, San Luis y Tierra del Fuego, y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En ese orden de cosas hemos propiciado la sustitución del artículo 1o. de la Ley 27 por el siguiente texto:

La justicia nacional procederá siempre aplicando las normas de la primera parte de la Constitución (arts. 1 a 43 inclusive); las incluidas en los tratados y convenciones sobre derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, (2º párrafo) de la Constitución y las de los tratados y convenciones sobre derechos humanos a las que en el futuro se les otorgue jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 (3º párrafo) de la Constitución; las de la segunda parte de la Constitución (arts. 44 a 129); las incluidas en los tratados comunes y concordatos del art. 75 inc. 22 (1º párrafo) de la Constitución; las emanadas de los órganos supranacionales surgidos de los tratados de integración (art. 75 inc. 24 de la Constitución); y de las leyes que en consecuencia de la Constitución dicte el Congreso; en el orden de prelación enunciado. Sin perjuicio de ello, siempre debe prevalecer la norma que más favorezca los derechos individuales.

No puede caer en el olvido que por vía interpretativa y durante muchos años se contrapusieron los artículos 2o. y 3o. de la citada Ley 27 para apoyarse en la “inactividad de las partes” como un supuesto desafinamiento de la existencia de “caso” o “causa”, cuando el texto del artículo 3o. imponía a la justicia (y sigue siendo así) “la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

En definitiva, a partir de la reforma de 1994, en cuanto a los derechos y garantías, el orden de las normas ha quedado configurado así:

1o. La norma suprema, la que está en la cumbre de la “pirámide jurídica”, en cuanto a derechos individuales, es la primera parte de la Constitución: los arts. 1 a 43 inclusive. Aclaremos que no está claro cuál es la primera parte de la Constitución porque, cuando se reformó la ley suprema, esa “primera parte” comprendía sólo los actuales arts. 1 a 35. Fue el mismo Constituyente reformador el que agregó un capítulo segundo a esa “primera parte”, los actuales arts. 36 a 43. El tema se ha discutido, pero nos inclinamos por la opinión que incluye tanto el primero como el segundo capítulos de la primera parte. Hecha esa aclaración, toda la primera parte es la norma suprema. Ello surge, no sólo del art. 31, sino del 27 y del art. 75 inc. 22 - 2º párrafo.

2o. En segundo lugar se encuentran los derechos reconocidos en los tratados y convenciones sobre derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22, y los que se incorporen en el futuro (2º y 3º párrafos). Están subordinados a la 1ª Parte de la Constitución, según dice el 2º párrafo, y se deduce del 3º; toda vez que el citado inciso dispone que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, *no* derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos.

3o. En tercer término, deben ubicarse los derechos individuales que se encuentran no en la primera sino en la segunda parte de la Constitución. Así, los derechos de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17); “de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75 inc. 23).

4o. En cuarto término, están los derechos que surgen de los tratados comunes y los concordatos del art. 75 inc. 22 (1º párrafo).

5o. En quinto lugar, los derechos individuales reconocidos en las normas emanadas de los órganos supranacionales creados por tratados de integración (art. 75 inc. 24).

6o. Y, en sexto término, los derechos reconocidos en las leyes que dicte el Congreso de la Nación (arts. 28, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución).

Sin perjuicio del orden expuesto anteriormente, hay dos reglas que en caso de dudas sobre la jerarquía de los derechos individuales, deben ser permanentemente aplicadas: la primera es que, en los conflictos que puedan surgir entre estas normas, en materia de derechos individuales, debe prevalecer la que más favorezca a los derechos, y la segunda fue expuesta por la Corte Suprema en 1995, en el caso *Girolodi*: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de *guía* para la interpretación de los preceptos convencionales, y ello porque el Estado argentino reconoció la competencia de esa Corte para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.¹³

La sentencia dictada por la Corte Suprema el 27 de noviembre último, en el caso “Rodríguez Pereyra”, es una definición categórica en torno al control de constitucionalidad de *todos* los jueces que componen el Poder Judicial de la Nación y de las provincias. Su fundamentación es impecable y está en consonancia con un requerimiento mayoritario de la doctrina constitucional.

La cita de Carlos Sánchez Viamonte vale además como un reconocimiento a la prédica infatigable de ese maestro, recogiendo así el precedente de Fallos 321:3620 y formulando un apartamiento de la postura negativa que en 1941 había estampado la Corte (Fallos 190:142).

¹³ Mayón, Carlos, *Bases constitucionales del derecho civil*, La Plata, Lex, 2001, pp. 206-208.

En el presente caso, el juez Fayt rescata en su voto las posturas de avanzada que precedieron a través de pronunciamientos a partir de 1984 y recoge el voto con el juez Belluscio en Fallos 306:303, en cuya oportunidad señalaron que la presunción de validez de los actos estatales:

Cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución; ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso.

La actitud judicial que expone la Corte Suprema como cabeza visible del Poder Judicial, como tribunal de garantías constitucionales y como intérprete final de la Constitución, en ese triple carácter, guarda plena congruencia con lo que el artículo 43 de nuestra ley suprema explicita al jerarquizar la acción de amparo, admitiendo que: “El juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que funde el acto u omisión lesiva”.

En un sistema “difuso” de control de constitucionalidad quedan dotados de esa facultad *todos* los magistrados que sean competentes en las respectivas causas, entre los que se cuentan los juicios de amparo y demás “casos” sumarios o sumarísimos en los que cabe el control “de oficio”.¹⁴

Por último, cumplimos en señalar que los incisos 11 y 12 de la sentencia que comentamos hacen pie en posturas asumidas por la Corte Suprema *a posteriori* de la reforma constitucional de 1994, en cuanto al rango normativo de los tratados, convenciones, pactos y declaraciones de derechos humanos, según el artículo 75, inciso 22. Si bien es cierto que la jurisprudencia del caso *Girolodi* marca un rumbo de acatamiento no sólo a las decisiones sino también a los criterios interpretativos que emanan de la Corte Interamericana en torno al Pacto de San José de Costa Rica, nuestro entendimiento al respecto es que tales pronunciamientos —como así también las opiniones “consultivas”—, son guías o pautas.

Esta última expresión parece ajustada al significado que el *Diccionario de la Lengua* (RAE) le asigna al vocablo “pauta” en su cuarta acepción: ejemplo, modelo; o, acaso, en la tercera acepción: “instrumento o norma que sirve para gobernarse en la ejecución de algo”. En cuanto al término “guía”, la misma fuente (RAE) indica “aquello que dirige o encamina”, como así también remite a “preceptos para encaminar o dirigir”. Aun teniendo en cuenta

¹⁴ Cfr. Sagüés, Sofía y Sanmartino, Patricio, “El derecho”, *Serie de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2001.

que el “precepto” es una orden que el superior imparte al inferior (*sic*), no es del caso aplicable al sometimiento de los fallos prescindiendo de esa área o franja que se reconoce entre los Estados y a los Estados para guardar una zona de reserva, que recibe la denominación de “margen de apreciación nacional” (MAN), cuya existencia y viabilidad son reconocidas en procesos mucho más avanzados de integración si se los compara con los rudimentarios mecanismos de nuestro continente. Sólo donde reina la plena supra-estatalidad; y tal situación no se efectiviza —hoy por hoy— con la aplicación de los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Hay que distinguir —pues median diferencias sustanciales— entre los procesos de integración incipientes y los más avanzados.¹⁵

Cambiar un criterio (erróneo) por otro que se considera acertado, forma parte de la sabiduría que los jueces deben aplicar. Ya lo dijo la Corte Suprema en el caso Miguel Barretta de 1939:

Es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos. Mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión... para que ello suceda... tienen que existir “causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio” o es necesario que “medien razones de justicia al efecto”, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido.¹⁶

Es pues un acto afortunado que la CSJN haya definido categóricamente la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad “de oficio”, despejándose así cualquier duda al respecto. Es deseable que esta línea jurisprudencial perdure de aquí en más, fortaleciéndose la seguridad jurídica en el

¹⁵ Véase “Dictamen del Comité Jurídico Interamericano (OEA)”, emitido en Washington, D.C., el 6 de marzo de 1992, publicado en *Anales* de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en acto conjunto con la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 1o. de diciembre de 1993, disertación de Vanossi, Jorge Reinaldo, *Perfil jurídico institucional del fenómeno de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, Anales, 1995.

¹⁶ CSJN, Barretta, Miguel c/ Prov. de Córdoba, *Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 1939, t. 183, p. 409.

ámbito de las esferas procesales. Así lo hemos entendido siempre, partiendo de la base del artículo 31 de la Constitución Nacional (no modificable en 1994), que asigna el rango de “ley suprema de la nación”; y, en consecuencia, reafirmamos la siguiente conclusión:

El reconocimiento de la Constitución como *norma de orden público* es el principal argumento para la explicación racional de la necesidad de mecanismos que aseguren el control de constitucionalidad con relación a las normas y actos inferiores: sin ese control se tornaría ilusoria la supremacía constitucional como norma de orden público, ya que los órganos de aplicación y los particulares podrían “disponer” de los contenidos constitucionales, que perderían así la nota de imperatividad que es propia de su jerarquía normativa.

Por lo demás, esa condición o calidad de “orden público” también milita a favor de la defensa de la posibilidad de *un control de oficio* de la constitucionalidad de los actos estatales, dado que el sometimiento al recaudo de la “petición de parte interesada” puede importar tanto como permitir que el silencio o la abstención de las partes sirvan para convalidar un acto violatorio de la Constitución, con la complicidad del funcionario jurisdiccional que así disponga la aplicación de ese acto o norma en lugar de declarar su inconstitucionalidad.¹⁷

BIBLIOGRAFÍA

- BARETTA, Miguel, *Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 1939, t. 183.
- BIDART CAMPOS, Germán José, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. III.
- CALDERÓN, Raúl, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- IBARLUCÍA, Emilio, *Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia*, E.D. 9/5/02, núm. 10.499, año XL.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- MAYÓN, Carlos Alberto, *Bases constitucionales del derecho civil*, La Plata, Lex, 2001.
- SAGÜÉS, Sofía y SANMARTINO, Patricio, “El derecho”, *Serie de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2001.

¹⁷ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, t. II, pp. 9 y 10.

VANOSI, Jorge Reinaldo, *Cámara de Diputados de la Nación*, expte. 6771, del 12 de diciembre de 2005, de Ley sobre Recurso Extraordinario Federal y Acción Declarativa de Inconstitucionalidad.

———, *Obra legislativa (1983-1986)*, Buenos Aires, t. I.

———, *Perfil jurídico institucional del fenómeno de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, Anales, 1995.

———, *Recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.

———, *Teoría constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, t. II.

Hemerografía

PÉREZ GUILHOU, Dardo, “Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 10, 1982.

Otros

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Dictamen del Comité Jurídico Interamericano emitido en Washington, D.C., el 6 de marzo de 1992*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en acto conjunto con la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 1o. de diciembre de 1993.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

NUEVA CONSTITUCIÓN. PODERES, CONTROLES Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE*

Francisco ZÚÑIGA URBINA**

SUMARIO: I. *Proemio*. II. *Transitar al poder constituyente originario*. III. *Controles del poder constituyente*. IV. *Derecho constitucional transitorio*. El “missing link” entre normatividad y facticidad. V. *Control de juridicidad posible*. VI. *Algunas conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. PROEMIO

En esta ocasión el tema que nos convoca es establecer una relación entre el poder constituyente originario y derivado, con el derecho constitucional de transición, y los eventuales controles sociales, políticos y jurídicos imperantes; enfrentados a la hipótesis de asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente. El tema surge con motivo de la afirmación o lugar común en boca de los críticos a una nueva Constitución (críticos que pertenecen al estamento letrado: jueces, juristas expertos y abogados, y a las elites), repetido hasta la saciedad por éstos y la prensa escrita (como si de repetir se tratara para que algo quede, o si fuere posible fundir la opinión pública con la opinión publicada), acerca de la “inconstitucionalidad” de la asamblea constituyente, del congreso constituyente y del referéndum constituyente, o de ser estos mecanismos un “serio quebranto institucional”. La demonización del procedimiento democrático de alumbramiento de una

* Ponencia presentada al seminario internacional “Procesos Constituyentes y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, panel “Procesos constituyentes y modificaciones constitucionales”, tema: “Asamblea Constituyente, una alternativa a la crisis del sistema político neoliberal para Chile”, organizado por la Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, del 6 al 8 de noviembre de 2013, que se publica en el libro homenaje al doctor Jorge Witker, distinguido jurista, compatriota y amigo, con una destacada trayectoria en el derecho y la economía.

** Profesor titular de la cátedra de derecho constitucional en la Universidad de Chile.

nueva Constitución esconde el rechazo a la sola idea de una nueva Constitución que sustituya a la vieja Constitución, y de paso el horror vacui de las élites y en último término la repulsa casi “natural” al demos; subyaciendo a ello o la defensa del orden constitucional heredado del régimen autoritario o bien cierta complacencia con una vieja Constitución reformada que sentaría las bases de la “paz”, “estabilidad” y “prosperidad” de la transición. La defensa de la vieja Constitución o el conformismo frente a la vieja Constitución reformada, tan propio del estamento letrado y de las élites, contrasta con una realidad de crisis de legitimidad y eficiencia del régimen político que permite visualizar un escenario de proceso constituyente o momento constitucional, que nuestro país comienza a experimentar en el tiempo presente.

Tal mentada “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” está centrada en el “decreto” o en otras fórmulas propuestas para gatillar la convocatoria y/o decisión acerca de la asamblea constituyente o del referéndum constituyente, y que reconduce a una supuesta ineluctable decisión de inconstitucionalidad de los órganos de control de constitucionalidad y de jurisdicción, como el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República. Tal supuesta decisión de inconstitucionalidad parece más una predicción o “profecía autocumplida”. Con cierto frenesí defensivo del viejo orden, la “inconstitucionalidad” se pretendió extender a iniciativas de movimientos sociales acerca de la marcación del voto en elecciones políticas con la inclusión del “AC” (asamblea constituyente).

La “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” como conceptos que carecen de fundamento teórico-práctico en los sistemas jurídicos de derecho interno que se suceden temporalmente, sucesión temporal que importa modificaciones de base o fundamento en la producción de normas, y que por ende poseen un encadenamiento de validez diverso. La imposibilidad teórico-práctica de la “inconstitucionalidad” es el tema que motiva este breve trabajo. Luego, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” no son sino recursos retóricos que esconden la defensa de la vieja Constitución o la conformidad con ella, y sus amarres o camisas de fuerza institucionales o simplemente la política constitucional del bloqueo y del falso consenso constitucional; amarres que engloban antiguos enclaves autoritarios supervivientes y fuertes dispositivos contramayoritarios, alojados en nuestro orden constitucional.

Con todo, en las democracias pluralistas de tipo occidental se produce de época en época una tensión entre la “soberanía de la Constitución” y la soberanía del pueblo; una de esas épocas corresponde a los momentos constitucionales. Tal tensión dialéctica se produce hoy en otros regímenes políticos en el mundo global. La “primavera árabe” o norafricana que da luz

a efímeras o inestables “democracias” son un buen ejemplo de tal tensión, también la más añeja república turca fundada por Atatürk que se revoluciona en sus bases fundacionales, o la reacción constitucional que se produce en el contexto europeo con la poscomunista Hungría.

II. TRANSITAR AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

El emprendimiento de alumbrar una nueva Constitución para Chile en el actual “momento constitucional” se puede plantear como una operación constituyente, abierta a dos técnicas posibles: la del poder constituyente derivado, a través de la reforma total de la vieja Constitución en virtud del procedimiento del capítulo XV, o bien la del poder constituyente originario, a través de las técnicas o mecanismos de asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente.

La reforma total tropieza con un meta-cerrojo o bloqueo dispuesto por quórum reforzados ordinario y extraordinario que permite a la minoría abrir o bloquear la puerta de la reforma y definir sus contenidos (vetos). El sistema electoral “binominal” ideado por el régimen autoritario para las elecciones políticas parlamentarias tiende a generar empate y sobrerrepresentar a las minorías. El dilema es que la minoría bloquee-vete una reforma constitucional total o, si ello no ocurre, que tal minoría imponga un falso consenso, es decir, permita reformar de la Constitución lo que ella determine como “reformable”; falso consenso que precedió y marco a fuego todo el ciclo reformista iniciado en 1989, y que suma más de treinta reformas constitucionales. Es de esperar que este dilema no sea, o bien opere, como una “profecía auto-cumplida”. Por de pronto esta “profecía auto-cumplida” contribuye en un sector de las elites y en algunos movimientos sociales al discurso y acción en relación con la asamblea y referéndum constituyentes como único camino de tránsito a una nueva Constitución, al hacer poco creíbles la reforma total, o al negarle legitimidad democrática al Congreso Nacional, como un Parlamento espurio, acomodaticio y “binominal”.

En nuestro medio, Atria habla acertadamente de una “Constitución tramposa”; conformada por cerrojos o “trampas” que son parte de un entramado de enclaves autoritarios o contramayoritarios heredados de la dictadura, a saber: leyes de súper-mayorías, sistema “binominal” para elecciones políticas parlamentarias y competencia preventiva de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, que hace de éste una “tercera cámara” política, resolviendo conflictos que son más políticos que constitucionales. Tal metacerrojo y cerrojos son la clave de un orden constitucio-

nal diseñado por el jurista oficial del régimen autoritario, el extinto Jaime Guzmán E., enderezado a sustraer al pueblo (sea directa o indirectamente, según el tipo de instituciones democráticas de participación o representación) de las decisiones políticas; al mismo tiempo que privatizar lo público, subordinar la política a la economía y al Estado al mercado.

Sin embargo, nos interesa en este apartado el recurso al poder constituyente originario, y en particular un breve análisis de discurso político constitucional acerca de la asamblea constituyente y del referéndum constituyente.

Un discurso político-ideológico proviene del historiador Gabriel Salazar, que hace de la asamblea un espacio amorfo depositario de una capacidad regenerativa y reestructuradora del orden político, generada funcionalmente y en la que tengan cabida los nuevos movimientos sociales y los excluidos de la modernización capitalista, única clase o segmento de la sociedad con voluntad y conciencia revolucionaria. Es un discurso que rechaza a las elites y al estamento letrado. En este discurso, la asamblea constituyente tiene el carácter mitológico y mágico; no es una asamblea política del pueblo puesta ante la tarea de deliberar, consensuar y decidir acerca de una Constitución, es decir, un arreglo institucional fruto del autogobierno del cuerpo electoral. Luego, para nuestro análisis este discurso no tiene mayor relevancia.¹

Sí tiene interés para nuestro análisis el discurso sobre la asamblea constituyente y referéndum constituyente planteado recientemente por el iusfilósofo Fernando Atria en nuestro medio; interés a pesar de sus presupuestos decisionistas y teológicos, y que pone de relieve, como otros autores, el dualismo elitista-popular presente en procesos constituyentes.²

Atria plantea en *La Constitución tramposa* que el lenguaje constitucional tiene dos derivaciones: el lenguaje de la ciudadanía y el lenguaje técnico o de los juristas (o del “abogado”, como prefiere designar al estamento letrado), que deriva del análisis de conceptos determinados bajo una óptica específicamente jurídica. Dentro del debate público, la utilización del lenguaje de los juristas resulta ser “funesto”, ya que el lenguaje técnico traiciona la idea que se quiere expresar en el debate político, dada la discrepancia que existe entre los significados que son utilizados comúnmente por la ciudada-

¹ Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente*, Chile, LOM, 2011.

² Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, Chile, LOM, 2013, capítulo 4, pp. 106-132, y anexo “Sobre el plebiscito constitucional”, pp. 132-209. También de Atria, Fernando *et al.*, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, 2a. ed., Santiago, Debate, 2013, pp. 109-121. Es ejemplar el análisis de Roberto Gargarella del proceso norteamericano y sus límites, en el libro *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997, 2002, en especial pp. 77-92.

nía, y el significado que adquieren los conceptos cuando son usados en un contexto de lenguaje académico.

Ahora bien, la Constitución es una norma especialmente difícil de reformar, dados los altos quórum que ella misma exige, en comparación con los quórum de reforma constitucional de textos anteriores. La dificultad de su modificación, desde la óptica del lenguaje jurídico, es que la Constitución contiene las normas más importantes del sistema jurídico; esta importancia puede ser enfocada desde dos ángulos: uno formal y uno sustantivo. El sentido común indicaría que el contenido explica la forma, por lo que debe primar el criterio sustantivo, es decir, que las normas constitucionales son difíciles de modificar dada su importancia; sin embargo, se llama la atención en normas que no resultan fundamentales, pero que son constitucionales, poniendo como ejemplo normas acerca de los requisitos para funcionarios “medios”, tales como fiscales regionales. De esta manera, desde una perspectiva jurídica, la forma se impone a la sustancia, puesto que una norma constitucional no es difícil de modificar porque sea muy importante, sino que una norma constitucional se constituye como tal, precisamente, por ser difícil de modificar. En palabras del autor:

Desde el punto de vista del derecho, es indudable que ambas normas son normas constitucionales. Por consiguiente, para el derecho “Constitución” es el nombre que recibe un texto legal cuando es difícil de modificar. Y esto hace que nuestra observación anterior, de que esto parece un modo invertido de ver las cosas, recobre su fuerza. Recuérdese: es claro que lo correcto es decir que son difíciles de modificar porque son normas constitucionales, no que son normas constitucionales porque son difíciles de modificar.³

Como vemos, desde una perspectiva sustancial, la Constitución es una norma que establece bases fundamentales tanto en lo referido a derechos de los ciudadanos (parte dogmática), como un cuanto a la organización de los órganos del Estado (parte orgánica). Por su parte, puede predicarse que, formalmente, una norma puede ser considerada constitucional por el mero hecho de ser dificultosa su modificación.

De acuerdo con la exposición anterior, Atria hace una diferenciación desde las coordenadas decisionistas que le caracterizan, entre las normas constitucionales, que son sustancialmente fundamentales, y las “leyes constitucionales”, que son formalmente constitucionales pero que, de acuerdo con su relevancia sustancial, no resultan ser normas fundamentales que justifiquen la dificultad de modificación de la que son objeto.

³ Atria, Fernando, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

La diferenciación anterior puede resultar relevante en un sentido político para diferenciar normas fundamentales, como el que Chile sea una República democrática, de las normas que regulan templos o a los fiscales regionales; sin embargo, resulta impertinente desde una óptica jurídica estricta, puesto que ambas son normas con una misma jerarquía normativa, ambas son normas constitucionales ya que ambas están en un texto especialmente difícil de modificar, por lo tanto, el derecho termina “trivializando” las cuestiones políticas.

Esta trivialización no es un efecto negativo del derecho, sino que un componente esencial para entender su función, que es la de “despolemizar” el conflicto político (un conflicto es “polémico” cuanto no puede ser resuelto sin tomar partido por una posición), de forma tal de hacerlo medible y predecible. Ahora bien, el punto es que una cuestión política no puede ser abordada desde un lenguaje “despolemizado”, siendo necesario recuperar ese sentido de la discusión política al tratar temas como la asamblea constituyente. En este sentido se afirma: “Y cuando se trata de lo político necesitamos recuperar ese lenguaje polémico. Ese es el caso tratándose del asunto de la asamblea constituyente/nueva Constitución: ella no puede ser entendida a menos que recuperemos ese lenguaje, que le restituyamos al lenguaje la polemicidad que el derecho le extrajo”.⁴

En este contexto, la discusión sobre una nueva Constitución y asamblea constituyente corresponde a una discusión que debe darse en el lenguaje de los ciudadanos, no en el de los juristas, puesto que cuando se pide una nueva Constitución no se hace referencia a una nueva “norma difícil de modificar”, sino que a un nuevo fundamento, que no tiene fundamento en una potestad normativa anterior, lo que no se refiere a una situación de mera fuerza, sino que es una referencia al lenguaje constituyente. Señala en este sentido el texto:

Quienes pretenden una nueva Constitución no pretenden una nueva norma difícil de modificar. Pretenden un nuevo fundamento. Y este nuevo fundamento es un auténtico nuevo fundamento, por lo que el poder para darlo no puede ser conferido por norma alguna (que sea fundamental quiere decir que toda otra norma se funda en él, por lo que no puede haber una norma anterior). En este sentido no es una potestad normativa. Esto lleva a la tentación de decir, entonces, que el lenguaje que estamos discutiendo es radicalmente inaplicable al momento del origen. Que una Constitución es sólo la imposición del más fuerte y que el poder constituyente es reducible al poder de los tanques. Esta tentación debe ser resistida. No es que el lenguaje constitucional sea aplicable

⁴ *Ibidem*, p. 15.

sólo a situaciones ya constituidas e inaplicables al momento constituyente. Es precisamente al revés: el uso primario de ese lenguaje es el constituyente.⁵

El poder constituyente, en el texto, se expresa en términos políticos y no jurídicos, referidos a la capacidad de tomar una decisión acerca de la forma del Estado y las normas que lo rigen, orientada a reconocer validez sólo a normas que emanen, directa o indirectamente, de la voluntad del pueblo, todo lo anterior en términos políticos, como hemos dicho, de acuerdo con un razonamiento lógico que va más allá de la objeción empírica en torno a que el poder constituyente pertenezca esencialmente al pueblo:

Por consiguiente, (1) que se refiere a todas las normas, puede expresarse por referencia a sólo una norma:

(2) La Constitución sólo vale (=es una norma, tiene normatividad) porque es querida por el pueblo.

Y la manera de expresar esta idea es decir que

(3) El pueblo es el único titular posible del poder constituyente (=el poder constituyente es inalienable, imprescriptible, etcétera).

O, para decirlo en el lenguaje del texto constitucional vigente,

(4) La soberanía reside esencialmente en la nación, y se ejerce por el pueblo.

Esta reconstrucción del significado al revés de la proposición contenida en (4) hace que su sentido sea considerablemente distinto al que le atribuimos cuando la leemos al derecho. Leída al derecho, es una afirmación sobre la soberanía (reside en la nación y se ejerce por el pueblo), y parece susceptible de ser refutada mirando a la “evidencia empírica”: en 1973 (o en 1980) la soberanía fue ejercida por la junta de gobierno, que la usurpó. El hecho de que pueda ser usurpada muestra que la soberanía no reside “inherente” o “esencialmente” en el pueblo, por lo que (4) es falsa. Pero leída al revés es una afirmación sobre el pueblo (quien ejerza el poder constituyente reclama siempre actuar a nombre del pueblo, y reconocer lo que ha hecho como una Constitución es reconocer que actuaba a nombre del pueblo).⁶

Un ejercicio similar se realiza posteriormente con el concepto de Constitución y específicamente con el de una “nueva Constitución”, preguntándose el texto cuándo estamos en presencia de una Constitución que es diferente a la anterior. Se descartan dos opciones: que para que una Constitución sea nueva es necesario que cambien todas y cada una de sus normas, o que se considera nueva cuando existe una alteración a cualquiera de ellas.

⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁶ *Ibidem*, p. 22.

La Constitución será nueva, respecto de la anterior, cuando haya una modificación lo suficientemente importante para considerarla diferente, descartándose asumir como criterio evaluador de los cambios el número de modificaciones, sino que tomando la importancia de dichas modificaciones como parámetro para evaluar la existencia de una norma diferente a la anterior. Pero esto obliga a definir qué es importante dentro de una Constitución de aquello que no lo es, para lo cual es necesario establecer el significado mismo de “Constitución”, ya que de acuerdo con el sentido que se fije a ese significado será posible distinguir lo que es importante de lo que no lo es dentro de la misma. El texto propone una definición de Constitución como un acto de afirmación política, que define el sentido de comunidad:

Una Constitución es, así, un acto de afirmación política que define un “nosotros” y da a ese nosotros una determinada forma política, es decir un modo de acción (una manera de determinar qué es lo que esa unidad política quiere o hace). Algunas disposiciones de las que aparecen en el texto constitucional, entonces, son la constitución porque definen una determinada identidad y forma política; otras son disposiciones regulatorias que asumen nuestra identidad y forma política, por lo que pueden ser cambiadas sin destruir ni una ni la otra.⁷

Ahora bien, considerando el tipo de normas que definen a la unidad política, como el artículo 4o. de la Constitución, que establece a Chile como una República democrática, no son las que generan discrepancias en la comunidad política, siendo simplemente la explicitación de principios presentes antes en la tradición constitucional chilena; puede afirmarse que la controversia está en la forma en cómo esas normas se expresan en la comunidad política actual.

Del análisis realizado, Atria arriba a una definición de filiación schmittiana acerca de lo que podemos entender por Constitución: “...una Constitución es una decisión fundamental sobre la identidad y forma de existencia de una unidad política. Es decir, es la decisión fundamental, la que hace posible que una comunidad política sea un agente político”.⁸

Las otras normas, que no se refieren a estos aspectos, no son Constitución, sino que leyes constitucionales. Cuando se utiliza como estrategia incorporar al texto constitucional normas que no son fundamentales, sino que sólo son relevantes para quien en un momento determinado ostenta el poder, estamos en presencia de un abuso de la forma constitucional. En este

⁷ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

⁸ *Ibidem*, p. 35.

sentido, existe un claro abuso de la forma constitucional en la Constitución chilena, que fue utilizada no sólo para establecer los fundamentos de la comunidad política, sino que para beneficiar posiciones de poder propias y particulares:

Que en este sentido la llamada “Constitución de 1980” debe ser entendida como un caso de abuso de la forma constitucional es innegable, y de hecho fue explícitamente afirmado como una meta por su propio redactor, Jaime Guzmán. Se trataba, en sus palabras, de que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhela, porque —valga la metáfora— el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario.⁹

Este tipo de posición, de acuerdo con Atria, se naturaliza a partir de la óptica del derecho, que entiende a la Constitución como una norma que ha sido pactada entre los diversos actores de poder que existen en la sociedad, es decir, como un contrato en el que se busca obtener la mejor posición a los propios intereses. Por otro lado, estimar que la Constitución es un contrato implica la necesidad de que para su modificación concurren las voluntades de quienes originariamente concurren al acuerdo.

Entender a la Constitución en estos términos resultaría incorrecto, por dos razones: por un lado, es desentenderse de la tradición democrática que funda el principio de autoridad en la voluntad del pueblo; por otro lado, bajo este concepto la política no resulta posible, puesto que dicha actividad se basa en el debate sobre el interés general y no en la interacción de intereses particulares, como ocurre en la celebración de un contrato.

El razonamiento anterior nos permite identificar los abusos cometidos en la Constitución y, consecuencialmente, el problema constitucional al que nos enfrentamos:

Si, hablando al revés, rechazamos por antidemocrática la idea de que la Constitución es un contrato, podemos identificar claramente los abusos de la forma constitucional a través de los cuales Jaime Guzmán logró “atenuar considerablemente” la importancia de las elecciones, en la medida en que logró diseñar una cancha en la que la derecha gana aunque pierda. Al identificar estos abusos, habremos identificado el problema constitucional: una Constitución tramposa, diseñada para neutralizar la agencia política del pueblo.¹⁰

⁹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁰ *Ibidem*, p. 44.

Los intereses particulares establecidos en la Constitución se resguardan por medio de lo que el texto denomina tres cerrojos y un metacerrojo que aún subsisten en el actual texto constitucional, ellos son: *a)* la existencia de leyes orgánicas constitucionales y sus altos quórum de aprobación; *b)* el sistema binominal; *c)* el control preventivo de constitucionalidad, y *d)* los quórum de reforma constitucional.

A juicio de Atria, la subsistencia de estos cerrojos es lo que determina que la Constitución de 1980 subsista como tal y no pueda hablarse de una nueva Constitución. Mientras no sean alterados estos tres puntos esenciales no podemos hablar de un cambio lo suficientemente sustantivo como para que exista una Constitución diferente a la actual:

La subsistencia de estos cerrojos es la marca de la continuidad de la Constitución actual con la de Pinochet. Ellos definen la trampa de Guzmán, la forma tramposa que la Constitución de 1980 da a la unidad política chilena: una forma esencialmente antidemocrática, una forma en la que el pueblo no es entendido como la fuente última de validez, sino como el peligro del cual hay que protegerse (recuérdese: se trataba de “mitigar los defectos y los males del sufragio universal”, de una constitución “protegida” del pueblo). La eliminación de todo cerrojo, por tanto, y su reemplazo por reglas que busquen habilitar al pueblo para actuar y no neutralizarlo, sería la destrucción de la Constitución de Pinochet y su reemplazo por otra, democrática. Eso sería una nueva Constitución, incluso si el resto del texto no fuera modificado.¹¹

Los otros puntos en la Constitución que usualmente son criticados, tales como la preeminencia de cierto tipo de derechos, el presidencialismo, la regionalización, no son menos importantes, pero el punto de Atria es que una vez eliminados los cerrojos a los que hace alusión, se permitirá una discusión abierta y democrática de todos estos puntos, cuestión que no resulta posible con la institucionalidad actual:

¿Y todo lo demás? ¿Es que las otras cosas de las que se suele acusar a la Constitución de 1980 son irrelevantes? Recordemos algunas (sin ninguna pretensión de exhaustividad): un presidencialismo exagerado, un centralismo que asfixia a la vida regional, un capítulo de derechos en el que los derechos de libertad negativa son más importantes que los derechos sociales, una notoria indiferencia a la composición pluri-nacional o al menos multi-étnica del pueblo chileno, etcétera. Al decir que la eliminación de los tres cerrojos y el meta cerrojo, es decir de las trampas constitucionales, implicaría la dictación de una nueva Constitución, ¿no estamos diciendo que todo esto es de segundo

¹¹ *Ibidem*, p. 61.

orden? Quizás podríamos responder: estamos diciendo que es de segundo orden pero no en sentido político, sino en sentido puramente institucional. Es de segundo orden frente a las trampas constitucionales porque estas trampas impiden que discutamos y decidamos sobre éstas y otras cuestiones políticamente fundamentales, al neutralizar los procedimientos de decisión política. Si las trampas fueran removidas, la estructura institucional permitiría que fuera a través de la discusión política que pudiéramos pronunciarnos sobre estas cuestiones. De modo que no, estas cuestiones no son de segundo orden frente a los cerrojos, son las cuestiones fundamentales de la discusión política; pero sí, son de segundo orden en el sentido de que la urgencia es eliminar los cerrojos para que podamos discutir sin trampas esas cuestiones de primera importancia y otras.¹²

A continuación, el texto se refiere a la relación que existe entre el proceso de cambio y el producto, entre la forma y la sustancia, cuestión de particular importancia cuando se analiza la posibilidad de una asamblea constituyente, además de la objeción acerca del origen ilegítimo de la Constitución.

Analizando la objeción de ilegitimidad de origen, Atria descarta objetar a la Constitución vicios de procedimiento, tales como haber sido aprobada en un plebiscito que no se ajusta a determinados parámetros, basado en la idea de que el ejercicio del poder constituyente no tiene un parámetro normativo anterior, es decir, es un poder que se ejerce sin estar condicionado por normas preestablecidas.

El vicio es ubicado por Atria en el abuso de la forma constitucional al que se hizo referencia antes, se sostiene que un grupo determinado da forma constitucional a la defensa de sus intereses particulares, esta cuestión en circunstancias de normalidad institucional sería rechazada por otros grupos que actúan frente a quien pretende “constitucionalizar” sus intereses, pero ello no opera en tiempo anormales, cuando los grupos que podrían oponerse no están en posición de hacerlo:

Lo que se dice para circunstancias normales no vale en circunstancias anormales. Cuando el texto constitucional es escrito por juristas convocados especialmente al efecto por un dictador apoyado en cuatro generales, que entonces pueden decidir unilateralmente qué normas tendrán forma constitucional, y cuyo borrador es luego revisado por otros funcionarios de la dictadura y en definitiva a puertas cerradas por esos mismos cuatro generales, es poco probable que haya una correlación entre Constitución y forma

¹² *Ibidem*, p. 62.

constitucional. Lo probable es que el texto constitucional no sea en rigor una Constitución, sino un conjunto de leyes a las que se les ha dado abusivamente forma constitucional.

En el caso que nos interesa, este abuso fue tan transparente y cándido, que dar forma constitucional a sus leyes importantes y protegerla con los cerrojos que ya hemos identificado no resultó suficiente para los redactores de la Constitución de 1980. Ellos crearon, en adición a la Constitución, una categoría completa de leyes difíciles de modificar. Se trata de leyes llamadas “orgánicas constitucionales”, y su modificación, aprobación o derogación requería, conforme al texto original de 1980, del voto de 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio (artículo 63 original), el mismo quórum que las reformas constitucionales (artículo 116, inciso 2º original). Es decir, el plan original era que la “Constitución” chilena (el conjunto de normas difíciles de modificar) sería no sólo el texto del Decreto Ley 3464, sino también la suma de todas las leyes orgánicas constitucionales. Para lograr este propósito, desde luego, las leyes orgánicas tenían que dictarse mientras ellos tenían el poder que después perderían, es decir, durante la dictadura. Y vaya si lo hicieron, con desfachatez.¹³

Así, la Constitución en Chile no puede ser entendida por el pueblo como una decisión propia, sino que es un sistema de disposiciones pensadas para evitar el ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo.

Por tanto, cuando se habla de la Constitución, la forma y la sustancia son equivalentes, por lo que la primera condiciona necesariamente a la segunda, es decir, que el contenido de la Constitución no puede sino verse afectado por la forma en como se genera, o a lo menos existe un alto grado de interferencia de una sobre la otra:

Esto muestra que cuando se trata de darse una Constitución la forma es la sustancia: una Constitución no puede ser dada por un dictador que convoca a sus juristas afines y les encarga la redacción de un texto que después será aprobado por un plebiscito fraudulento. Pero este “no puede” no ha de ser entendido normativamente (como [si] estuviéramos diciendo: “un dictador incumple su deber o infringe las condiciones de ejercicio de sus potestades normativas” si hace eso, o que si hace eso lo que resulta es “nulo”), sino, por así decirlo, en sentido descriptivo: no se puede redactar de ese modo un texto constitucional ni aprobar una Constitución porque si se intenta hacer de ese modo, lo que se aprobará no será (=es altamente improbable que sea) un texto constitucional ni una Constitución, sino un conjunto de leyes constitucionales. Como en 1980.

¹³ *Ibidem*, pp. 70 y 71.

Ahora podemos decir, entonces, que el origen es irrelevante pero al mismo tiempo que el problema constitucional está efectivamente en el origen. Es, por un lado, irrelevante si lo entendemos normativamente: aunque se trató de un acto de imposición por quienes no tenían a su favor más que el poder de las armas, y aunque se aprobó mediante un plebiscito fraudulento, eso no implica que la “Constitución” así dictada deba ser cambiada por ser “ilegítima” en el sentido de “insanablemente nula”. Pero el origen ilegítimo de la “Constitución” de 1980 sí explica el problema, porque explica que la decisión de 1980 no es una decisión que pueda ser apropiada por el pueblo, por la sencilla razón de que su contenido es precisamente negar la agencia política del pueblo, lo que por supuesto se explica por el origen que tuvo.¹⁴

La inspiración de la Constitución, diseñada para evitar la expresión de la voluntad popular, impide que la norma sea apropiada por el pueblo al que está dirigida, como ha ocurrido anteriormente en Chile, con lo cual la trampa vicia completamente el resultado; siendo eso así, en el país, lejos de tener lugar una práctica que se apropie de la Constitución, sucede un desprestigio de la misma para solucionar esta situación, la solución de una asamblea constituyente se hace necesaria:

El resultado, veinte años después, es que en vez de una práctica política que se apropia progresivamente de una Constitución originalmente impuesta, lo que observamos en Chile es una práctica política cada vez más evidentemente heterónoma y por eso cada vez más desprestigiada, cada vez más identificada con intereses particulares y alejada de la voluntad del pueblo. Estamos caminando precisamente en la dirección equivocada. Es para solucionar este problema que una asamblea constituyente es necesaria. Esta última afirmación es más clara si es leída al revés: “asamblea constituyente” es el nombre que le damos a lo que puede solucionar este problema. Ya es hora, entonces, de hablar de ella.¹⁵

La pregunta acerca de la asamblea constituyente es respondida en el texto, teniendo en cuenta que en cuanto al tema constitucional la forma es la sustancia, por tanto, para definir la forma en como ha de hacerse una nueva Constitución, que es definida como una decisión que no se somete a ninguna clase de parámetro anterior (incluyendo las coordenadas de licitud e ilicitud), debemos preguntarnos acerca de la mejor forma de tomar una decisión de esa naturaleza, y la forma más adecuada de tomar ese tipo de decisiones es una asamblea:

¹⁴ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

¹⁵ *Idem*.

Entonces, ¿cómo se toma una decisión que no reconoce antecedente alguno, una decisión que reclama ser de nosotros, sin que haya formas institucionales previas para decidir por nosotros, y de modo de hacer suficientemente improbable que termine siendo un caso más de abuso de la forma constitucional? En otras palabras, ¿cómo podemos tomar una decisión todos nosotros cuando no hay un procedimiento que especifique cómo decidimos? Tiene que tratarse de un procedimiento tan participativo como sea posible, en el que los intereses de todos estén presentes, en el que cada uno tenga la misma posibilidad de participar, en el que no haya algunos más importantes que otros, etcétera. El paradigma de un procedimiento de este tipo es una decisión por asamblea.¹⁶

Una nueva Constitución implica, según lo explica el texto, partir desde cero o con una “hoja en blanco”, cuestión que evidentemente no implica negar y tomar la evolución histórica de las instituciones, sino que se refiere a que la decisión constituyente no se encuentra condicionada por decisiones o normas anteriores; en este sentido, una decisión constituyente no niega el pasado, pero no se encuentra atada a él:

Una nueva Constitución no es partir de cero en el sentido de negar la historia. Es partir de cero en el sentido de que es una decisión que no está atada a decisiones anteriores, que no está limitada en cuanto a lo que ha de decidir por reglas que le son anteriores. Nada de esto quiere decir, por supuesto, que una nueva Constitución no puede hacer propias reglas o instituciones o prácticas antiguas. Si lo hace, sin embargo, no es porque esté obligada por ellas, sino porque considera que son suficientemente adecuadas, que es precisamente la manera de afirmar nuestra continuidad con nuestra historia. Si una decisión en realidad sólo decide lo que las reglas anteriores le permiten decidir (como la de 2005), entonces no es una nueva Constitución, es una reforma constitucional.¹⁷

En este nuevo proceso de toma de decisiones, que no se encuentra atado a una decisión normativa anterior, debe tenerse en cuenta que la forma determina la sustancia, por lo que no es inocuo el modo en como ha de tomarse la decisión constitucional:

El argumento anterior pretendía mostrar por qué, cuando la pregunta es por la asamblea constituyente, no es posible responder que la asamblea es sólo un proceso, y lo que en realidad importa es el producto. El tipo de producto que

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

buscamos se anticipa en el proceso, porque el producto es lo único que puede dar luces en cuanto al proceso adecuado, de modo que hablar acerca del proceso es una manera de hablar acerca del producto.¹⁸

De este modo, el argumento de Atria a favor de una asamblea constituyente no tiene un fundamento de pura moralidad en la forma de tomar la decisión; no se trata de argumentar en torno a una única forma legítima o lícita de tomar una decisión constituyente, sino que argumentar en pro de la mejor forma de tomar una decisión de ese tipo, considerando que la forma determina finalmente el contenido:

Es decir, el argumento por una asamblea constituyente no debe ser entendido como un argumento que podríamos denominar “moral(ista)”. No se trata de que la única manera legítima de darse una Constitución sea la asamblea constituyente, de modo que cualquier otro modo será necesariamente “ilegítimo” y dará lugar a una Constitución viciada en su origen. Esto es precisamente entender la idea de Constitución o poder constituyente al derecho, como un poder normativo que, como todo poder normativo, tiene condiciones normativas de validez.¹⁹

La necesidad de realizar esta reforma constitucional tiene que ver con la presión en contra de una institucionalidad que no es apropiada por la ciudadanía, precisamente porque las trampas de la Constitución funcionan en ese sentido, es decir, la situación de descrédito institucional no ocurre a pesar de la Constitución, sino que por las disposiciones constitucionales. En este sentido, la solución a este conflicto es inevitable la pregunta relevante tiene que ver con la forma y resultado de esa solución:

La pregunta, entonces, no es si el sistema de leyes constitucionales de Pinochet y los suyos en algún momento va a ceder. La pregunta es cuándo, y en qué condiciones. Y qué es lo que se va a llevar por delante.

Porque no cabe duda de que las instituciones pueden neutralizar la agencia política del pueblo... por algunas décadas, hasta que el pueblo haya alcanzado un grado de desarrollo político suficiente. Entonces pasará... lo que tenga que pasar para que esa correlación sea restablecida. “El problema constitucional tendrá que solucionarse por las buenas o por las malas”. Esto no debe ser interpretado como una amenaza, sino como un diagnóstico sombrío.²⁰

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

Ahora, de modo general, para tener una solución del problema constitucional que impida replicar trampas dentro de la Constitución, Atria propone buscar formas de acumulación de poder que escapen a la órbita jurídica, que no puedan ser percibidas desde una óptica puramente jurídica, escapando de las lógicas normativas que no pueden predicarse de una decisión constitucional, lo que denomina “volar bajo el radar del derecho”. Explicando su punto, señala:

Esto muestra el camino: se trata de crear un movimiento político suficientemente fuerte para solucionar el problema constitucional, entendido como una magnitud política real. La manera en que ese movimiento puede surgir y crecer no necesita ser ilegal, porque el derecho atiende a la forma y estamos hablando de algo que puede asumir cualquier forma, porque es pura sustancia. Se trata, en otras palabras, de usar contra las instituciones diseñadas para neutralizar al pueblo la dimensión trivializadora del derecho. En virtud de esta dimensión trivializadora es posible que un movimiento político surja y adquiera cualquier magnitud, manteniendo, dado su carácter in-forme, su invisibilidad jurídica. Para eso basta que adopte formas jurídicamente irrelevantes. Un proceso de creación de una magnitud política real puede, por así decirlo, volar bajo el radar del derecho hasta que la haya adquirido.²¹

Dentro de estas alternativas se analizan las diferentes opciones que se han planteado, tales como la “cuarta urna”, en la que se vote a favor o en contra de una nueva Constitución, siendo el problema de esta alternativa que requiere de una reforma constitucional, cuestión que se mueve en las coordenadas de las “trampas” de la Constitución.

En segundo término, la idea de marcar el voto a favor de una asamblea constituyente con las letras “AC”, iniciativa que a juicio de Atria va en la dirección correcta, aunque su éxito depende de la masividad que se alcance.

Luego, también se menciona la posibilidad del llamado a un plebiscito constitucional, convocado por el presidente de la República, con las complejidades institucionales que ello implica, incluyendo la licitud de la decisión del presidente y las atribuciones que tiene para convocar a un acto de estas características.

La pregunta que sigue a este análisis es: ¿qué hacer una vez que se haya cumplido con la creación de una magnitud política real y suficiente? Ante esto se señala que la asamblea constituyente igualmente puede volar bajo el radar del derecho hasta el final, ejemplificando lo anterior con la estrate-

²¹ *Idem.*

gia de transformar a la elección de concejales en una elección de asamblea constituyente:

Esta es una falsa disyuntiva, y mostrarlo nos permite continuar ilustrando la idea de buscar creativamente formas de manifestación del pueblo en el contexto de una institucionalidad diseñada para neutralizarlo. Una asamblea constituyente también puede volar bajo el radar del derecho. Basta pensar, por ejemplo, un anuncio hecho por el presidente de la República de que después de la siguiente elección municipal convocará a los concejales que resulten electos a discutir sobre una nueva Constitución. Ese anuncio implicaría que la elección de concejales se transformaría en la elección de una asamblea constituyente de más de 3000 miembros, elegidos por sufragio universal y con sistema proporcional.

No hay, desde luego, nada ilícito en que el presidente convoque a todos los concejales a discutir cuestiones sobre las cuales el presidente quiera recabar su opinión. Si el anuncio presidencial fuera realizado con suficiente antelación, eso implicaría transformar la elección municipal en una elección constitucional. Quienes deseen formar parte de la asamblea constituyente podrán postularse sabiéndolo, y la campaña adoptaría de hecho un contenido constitucional. Todo esto ocurriría sin necesidad de modificar norma alguna, sin necesidad de crear un mecanismo especial para la formación de una asamblea constituyente, lo que quiere decir: es una forma “institucional” de convocar a una asamblea constituyente que a pesar de eso está a salvo de las trampas del capítulo XV. Las reglas vigentes incluso especifican el modo en que todo esto puede ser regularmente financiado: bastaría que el presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, declare que el hecho de que el pueblo se haya manifestado consistentemente rechazando las leyes constitucionales de Pinochet y demandando una nueva decisión constitucional, pero que de hecho siga viviendo bajo esas leyes constitucionales, constituye un estado de “calamidad pública” (calamidad=“estado de desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas”, según la RAE) o de “conmoción interna” que justifica disponer, para atender a la “necesidad impostergable” de enfrentarlo y solucionarlo, de hasta el 2% del presupuesto nacional (artículo 32, No. 20, del texto constitucional hoy vigente).

Es importante destacar que transformar de este modo una elección municipal en una elección constituyente no es necesariamente la mejor opción desde el punto de vista de una asamblea constituyente; tiene, sin embargo, la ventaja de que está a salvo de la acción obstruccionista de la derecha.

La “asamblea” convocada por el presidente de la República deberá entonces deliberar hasta llegar a una nueva decisión constitucional, la que usualmente se reducirá a un texto. Del modo explicado más arriba, ese texto puede ser sometido a plebiscito. Sólo entonces, una vez que una asamblea plenamente representativa de todos los chilenos ya ha tomado una decisión

constitucional que no debe nada a las leyes constitucionales de Pinochet, que esa decisión se ha escriturado, y que el pueblo especialmente convocado a ese efecto ha aprobado ese texto, será hora de declarar la institucionalidad de Pinochet superada por el pueblo mismo.²²

El planteamiento de Atria presenta algunos problemas que lastran sus presupuestos teóricos y metateóricos, todo bajo la evidente seducción causada por Schmitt,²³ a saber:

- 1) La dicotomía forma-sustancia.
- 2) La diferenciación entre Constitución y leyes constitucionales.
- 3) La ligazón entre Constitución y poder constituyente del pueblo.
- 4) El abuso de la forma constitucional en la Constitución vigente.
- 5) La demonización del pacto subyacente a la Constitución.
- 6) Una suerte de “ADN” de la Constitución, consistente en la forma-sustancia de adopción de decisiones por el entramado institucional, consistente en tres cerrojos y un metacerrojo, con la consabida desconfianza de este autor en los derechos fundamentales, en especial en los derechos sociales.
- 7) Una trivialización evidente de la ilegitimidad de origen de la Constitución vigente.

El conjunto de problemas que nos limitamos a enunciar da cuenta de las limitaciones teórico-metodológicas e ideológicas del autor. Teórico-metodológicas en razón de su deuda con el decisionismo de Schmitt, que lo lleva a negar que el derecho en general y el derecho constitucional es forma, y que la legalidad descansa en las formas, derivando de ella una legitimidad específica como observó Weber a propósito del Estado burgués de derecho; y la sustancia corresponde al proceso político real a la facticidad. Asimismo, hace tabula rasa de la distinción entre Constitución formal y Constitución material, y de la Constitución como un subsistema normativo.

²² *Idem.*

²³ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982. Por la vía puramente ejemplar, la queja de Schmitt acerca de la relativización del concepto de Constitución en cuanto forma y no en concepto unitario (pp. 37-44); la distinción entre Constitución y ley constitucional (pp. 45-57); la crítica a la idea de pacto (pp. 80-92), y la definición misma de Constitución y poder constituyente como “voluntad política” capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el “modo y forma de la propia existencia política” (pp. 93 y 94). Corona el influjo schmittiano la relativización del concepto legitimidad (pp. 104-107). Con todo, Atria se aparta del “realismo decisionista” de Schmitt al sólo admitir el poder constituyente popular.

A estos problemas se suman los aciertos de Atria al abordar la Constitución vigente como una “Constitución tramposa”, a saber:

- 1) Se emprende un intento muy solvente de definir lo importante o fundamental para hablar de nueva Constitución.
- 2) El desarrollo de una crítica muy coherente, aunque no novedosa, de los tres cerrojos (binominal, leyes de súper-mayorías y Tribunal Constitucional) y un metacerrojo (quórum reforzados ordinarios y extraordinarios que permiten bloquear la reforma sustantiva de la Constitución), componentes institucionales albergados en la Constitución.
- 3) Concebir una nueva Constitución a partir de una “hoja en blanco”, recogiendo la expresión usada por el ex presidente de la República Ricardo Lagos Escobar al reevaluar el alcance “histórico-político” de la reforma constitucional de 2005, superando el argumento cuantitativo que majaderamente nos recuerda que la Constitución vigente ha sido archi-reformada.

Finalmente, la carta de navegación de Atria, sometida a la lógica de la “profecía auto-cumplida” que descarta radicalmente las posibilidades de la reforma total de la vieja Constitución, propone una asamblea constituyente desatada o unida a un “plebiscito constitucional” a través de un camino: “volar bajo el radar del derecho”. La profecía se resume en palabras de Atria: “Si la cancha es tramposa, el problema no se puede solucionar jugando en esa cancha” (diario electrónico *El Mostrador*, 8 de octubre de 2013). Esta carta de navegación (dado que no sólo es una descripción de las trampas de la Constitución sino una guía para la acción) se niega a observar el dominio de la facticidad en la construcción de legalidad constitucional en procesos transicionales o revolucionarios; se expone al juicio crítico de vulgarizada expresión de los “resquicios constitucionales”, en especial en el Anexo de libro cuando aborda la hipótesis de convocatoria a plebiscito constitucional por decreto.

Podríamos agregar, haciendo tabula rasa acerca de la archisabida profesión ideológica de Schmitt, brillante jurista germano muy dado a las trampas, que el uso por Atria de una mala teoría da como resultado una mala práctica; aunque en su descripción de la “Constitución tramposa” resulta muy acertado.

En sentido similar a lo resumidamente expuesto a propósito del libro *La Constitución tramposa*, Atria, Larraín, Benavente, Couso y Joignant, en el libro *El otro modelo*, sostienen:

La manera en que entendemos los llamados a una asamblea constituyente es que el país necesita contar con un nuevo “momento constitucional”... es decir, un hito en la historia nacional en que se reconoce que es necesario revisar profundamente las instituciones que regulan la forma en que se desarrolla la política “normal”.

Agregan:

...es necesaria una Constitución que permita que la voluntad popular pueda manifestarse institucionalmente en función de la dinámica y requerimientos propios de una sociedad que cambia y progresa. Es decir, una nueva Constitución no puede imponer a los adversarios de Pinochet un terreno de juego tan desequilibrado que finalmente lo único que puedan hacer sea lo mismo que sus adversarios harían si ellos hubieran ganado (pp. 113 y 114).

Estos autores, después de descartar que una asamblea constituyente en Chile se asemeje a la Venezuela o países “bolivarianos”, asemejándola más bien, conjeturalmente, como es obvio, a los casos de España, Colombia e Islandia, destacan una idea valiosa: una nueva Constitución no lo es por su texto solamente, sino por cómo “estructura el proceso político”; lo que permitiría calificar la carta como nuestra y acreedora de “patriotismo constitucional”. Tal cambio en el proceso político y real legitimidad constitucional hacen prever, para estos autores, muy difícil que la derecha abandone las trampas de la vieja Constitución, y agregan: “...esperar de la derecha los votos para aprobar una nueva Constitución supone un grado de responsabilidad cívica por parte de ella, difícil —aunque no imposible— de imaginar” (p. 117).

La permanencia de la vieja Constitución para estos autores terminará dañando la legitimidad y estabilidad de todas las instituciones del sistema político; profetizando que la democracia termina mal y surgiendo líderes carismáticos que no son institucionales, produciéndose “convulsiones políticas que cada cuarenta o cincuenta años han ocurrido en nuestro país desde la Independencia” (p. 120).

Finalmente, estos autores hacen una conexión entre la vieja Constitución y el modelo económico neoliberal implantado por la dictadura, y que se refleja no sólo en el reparto de lo público/privado vía subsidiariedad estatal, sino a través de sólidos y garantizados derechos civiles de contenido patrimonial, y la instalación de “autonomías constitucionales” dedicadas a salvaguardar el orden económico/orden constitucional, a saber: el Banco Central y el Tribunal Constitucional. Las trampas de la vieja Constitución

coadyuvan a este orden: sistema electoral “binominal”, el predominio de las leyes de súper-mayorías y la competencia preventiva del Tribunal Constitucional; de suerte que: “...cada una de ellas, pero sobre todo las tres juntas, cumplen un papel de resguardo del modelo, garantizando su permanencia independientemente de quién gane las elecciones” (p. 352).

III. CONTROLES DEL PODER CONSTITUYENTE

La reforma constitucional, parcial o total, y otras figuras relacionadas como la mutación constitucional ponen a salvo la soberanía de la Constitución, aun cuando prevean mecanismos de participación popular como el referéndum, o inclusive la asamblea constituyente. Con todo, puede ocurrir que la soberanía de la Constitución no pueda ser salvada, ya no por sus “guardianes togados” o guardianes a secas, sino por un proceso constituyente de cambio en que la política (facticidad) puede más que el derecho (normatividad); y en tal caso, es la hora de la soberanía popular y del poder constituyente originario democrático, o es la hora de las autocracias, que abarcan una variopinta gama de regímenes: desde los autoritarios hasta los totalitarios, pasando por todo tipo de cesarismos y populismos. En este orden de ideas, Pedro de Vega nos dice: “El conflicto, sin embargo, entre soberanía popular y la soberanía de la Constitución estallará inevitablemente desde el momento en que respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia se hace necesario introducir modificaciones en la legalidad fundamental”.²⁴

Como hemos sostenido en otro lugar, el proceso constituyente en nuestro país está ligado a una operación constituyente abierta a dos caminos de cambio constitucional genético de una nueva Constitución: la reforma total de la vieja Constitución o poder constituyente derivado en el marco del capítulo XV de la Constitución, o bien el poder constituyente originario, ejercido a través de la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o el referéndum constituyente, y vehiculado por los poderes instituidos a través de actos estatales. O lo que es lo mismo, frente al nudo gordiano del capítulo XV de la Constitución y la política constitucional del bloqueo de poder; lo que queda es desatar o cortar el nudo. De lo contrario estamos expuestos a un ejercicio inútil de reformar una Constitución sometida a bloqueo, en

²⁴ De Vega García, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 20. También un abordaje sistemático en nuestra lengua y clásico de Posada, Adolfo, *La reforma constitucional*, Madrid, Editorial Victoriano Suárez, 1931, p. 254.

que lo enmendable lo define quien tiene en sus manos el dispositivo de bloqueo. Tal diseño asimétrico de poder no permite construir una política de democrática y una política constitucional basada en auténticos consensos y disensos, sólo permite un falso consenso y reformas a cuentagotas, que en nuestro país superan las 30 leyes promulgatorias desde 1989.²⁵

En cuanto al poder constituyente derivado la vieja Constitución de 1980/2005, fija las reglas de competencia a que debe someterse; descansaría esta potestad en el dogma de la soberanía de la Constitución. Y en cuanto a los controles imperantes, se impone toda la panoplia de controles del Estado de derecho: controles sociales, controles políticos y naturalmente los controles de juridicidad. Nos interesa un tipo de control: el control jurídico en sentido lato, en especial el control de constitucionalidad y el control de legalidad.

El control de constitucionalidad de actos estatales descansa en una taxonomía de infracciones posibles a las normas iusfundamentales, que en términos simples puede ser enunciada como una triada de vicios o infracciones de reglas: vicios de inconstitucionalidad material o de fondo; vicios de inconstitucionalidad formal, y vicios de inconstitucionalidad competencial; taxonomía que descansa en el contenido de las normas iusfundamentales con un lejano eco en la clásica distinción entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución, de Giner y Calderón, y que Posada universalizó en nuestra lengua. En cambio, el control de legalidad es eminentemente *ratione materiae* y formal, y descansa en los elementos basales siguientes: órganos e investidura, competencia, procedimiento y acto estatal, que se proyectan en planos materiales o funcionales, territoriales, personales y temporales.

El control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, de naturaleza o tipo abstracto, de oportunidad preventivo y de activación facultativo, en los términos del núm. 3 del artículo 93 de la Constitución, se limita en el control de legitimidad constitucional del proyecto de reforma a la inconstitucionalidad fundada en vicios de forma; es decir, concierne a infracciones de las reglas iusfundamentales de competencia procedimental (iter procedimental; quórum reforzados, ordinario o extraordinario) para el ejercicio de la potestad constituyente derivada. Este control de constitucionalidad formal recae en proyectos de reforma constitucional y no en la ley promulgatoria de la reforma, la cual no es objeto de control de constitucionalidad represivo vía acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad. En

²⁵ Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, pp. 511-540.

este sentido, no cabe confusión entre la posición jerárquica suprema de la reforma constitucional y la posición jerárquica de su instrumento promulgatorio: la ley. Tal confusión sería equivalente a la que se produciría de no distinguir entre la ley y el decreto promulgatorio de la misma.

Circunscribir el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional abstracto, preventivo y facultativo de la reforma constitucional a los vicios de forma, se ajusta a su conformación iusfundamental, ya que la potestad de reforma constitucional del capítulo XV de la Constitución carece de límites, a saber: límites temporales, límites materiales efectivos y la competencia normativa de la potestad constituyente no posee un dominio normativo iusfundamental predeterminado. No nos haremos cargo de la argumentación clásica acerca de la autorreferencia de Merkl y Ross (posibilidad de reformar las normas de reforma), una exquisitez dogmática que no viene a cuento, y que en manos de un jurista “experto” puede servir para hacer logomaquia jurídica.²⁶ Por otra parte, no tiene cabida en nuestro ordenamiento postular “normas constitucionales inconstitucionales”, como si hubiere un derecho supraconstitucional limitativo de la reforma constitucional, más allá del lastre neoiusnaturalista de la doctrina clásica de Bachoff, que al término de la Segunda Guerra Mundial tanto predicamento adquiere en la República Federal de Alemania y en Europa, y que contemporáneamente en las últimas dos décadas en nuestra América adquiere redoblado vigor en manos del neoconstitucionalismo.²⁷

Análoga caracterización merece el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional de tipo o naturaleza abstracto, de oportunidad represivo y de activación facultativo, de un decreto con fuerza de ley o decreto que fije texto refundido, coordinado y sistematizado de la carta según lo dispone el núm. 4 del artículo 93 de la Constitución; en la medida en que la jurisprudencia administrativa entiende que se trata en esos casos no de de-

²⁶ Zúñiga Urbina, Francisco, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 415-434. En contra, Nogueira Alcalá, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 435-455. También en nuestro medio una síntesis del debate en Henríquez Viñas, Miriam, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, *Anuario de Derecho Público*, 2011, pp. 461-477. Un tratamiento contemporáneo, comparatista y sólido en el libro de Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda*, Argentina, Ediar, 2007, pp. 486-493 y 552-560. Sobre el problema de la autorreferencia es obligado citar a Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.

²⁷ Bachoff, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, trad. de L. Álvarez A., Perú, Pa-lestra, 2008.

cretales sino de decretos con fuerza de ley (dictámenes CGR 25967/1987, 15308/1990 y 6396/1993).

Se sitúa así el control de constitucionalidad de la reforma constitucional (resultado del ejercicio del poder constituyente derivado) en línea con los controles concernientes a las fuentes formales del derecho pertenecientes a un sistema.²⁸ Esto significa que el control de constitucionalidad es un dispositivo de garantía del derecho de la Constitución y de los principios de constitucionalidad de supremacía, valor normativo y eficacia normativa de éste, con referencia a un sistema normativo; y en tal medida, al asegurar su integridad está asegurando un encadenamiento de validez de la producción de normas. En ese circuito en Chile, la reforma constitucional sólo tiene resguardos de forma en su producción (límites formales).

Por otra parte, el control de legalidad de la Contraloría General de la República está circunscrito al eventual decreto que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, y en relación con la reforma constitucional misma contenida en una ley promulgatoria, corresponde la anotación de la ley, que en rigor no es un control jurídico.²⁹ El control de juridicidad vía toma de razón del decreto que fije el texto refundido, coordinado y sistematizado (DFL) se verifica en el marco de la habilitación constitucional dada al presidente de la República para su dictación, lo mismo que el alcance que posea una eventual representación por inconstitucional del decreto por el contralor general de la República (incisos 2 y 3 del artículo 98 de la Constitución).

A título ejemplar, este control se produjo en un tiempo de profunda crisis político-institucional, con texto y contexto diverso al actual, en relación con el decreto promulgatorio parcial de la reforma constitucional del 15 de mayo de 1973 en materia de “áreas de la economía”. La Contraloría General de la República, mediante oficio del 2 de julio de 1973, representó

²⁸ Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del derecho*, Chile, Legal Publishing, 2009, pp. 35-37; Cordero, Eduardo y Aldunate, Eduardo, *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 35-57.

²⁹ La “Constitución” de 1980 es aprobada por la Junta de Gobierno en ejercicio de la potestad constituyente a través del Decreto Ley núm. 3.464, de 1980, sometida a ratificación pseudo plebiscitaria y promulgada por Decreto núm. 1.150, del 21 de octubre de 1980, de Interior; y la Constitución de 1980/2005 tiene su texto refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto núm. 100, del 17 de septiembre de 2005, de Segpres, que el organismo contralor calificó de DFL en la toma de razón de la decretal dictada en habilitación del artículo 2o. de la Ley núm. 20.050 promulgatoria de la reforma constitucional. Sobre este punto es ilustrativo el trabajo de Carmona, Carlos, “Los textos refundidos, coordinados y sistematizados”, en Zúñiga Urbina, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 771-810.

y devolvió al presidente de la República tal decretal, haciendo presente su “ilegitimidad”; a lo que se agrega la sentencia que declara la incompetencia en relación con el conflicto constitucional, decidida en voto dividido por el Tribunal Constitucional de la época frente al requerimiento del jefe de Estado (STC, rol núm. 15, del 30 de mayo de 1973).

Sin embargo, el ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos, tales como la asamblea constituyente, congreso constituyente y el referéndum constituyente, escapa a la “competencia de la competencia”, se somete a una “legalidad”, “legalidad constitucional” o juridicidad *in fieri*, contando incluso en ocasiones con eslabones con el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar fuera de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio sólo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad. En concordancia parcial con nuestro planteamiento, Nogueira Alcalá señala: “La actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado...”. El poder constituyente es un “poder político extralegal”, actúa antes de la legalidad que pretende fundar y es el origen de la “Constitución normativa”.³⁰ Luego, más allá del análisis del ordenamiento jurídico y su modo de producción normativa o de recepción normativa del derecho anterior, la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias, procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles.

Lo anterior hace muy difícil abordar desde la teoría de la Constitución y su arsenal de conceptos, taxonomías y esquemas (e ideologías subyacentes) periodos transicionales, revolucionarios o simplemente de cambio; ámbitos que usualmente son abordados por la ciencia política. La contraposición facticidad-normatividad nos recuerda las miserias del método jurídico-formal. Tales miserias son o pueden ser para los juristas una fuente de permanentes insatisfacciones; pero es un cable a tierra que nos pone a salvo del sincretismo metodológico, del sociologismo y del enciclopedismo, y nos sitúa en la realidad (positividad). El conocimiento científico normal de la ciencia del derecho posee una perspectiva modesta acerca del tipo de conocimiento producido, el que permite comprender, acumular, ordenar y someter a crítica el objeto disciplinario: el derecho positivo. En la política y los procesos políticos, la ciencia política y la sociología tienen la palabra, e invitan a la colaboración disciplinaria.

³⁰ Nogueira A., Humberto, *op. cit.*, p. 547. En el mismo sentido Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 95 y 96.

Esta última conclusión acerca de la relación facticidad-normatividad centrará nuestra reflexión a continuación de este trabajo. No abordaremos el proceloso tema de una teoría jurídica de las revoluciones, el repetido debate acerca de si es hecho o fenómeno jurídico, el de un supuesto “derecho a la revolución” o el archirrepetido tema de los gobiernos de facto relevantes para la continuidad del Estado, reconocimiento y responsabilidad estatal.³¹

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO. EL “MISSING LINK” ENTRE NORMATIVIDAD Y FACTICIDAD

A riesgo de repetir, con afanes simplemente sistémico-descriptivos, la operación constituyente comprende tanto desatar como cortar el nudo gordiano de las reglas acerca de la “competencia de la competencia”, y no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución; está abierta, agotada o fracasada que fuere la fórmula de reforma constitucional, a recurrir al poder constituyente originario expresado procedimentalmente en un medio o mecanismo democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente). En efecto, la operación constituyente comprende el fin y los medios; el fin es una nueva Constitución, y los medios: una reforma constitucional total que englobe las pendientes reformas de primera generación y las reformas de segunda generación, lo que es posible, ya que el capítulo XV de la Constitución vigente admite la reforma parcial y total, sin límites materiales, temporales o competenciales; o bien una nueva carta obtenida mediante el recurso al poder constituyente originario democrático.

La operación constituyente permite hacer frente al problema constituyente, sometido a un permanente bloqueo derivado de la rigidez o híper rigidez de la Constitución vigente. Paradójicamente, tal bloqueo, efectivizado a través de quórum reforzados ordinario (3/5 de diputados y senadores en ejercicio) y extraordinario (2/3 de diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere en los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV), fue el “alto precio” a pagar para hacer posible la necesaria primera reforma constitucional (1989) del ciclo reformista y que facilitó iniciar institucionalmente la transición. Un elocuente y muy reciente ejemplo del bloqueo es la suerte

³¹ André-Vincent, Philippe Ignace, *Les Révolutions et le Droit*, París, PUF, 1974. Una obra clásica de Georges Burdeau: “Traité de Science Politique”, t. III: *Le Statut du Pouvoir dans l'Etat*, 6 vols., París, LGDJ, 1950, pp. 522-595. También Herrfahrdt, Heinrich, *Revolución y ciencia del derecho. Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría del derecho*, trad. de A. Polo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

corrida por la inédita iniciativa reformista, surgida en el Senado durante 2011, de una Comisión Bicameral (aprobada el 4 de enero de 2012 por la cámara alta y sin respuesta en la cámara baja), iniciativa ideada en la senda de desatar el nudo gordiano, iniciativa que ya fracasó o en el mejor de los casos se encuentra en el congelador.

Tal bloqueo se proyecta a las leyes de “súper-mayorías” (leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado) que, fundadas en un principio de competencia o distribución de materias de dominio legal, introducen una anómala súper-legalidad de espuria naturaleza y funcional a la proyección del régimen autoritario y a la protección de las minorías en razón de una herencia autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico. Huelga agregar que buena parte de esa legislación de “súper-mayorías” fue dictada bajo el régimen autoritario, es decir, decretos leyes que adoptan el *nomen iuris* de leyes. Otro elocuente ejemplo del precio a pagar en esta lógica del bloqueo, por reformas a la Constitución como la de 2005 promulgada por la Ley núm. 20.050, es el quórum reforzado que obtuvo la legislación orgánico constitucional electoral, soportante de la fórmula “binominal” empírica imperante para elecciones políticas parlamentarias (disposición transitoria 13).

De esta manera, la operación constituyente se niega a ser prisionera del bloqueo y del chantaje constitucional posibilitado por los quórum reforzados que le entregan la llave de la reforma a una minoría que posea un tercio más uno (o dos quintas más uno, según el caso, en razón de los capítulos de la carta) de los votos de diputados o senadores en ejercicio, según las previsiones del capítulo XV de la Constitución, que la hace hiper-rígida; bloqueo de quienes defienden la Constitución como un parapeto o seguro contramayoritario de un modelo de organización política, social y económica, con signos ideológicos autoritarios en lo político y neoliberales en lo económico.³²

Este bloqueo no nace de una Constitución hiper-rígida surgida del pacto o de un procedimiento democrático para ser una garantía cautelar de la estabilidad normativa iusfundamental, sino que es herencia de la Constitución de 1980, autoritaria en lo político, neoliberal en lo económico y otorgada; en suma, un decreto ley iusfundamental (DL núm. 3464, de 1980) que

³² Bryce, James, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Una perspectiva crítica de la tradición de Bryce en los trabajos de Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las Constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. En cuanto al origen otorgado y autoritario de la Constitución, Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1986.

sólo posee de Constitución el *nomen iuris*, para así prolongar en el tiempo la decisión constituyente de un régimen que refundó el capitalismo sobre nuevas bases. En esta perspectiva, ya la primera reforma constitucional de 1989, promulgada mediante la Ley núm. 18.825, necesaria para abrir la transición, tuvo un altísimo “precio”: vino a consolidar los cerrojos al hacer más extendido y exigente el quórum extraordinario de reforma, aunque simplificando el iter al eliminar el doble Congreso, y vino a perfecciona los quórums de leyes de súper-mayorías.

Lo anteriormente expuesto obliga a abrirse a un proceso constituyente que, hemos dicho en otro lugar, se desencadena desatando o cortando el nudo gordiano de la Constitución, contenido en el capítulo XV de “Reforma de la Constitución”; el proceso constituyente se acopla así a las reglas denominadas “competencia de la competencia”, o en su defecto las reemplaza; porque, ciertamente, “...fuera de la Constitución no subsiste sino el hecho” (Carré de Malberg); pero su conversión en juridicidad es resultante de un proceso. El dualismo norma-hecho es basal en el entendimiento de la Constitución y el orden político, ya que como bien observa De Otto: “Lo único que la Constitución establece es un orden jurídico, un conjunto de normas que regulan el orden político real. Pero no establece un orden político, sino que éste en su forma concreta, es establecido por un conjunto de factores más amplio que la Constitución”.³³

El poder constituyente originario del pueblo o cuerpo electoral en un sistema político democrático, fuente y medida de legitimidad de sus instituciones (principio democrático), se vehiculiza en la adopción de decisiones fruto de una potestad-función constituyentes que se plasman en una Constitución formal; y tal instrumento de gobierno encuentra en la asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente, una panoplia de técnicas o mecanismos insertos en procedimientos democráticos o “populares” que incluso admiten ser usados en cuanto técnicas combinadamente.

La superioridad de la Constitución formal no sólo es fruto de una concepción sistémica del derecho y sus fuentes (Kelsen, Merkl) incardinada en el principio de jerarquía normativa, sino que también de la “magnitud política” de un poder constituyente (*pouvoir constituant*) que empalma con la fuer-

³³ Zúñiga Urbina, Francisco, “Constitución del bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, pp. 397-474; Otto y Pardo, Ignacio de, “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 402; Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de J. Lion Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 1175.

za y la legitimación (Böckenförde).³⁴ Las técnicas o mecanismos reseñados están insertos en procedimientos democráticos de ejercicio del poder constituyente, coadyuvantes de su fuerza y legitimación; configurándose como técnicas estándares de génesis de una nueva Constitución democrática.

Tales procedimientos democráticos plantean como problema la medida en que el recurso al poder constituyente originario es pura facticidad o es “juridicidad”, o lo que es lo mismo, la discontinuidad-continuidad de órdenes constitucionales que se suceden temporalmente en el ámbito estatal. Nos enfrentamos a un complejo y paradójico *missing link* entre normatividad y facticidad; y también al más contradictorio intento de encontrar límites supra y/o prepositivos al poder constituyente, obra no sólo de delirantes partidarios de las doctrinas tradicionales del derecho natural, sino también de los contemporáneos neoconstitucionalistas.

Tal continuidad-discontinuidad tiene una dimensión histórica. Relacionado con lo expuesto, Biscaretti di Ruffia se refiere a los procedimientos de formación de las Constituciones y su conexión con el “anterior ordenamiento constitucional”, distinguiendo entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”.

La distinción antes anotada entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho” es esencialmente lábil y paradójica. Lábil porque en la génesis de una nueva Constitución, más aún si es producto de un poder constituyente originario, habrá “primigeneidad” o facticidad, y su innegable fuerza normativa tiene magnitudes diversas según cada realidad histórica. Tal labilidad puede ser fruto de la imposición cuando la Constitución tiene un origen externo, como ocurre con las potencias ocupantes después de una guerra (Vergotini): como son los casos de la Constitución imperial de Japón o de la Ley Fundamental de Bonn. Paradójica es también la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”, pues en muchas situaciones históricas de cambio constitucional pacífico o transicional se establece un eslabón o vínculo entre el orden constitucional que fenecce y el que nace. Así, por ejemplo, en Italia de la posguerra se sostiene en tono burlón que es un “decreto real”, o un conjunto de decreto leyes que marcan el paso de una terminal monarquía del Estatuto Albertino a una República imbuida de los ideales del antifascismo; en Francia de la posguerra es la Ley del 2 de noviembre de 1945 la que abre paso a la IV República; en España, la última Ley Fun-

³⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1979, pp. 232-235; Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, 15a. ed., trad. de L. Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, pp. 325-332; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.

damental (Octava) del régimen franquista (Lucas Verdú); en Portugal de la revolución de los claveles (1974-1976), los acuerdos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas y los partidos que se cristalizan en actos constitucionales provisionales. Todos los casos singularizados son ejemplos de lo que se denomina un “procedimiento constituyente provisional” (Vergottini), un “periodo provisional” (Otto) o un “derecho constitucional transitorio” (Satrústegui).³⁵

Otra fuente de ejemplos del más reciente derecho constitucional comparado, algo desconocida en nuestro medio, fueron los cambios constitucionales acaecidos en Europa Oriental y la ex Unión Soviética (Biscaretti di Ruffia, Vergottini, Oehling, entre otros), después de caída del Muro de Berlín en 1989, y las peculiares características transicionales de esos países, así como el influjo del parlamentarismo racionalizado germano en dichos procesos constituyentes a la hora de implantar nuevos regímenes políticos.

Pero tal conexión de órdenes constitucionales que se suceden en el tiempo, vía un “derecho constitucional transitorio”, no es necesaria, y pende del proceso político real; y subyace a ella la exigencia política, ideológica y cultural de dar apariencia de “juridicidad” o “legitimidad” al cambio constitucional, exigencia de la que se hace eco la dogmática constitucional y los juristas “expertos”.

El “derecho constitucional transitorio” sirve de nexo entre dos órdenes constitucionales que se suceden temporalmente, uno fenece y otro nace, permitiendo así cubrir con un manto de “legitimidad” o “juridicidad” al nexo con el pasado, a la evidente, notoria y necesaria facticidad del recurso al poder constituyente originario. El derecho constitucional transitorio opera como un verdadero asilo o refugio de los defensores de la “juridicidad” en la medida en que descansa en un nexo real o ficticio de órdenes constitucionales, en un proceso constituyente de cambio.

Posee el derecho constitucional transitorio una seductora apariencia de “realidad” o “seguridad jurídica” al conectar la sucesión de órdenes constitucionales en el tiempo, en que el nexo con el pasado brinda ese manto de “legitimidad” o “juridicidad”, tan caro al estamento letrado (juristas, jueces, abogados), a las elites y a los “políticos”.

³⁵ Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 9 vols., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, t. 3. También, Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 160 y 161. Del jurista italiano Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, en especial pp. 310-318. También Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981, pp. 144-157; Lucas Verdú, Pablo, *La octava ley fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma de Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976; Satrústegui, Miguel, *El derecho constitucional transitorio*, documento núm. 5, Flacso, septiembre de 1984, p. 33.

El “derecho constitucional transitorio” mantiene a los juristas en el cielo de las ficciones, cuyo superlativo ejemplar es el ejercicio argumentativo de encontrar la fuente o pauta de “juridicidad” en el contexto interamericano, que consagraría un “derecho a la democracia”, y estipulaciones o cláusulas que fijan un parámetro democrático continental al ejercicio del poder constituyente democrático, como podrían ser los artículos 1o., 2o. y 6o. de la Carta Democrática Interamericana de OEA, que ponen en el centro de la democracia y el Estado de derecho la participación del pueblo soberano. Por ello sostenemos que se produce una verdadera paradoja al enfrentarnos a la facticidad. Otra expresión, por vía ejemplar, de ese cielo de las ficciones es admitir que una nueva Constitución sólo puede emerger de una asamblea constituyente, cuando una reforma constitucional la establezca, para así no subvertir el “orden institucional”.³⁶

La seductora apariencia del derecho constitucional transitorio no podrá ocultar en muchos casos la ocurrencia de una revolución, concepto amplio e incoloro añadimos, que “...abarca también el golpe de Estado, [que] es toda modificación no legítima de la Constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su reemplazo por otra” (Kelsen). En la situación revolucionaria, concepto amplio e incoloro, es el principio de efectividad (hechos) el determinante; así, si se impone una nueva Constitución se inaugura un nuevo sistema de reglas acerca de la producción del derecho, montada sobre una *Grundnorm*. Pero si, en cambio, se fracasa en la imposición de una nueva Constitución los autores del fracaso se hacen reos de traición u otro delito concerniente a la defensa penal del Estado y de su Constitución. Así, *verbigratia*, el mal denominado golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 (revolución en los términos amplios e incoloros de Kelsen), de haber fracasado habría hecho reos de “sedición” al tenor del artículo 4o. de la Constitución de 1925 a los “conjurados”; en cambio, el éxito de la revolución los convierte en autoproclamados “salvadores de la patria”, y a la “sedición” en una “gesta heroica” denominada “nueva independencia nacional”, cuando no aderezada de “nueva cruzada por los valores del Occidente cristiano”.

Lo que ocurre es simple, en un plano de legalidad, la diferenciación entre gobernantes y una banda criminal en un Estado va a depender de una revolución, de la sustitución de órdenes y su norma hipotética fundamental, de un “cambio de juicio de validez”; el principio de validez y de legitimidad de un sistema jurídico depende del principio de eficacia, puesto que el cum-

³⁶ Véase el breve trabajo de Quintana, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012, pp. 552-555.

plimiento u obligatoriedad de las normas de un sistema se da en un proceso de reconocimiento de su normatividad, y no necesaria o directamente de la pura fuerza.

Luego, de la paradoja de enfrentarnos a la facticidad, la doctrina constitucional contemporánea nos propone la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”; procedimientos que conectan o desconectan un orden constitucional con otro orden en el ámbito de un mismo Estado. Sólo nos resta afirmar, para no pecar de excesivo escepticismo o criticismo con la doctrina, que tal paradoja que tensiona facticidad-juridicidad va a depender del proceso político real inserto en la historia de cada país.

Sin embargo, postular la necesaria conexión entre órdenes constitucionales, que se suceden en el tiempo, para salvar su juridicidad es un verdadero sofisma en la medida en que cada ordenamiento jurídico estatal tiene una *Grundnorm* o basamento de validez hipotética que arranca de la “primigenidad” o facticidad. La *Grundnorm* confiere fundamento y soporte epistemológico al encadenamiento de validez del ordenamiento jurídico que tiene su base en la Constitución jurídico-positiva, sea formal o material. La norma hipotética fundamental, en la medida en que es una “norma” presupuesta (lógico trascendental), estatuye que debemos comportarnos de acuerdo con la Constitución, que ha sido efectivamente generada o impuesta y que es eficaz en términos generales.

Por ello, sostenemos que la conexión entre órdenes constitucionales para revestir de “juridicidad” al ejercicio del poder constituyente originario, es simplemente un recurso a las ficciones “para hacer creer” (Ross), “como si” (Pérez Serrano) o el tributo que se rinde desde el “cielo de los conceptos jurídicos” (Ihering);³⁷ recurso utilísimo a las ficciones en la ciencia jurídica, que no alcanza a ocultar la desvinculación con la realidad o simplemente con la historia. Sobre la propensión a las ficciones, podríamos advertir con Bentham: “de ninguna manera la sombra de la muralla es una muralla, una ficción no prueba nada, de algo que es falso sólo se puede pasar a algo que también es falso”.

En este cuadro, la conexión de la Constitución jurídico-positiva en su expresión formal con el principio democrático es el desafío del Estado de-

³⁷ Ihering, Rodolfo, “Jurisprudencia en broma y en serio”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933; Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pp. 134-156; Bentham, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, trad. de H. Goicoechea, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 168. También de Kelsen, Hans *et al.*, *Ficciones jurídicas*, Estudio de D. Mendonca, México, Fontamara, 2006. Finalmente, véase Pérez Serrano, Nicolás, “Las ficciones en el derecho constitucional”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 2 vols., 1984, t. I, pp. 317-372.

mocrático y su régimen político; y por cierto es el camino de una operación constituyente abierta al poder constituyente derivado o al poder constituyente originario democrático. Éste es también el desafío de una teoría de la Constitución asentada en las coordenadas de un normativismo crítico.

Una cuestión implicada en la sucesión temporal de ordenamientos jurídicos es la de la continuidad de parte del viejo ordenamiento cuando se produce interrupción en la continuidad, como la “revolución”, en la que no se da una completa solución de continuidad. Bobbio señala en este punto:

Es un hecho que, generalmente, parte del viejo ordenamiento traspasa al nuevo, y a veces no se modifican sino principios fundamentales referentes a la Constitución del Estado. ¿Cómo explicar este traspaso? La mejor forma de hacerlo es recurriendo a la figura, ya bastante explicada, de la recepción. En el nuevo ordenamiento tiene lugar una verdadera y propia recepción de buena parte del viejo; y se entienden generalmente como receptadas todas aquellas normas que no son explícita o implícitamente abrogadas. El nuevo ordenamiento no se resquebraja por el hecho de estar constituido en parte por normas del viejo ordenamiento: las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen sólo materialmente al primero, pues formalmente son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido que éstas son válidas no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino con base en la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo. La recepción es un acto jurídico con el cual un ordenamiento acoge y hace suyas normas de otro ordenamiento, de donde estas normas permanecen materialmente iguales, pero dejan de serlo en cuanto a la forma.³⁸

V. CONTROL DE JURIDICIDAD POSIBLE

Lo anteriormente expuesto viene a significar en términos simples y muy sumariamente que el poder constituyente originario carece de controles de juridicidad propios de poderes constituidos del Estado sometidos a un sistema jurídico. Esta afirmación puede resultar una obviedad a la luz de la doctrina de la soberanía y del principio democrático, así por lo demás lo entiende la doctrina clásica de Siéyès en su exposición ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional del 20 de julio de 1789: “El poder constituyente todo lo puede... no se encuentra de antemano sometido a

³⁸ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo A., Madrid, Debate, 1991, 1992, pp. 264 y 265.

ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que él mismo le pudiera adoptar”.

El poder constituyente es soberano, prejurídico, es ejercido sobre tabula rasa. Nos recuerda Linares Quintana, argumentando, pero sin ser coherente, y en línea con Schmitt y Recaséns Siches: “El poder constituyente originario es ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de orden positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes”. Observa Schmitt que el poder constituyente no es constituido en una Constitución, tiene con la Constitución vigente un nexo de poder fundador, es un poder “unitario e indivisible”, es la base de todos los poderes.³⁹ En cuanto a su ejercicio, se orienta en una tradición puritana de participación de la comunidad (pacto de gracia que deviene en pacto político o *covenants*) en que la soberanía no puede ser objeto de representación o delegación; o en una tradición democrático representativa, y allí emergen los institutos o mecanismos del referéndum constituyente y de la asamblea constituyente o congreso constituyente. El fruto del ejercicio del poder constituyente es la Constitución, que invisibiliza a la soberanía popular, instaurando una regla básica de competencia de clausura al permitir la reforma constitucional.

En cambio, el poder constituyente derivado es constituido (órganos, competencia, procedimiento y actos o decisiones estatales) por la Constitución; los límites y controles (sociales, políticos y, en especial, jurídicos) están fijados en el ordenamiento jurídico y operan como dispositivos de defensa de éste. La Constitución como subsistema normativo tiende a la estabilidad normativa y permanencia temporal, para lo cual los principios de constitucionalidad (supremacía, valor normativo y eficacia normativa) afirman su propia sustantividad y supraordenación en los sistemas normativos, y la rigidez constitucional le confiere protección y posibilidad de adaptación a la cambiante realidad; al igual que un sistema de garantías procesales (la jurisdicción constitucional), le aseguran su imperio. La técnica de la reforma total emerge junto a la reforma parcial, como una necesaria válvula de escape frente al agotamiento de un orden constitucional, y por ende no merece

³⁹ Linares Quintana, S., *op. cit.*, t. III, p. 215; Schmitt, Carl, *La dictadura*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 182-189. Del mismo Schmitt, *Teoría de la Constitución*, presentación y trad. de F. Ayala, epílogo de M. García Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 94 y 95.

crítica teórica, pero “su valor práctico puede ser pequeño” (Loewenstein); advirtiéndose que en situaciones críticas o rupturistas puede producirse una “transformación radical”.⁴⁰

La observación crítica que es menester hacer a la técnica de la reforma constitucional, total y parcial, prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente, es su déficit democrático, ya que la hipótesis de plebiscito o referéndum del inciso cuarto del artículo 128, en la que el pueblo se pronuncia acerca del desacuerdo de los órganos del constituyente derivado (veto total o parcial del presidente de la República rechazado por la cámaras y con insistencia de dos tercios de sus miembros en ejercicio en el texto aprobado por éstas), es una hipótesis de laboratorio. Así, este déficit democrático no guarda relación con el Congreso Nacional como estructura orgánica democrático-representativa, sino con la prácticamente nula participación popular. La exclusión del sujeto de la soberanía popular del poder constituyente derivado impide que la técnica de la reforma constitucional contribuya a la educación política y a la integración política (Loewenstein); alejando así la formación de un “sentimiento constitucional” (Loewenstein) o de un “patriotismo constitucional” (Habermas).

Luego, el déficit democrático popular de la técnica o procedimiento de reforma constitucional sí es proyección del régimen autoritario como un amarre o camisa de fuerza impeditiva del sujeto pueblo como árbitro efectivo de las diferencias de los poderes constituidos de la reforma, y que la primera enmienda de 1989, promulgada mediante Ley núm. 18.825, no vino sino a consolidar, en la medida en que paradójicamente la potestad “constituyente” residenciada en la Junta de Gobierno de la época sí requería aprobación plebiscitaria (disposición transitoria decimoctava, letra A, de la Constitución de 1980, o DL núm. 3.464). Sólo resta en este punto afirmar con Loewenstein: “Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”.

Sin embargo, la nueva Constitución fruto de un poder constituyente originario fija las bases de su propia “legalidad” o “constitucionalidad”, con o sin derecho constitucional transitorio, o lo que es lo mismo, con o sin contentar a los juristas situados en el cielo de los conceptos, sea el cielo de las puras formas o el cielo de la sustantividad naturalista. En el orden interno, el poder constituyente es soberano, no pesa sobre él obligación alguna, puede fundar un orden radicalmente nuevo (Eisenmann). Incluso más límites impuestos por un poder constituyente al ejercicio futuro de poderes constituyentes, en rigor no limitan ni pueden limitar de manera definitiva

⁴⁰ Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 185.

e intangible el mismo poder, ya que no puede existir una regla de derecho jurídicamente inmutable o irrevocable; sí puede existir el aseguramiento de su estabilidad, y las limitaciones de naturaleza axiológica son metajurídicas y su suerte final dependerá de la realidad (Eisenmann).⁴¹

Por otra parte, los controles sociales y políticos del poder constituyente originario tendrán la extensión e inserción temporal que el proceso constituyente permita, y se adecuarán a la realidad del proceso político o de las transiciones.⁴² La crisis de legitimidad de los poderes constituidos le confiere a la opinión pública, a los medios de comunicación social, a las nuevas redes de la carretera de la información y a los movimientos sociales, una episódica relevancia como dispositivos de control social del poder.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Para concluir, sólo resta volver a los temas abordados sumariamente en este trabajo para diferenciar el alcance de los controles en el ejercicio de la potestad constituyente, y lo que es más complejo aún, establecer si el derecho constitucional de transición puede efectivamente, uniendo pasado y futuro, arbitrar mecanismos de control.

En busca de lo obvio, la afirmación acerca de la “inconstitucionalidad” de un proceso constituyente enderezado a una nueva Constitución, por la vía de procedimientos ajenos a la reforma constitucional (como la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente), es una afirmación que no se sostiene desde el análisis de derecho positivo de los sistemas jurídicos; pues las bases de tal proceso están en la facticidad, en la política. La Constitución es sólo la forma del poder, ordena el proceso político en sus bases, no lo establece.

Asimismo, sostener que tal proceso constituyente y tales procedimientos situados en el poder constituyente configurarían un “fraude constitucional” es un error conceptual garrafal, al menos empleando el término en su acepción teórico-metodológica disciplinaria consolidada hace más de medio siglo (Burdeau). El “fraude a la Constitución” es toda manipulación de normas constitucionales para producir su reforma o modificación

⁴¹ Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, Económica, 1898, pp. 9-11.

⁴² La clasificación de controles del poder político estatal: sociales, políticos y jurídicos, entendidos como garantías de positividad y validez del derecho, se extraen de Jellinek, Jorge, *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 591-596.

sin sujeción de verdad a los procedimientos establecidos. El concepto fue empleado por G. Liet-Veaux al estudiar la transición o “revoluciones” de Alemania (República de Weimar y su Constitución de 1919), Italia (monarquía del Estatuto Albertino de 1848) y Francia (III República y sus leyes constitucionales), de repúblicas o monarquías parlamentarias a regímenes totalitarios, en que utilizándose la legalidad y la Constitución se instauran nuevos regímenes políticos; mediante el mecanismo de leyes o decisiones de excepción, como el archiconocido artículo 48 de la Constitución de Weimar. El elemento común del “fraude a la Constitución” es la destrucción de la democracia, utilizando su legalidad constitucional con “...respeto a las formas para atacar el fondo...” (Liet-Veaux).⁴³

En el campo de lo no tan obvio, del estamento letrado y de las elites en gran medida se escribe o escucha, a veces *sotto voce*, que el recurso al poder constituyente originario importaría un “quiebre institucional”, haciendo tabula rasa de la relación compleja y dialéctica entre normatividad y facticidad. A quienes preocupa o temen un “quiebre institucional”, les puede cautivar el recurso a las ficciones tan propio del estamento letrado. Ubicuo a las ficciones es la presencia de un derecho constitucional transitorio, la búsqueda de un eslabón entre el orden constitucional que fenece con el orden constitucional que alumbraba. En dicha búsqueda se puede incurrir incluso en el peligro de construir figuras gaseosas que se asemejan a los “resquicios” constitucionales; que terminan llevando agua al molino de los “guardianes” togados o no togados de un orden constitucional condenado a fenecer.

Por ello sostenemos que sí, en cambio, vale la pena hacerse cargo de esta verdadera paradoja: los juristas expertos habitantes del cielo de los conceptos, como antes decíamos, buscarán una conexión o eslabón entre el orden constitucional que fenece y el orden constitucional que alumbraba; eslabón que le dé una apariencia de legitimidad-legalidad al cambio constitucional, como puede ocurrir con la apelación al artículo 5o. de la Constitución vigente o a la conversión de una elección administrativa de concejales en una asamblea del pueblo, para así fundar un referéndum constituyente o una asamblea constituyente.

⁴³ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de R. Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 82-87. Del mismo Burdeau, *Traité de Science Politique...*, cit., pp. 264-267. Véase Liet-Veaux, George, “La fraude á la Constitution”, *Revue de Droit Public et de Science politique en France et l’Etranger*, París, t. 58, año XLVIII, 1942, pp. 116-150, traducida al español por Sergio Díaz Ricci bajo el título “El ‘fraude a la Constitución’. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia”, *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, Lima, enero-junio de 2005, pp. 11-43.

Tal búsqueda del eslabón o conexión tiene un tufillo a “resquicios constitucionales”, al devenir en incapaz de entender que subyace al poder constituyente originario una ruptura del fundamento de validez del sistema de normas, ruptura que podríamos denominar con Kelsen con un término amplio e incoloro de “revolución”, o con Sánchez Viamonte con un término sugerente: “primigenidad”, que no es más que facticidad, que en el proceso constituyente construye *in fieri* una legitimidad y una legalidad. Paradójicamente, la carta de navegación propuesta en nuestro medio por Atria en su magnífico libro *La Constitución tramposa* está en la senda de la búsqueda de ese eslabón perdido, que le da apariencia de constitucionalidad a la asamblea constituyente, a través de un “plebiscito constitucional”, aparentemente inexpugnable al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional; dejando así abierta la puerta para la acusación de tratarse de un “resquicio constitucional” e invitando a los guardianes togados a anticipar juicio pretoriano de acrecentamiento de su competencia dirigida a ejercer el control de constitucionalidad.

Para explicar los sistemas normativos, su fundamento de validez positiva, sus discontinuidades y sucesiones temporales, debemos recurrir a la teoría del derecho y de sus fuentes, situando en ese esquema el lugar del poder constituyente originario. De esta manera, para explicar la ruptura de fundamento de validez podemos recurrir a la norma fundamental, que establece la obligación de obedecer al poder originario, que es, en palabras de Bobbio, “...el conjunto de fuerzas políticas que en un determinado momento histórico toman ventaja e instauran un nuevo ordenamiento jurídico”.⁴⁴ Luego, el principio democrático hace la diferencia en esta debatida cuestión, al introducir en el soporte de la Constitución jurídico positiva la soberanía popular (poder constituyente originario democrático), y no ya la fuerza desnuda o violencia. En esta conexión radical adquiere pleno sentido el empleo de la distinción clásica entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio del poder político.

Una paradoja a título puramente episódica, pero ilustrativa por concierne a un régimen ampliamente denostado en nuestro medio por juristas “expertos”, elites y medios de comunicación social, se da en el establecimiento de la V República vía una Constituyente partera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; precedida de la investidura de 1998 del extinto presidente Hugo Chávez Frías, quien anunciando un

⁴⁴ Usamos un término amplio e inclusivo como el de Kelsen y no asociado a procesos histórico-políticos de cambio más o menos radical como el usado por Burdeau, que supone además un cambio en la “idea de derecho”, o el empleado en la historia por Crane Brinton. Véase Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., p. 184.

nuevo orden constitucional, practica su juramento agregando en la fórmula sacramental: "...sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas..."; buscando así un eslabón de conexión entre órdenes constitucionales que se suceden, lo que no termina de ocultar la realidad "revolucionaria" del nuevo orden.

Puestos a comparar el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, Pedro de Vega resume:

El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento, claro es, modificar, transformar y destruir, incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como *res facti, non juris*... A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre. Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución.⁴⁵

En este punto es muy relevante destacar que el proceso constituyente no se desenvuelve en la nada, posee de suyo una conexión institucional. Así, a pesar de la facticidad o tosca materia de la política, el proceso constituyente es desenvuelto usualmente por poderes constituidos, los que utilizarán sus potestades y actos estatales (la ley y las decretales) para hacer posible el ejercicio de la potestad constituyente, y salvaguardar el carácter de procedimientos democráticos que poseen el referéndum constituyente, la asamblea constituyente y el congreso constituyente. Tal usual injerencia de poderes constituidos le confiere al proceso constituyente una componente de "institucionalidad"; lo que es mentís al vacío o la nada.

En este horizonte cercano emerge con fuerza la necesidad de identificar una operación constituyente, en medio del proceso constituyente, abierta a las opciones del poder constituyente derivado y del poder constituyente originario, es decir, institucional y claramente identificable con un procedimiento democrático genético de una nueva Constitución. En este cuadro, la reforma total de la vieja Constitución en cumplimiento de la forma prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente es el camino del poder constituyente derivado, o en su defecto, la convocatoria a referéndum acerca de la necesidad de una nueva Constitución y de la elección de una asamblea constituyente a tal efecto es el camino del poder constituyente originario democrático. Así, ambos caminos son democráticos, uno democrático re-

⁴⁵ De Vega, Pedro, *op. cit.*, p. 65.

presentativo y otro democrático participativo o mixto; y ambos caminos son institucionales, ya que responden a procesos políticos ejecutados por decisiones o actos estatales provenientes de poderes constituidos, uno con una legalidad o juridicidad preexistente y el otro con una legalidad o juridicidad *in fieri*.

Los controles jurídicos en el proceso constituyente estarán ligados entonces, en la medida que fueren de recibo, a la legalidad o juridicidad preestablecida para el poder constituyente originario, o la legalidad *in fieri* para el poder constituyente originario; y con su propia “institucionalidad” dichos controles recaerán en los actos estatales que correspondan, sea que asuman la forma de leyes promulgatorias de la reforma constitucional o de leyes ordinarias y decretos. Los controles jurídicos operan en sistemas normativos con base en una Constitución material-formal que fije las reglas de producción de normas en cada sistema. Por ello, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” del recurso al poder constituyente originario democrático y a los mecanismos de asamblea constituyente y/o referéndum constituyente es un mero recurso retórico, que a la luz de la teoría constitucional y de la teoría del derecho en general no es de recibo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉ-VINCENT, Philippe Ignace, *Les Révolutions et le Droit*, París, PUF, 1974.
- ATRIA, Fernando, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Chile, Debate R.H.M., 2013.
- , *La Constitución tramposa*, Chile, Editorial LOM, 2013.
- BACHOFF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, trad. de L. Álvarez A., Perú, Palestra, 2008.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, España, Trotta.
- BRYCE, James, *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, Económica, 1898.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, Argentina, Ediar, 2007.

- FRIEDRICH, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Las fuentes formales del derecho*, Chile, Legal Publishing, 2009.
- HERING, Rodolfo, “Jurisprudencia en broma y en serio”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1979.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1988.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel, 1982.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006.
- QUINTANA, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- SALAZAR, Gabriel, *En el nombre del Poder Popular Constituyente*, Chile, Editorial LOM, 2011.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- VARELA, Joaquín, *La rigidez de las Constituciones escritas*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Constitución del bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, año 2000.
- , “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006.
- , “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013.