

AÑO I NÚM. 3 AGOSTO-DICIEMBRE DE 2011

HEURÍSTICA

JURÍDICA

ÓRGANO DE DIFUSIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO,
FILOSÓFICO Y SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS



UACJ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ
Instituto de Ciencias Sociales y Administración
Departamento de Ciencias Jurídicas



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ

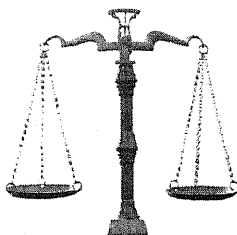
Javier Sánchez Carlos
RECTOR

David Ramírez Perea
SECRETARIO GENERAL

Servando Pineda Jaimes
DIRECTOR GENERAL
DE DIFUSIÓN CULTURAL Y DIVULGACIÓN CIENTÍFICA

René Javier Soto Cavazos
DIRECTOR DEL INSTITUTO
DE CIENCIAS SOCIALES Y ADMINISTRACIÓN

Juan Camargo Nassar
JEFE DEL DEPARTAMENTO
DE CIENCIAS JURÍDICAS





SEMINARIO PERMANENTE
DE LEGISLACIÓN, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

HEURÍSTICA

JURÍDICA

ÓRGANO DE DIFUSIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO, FILOSÓFICO Y SOCIAL
DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

DIRECTOR GENERAL

Óscar Dena Romero

DIRECTOR OPERATIVO

Rodolfo Gutiérrez Sánchez

CONSEJO EDITORIAL

Óscar Dena Romero

Rodolfo Gutiérrez Sánchez

Jorge Alberto Silva Silva

Luis Mauricio Figueroa Gutiérrez

Luis Ernesto Orozco Torres

Jesús Antonio Camarillo Hinojosa

Carlos Gutiérrez Casas

Roberto Vargas Luna

STAFF

María Elena Vázquez Robles

Brenda Alcántar Gabaldón

Armando Barraza Varela

Rosario Moreno López

DISEÑO:

Marco López Hernández

HEURÍSTICA JURÍDICA

Año 1, núm. 3, semestre agosto-diciembre 2011. Es una publicación semestral y es un órgano de difusión y análisis jurídico, filosófico y social de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración (ICSA), que se publica con apoyo de recursos PIFI. Domicilio: Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, C.P. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México. Tels. (656) 688 3800, 688 3813, 688 3830 y 688 3856, correo electrónico: heuristicajuridica@hotmail.com

Editor responsable: Óscar Dena Romero. Reserva de derechos al uso Exclusivo núm. 04-2010-110512181300-102, ISSN: en trámite. Impresa por Talleres gráficos de México, ubicados en Av. Canal del Norte, número 80, Col. Felipe pescador, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06280, México, Distrito Federal. Distribuidor: Subdirección de Gestión de Proyectos y Marketing Editorial. Henri Dunant 4016, zona Pronaf, C.P. 32315, Ciudad Juárez, Chihuahua. Este número se terminó de imprimir en diciembre de 2011, con un tiraje de 600 ejemplares.

Los artículos presentados son resultado del trabajo realizado por los integrantes del Seminario permanente de legislación, teoría general del derecho y filosofía del derecho; también son responsabilidad exclusiva de los autores. Se autoriza la reproducción total o parcial bajo condición de citar la fuente.

CONTENIDO

Editorial	5
La acción abstracta de constitucionalidad ÁNGEL DÁVILA ESCAREÑO.....	7
El tribunal constitucional en México y su legitimidad CARLOS GUTIÉRREZ CASAS.....	27
El constitucionalismo en México RODOLFO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ.....	39
Regla de la mayoría y democracia constitucional JESÚS ANTONIO CAMARILLO.....	49
Análisis de los crímenes internacionales tipificados por México LUIS ERNESTO OROZCO TORRES.....	63
La exacta aplicación de la ley JESÚS ABRAHAM MARTÍNEZ MONTOYA.....	87
Principios característicos del sistema fiscal mexicano LUIS CÓRDOVA ESPARZA.....	103
De la pérdida del sentido del deber, a la crisis de la legalidad. Reflexiones para una cultura de cumplimiento de la ley ÓSCAR DENA ROMERO.....	119
El amor, jurídicamente hablando JORGE ANTONIO ÁLVAREZ COMPEÁN.....	139

**El control social del virreinato novohispano:
las dos majestades en el dispositivo judicial**

SAMUEL RICO MEDINA.....151

El sujeto en Alan Touraine: notas para una crítica

ULISES CAMPBELL MANJARREZ.....159

EDITORIAL

No cabe duda: hoy vivimos en México momentos de emergencia. Momentos coyunturales que están provocando una grande y lamentable situación de inseguridad, de miedo, de temor entre toda la población, a lo largo y ancho de la geografía del país. Desde nuestra Ciudad Juárez (norte) hasta Veracruz (el sur), se ha dejado sentir la violencia de las organizaciones delictivas y no menos de la imprudencia del Estado que en la cuestionada e irreversiblemente perdida guerra contra la delincuencia y el narcotráfico iniciara el titular del Ejecutivo federal al siguiente día de su toma de posesión como presidente de la República.

Suman ya cinco los años en que el pueblo de México, la población de todos los niveles sociales y económicos, han venido sufriendo las consecuencias de esta irracional e irresponsable “guerra”.

El dolor, el sufrimiento de miles y miles de personas que hoy sufren esta inaceptable situación, no se puede justificar con la oratoria oficial de que “vamos ganando la guerra, aunque no lo parezca”. La opinión de especialistas en el campo de la seguridad, de ex presidentes latinoamericanos, de letrados y escritores, de poetas, de académicos, ha encontrado oídos sordos en el responsable de este conflicto y en los corifeos de los medios de comunicación masiva, tanto escritos como electrónicos, sin importarles que esta criminal guerra sigue aumentando los daños y el dolor causado a miles de mexicanos y agravando la situación familiar, social, laboral, comercial de otros miles de afectados indirectamente como lo comprueban las viudas esposas, hijos, hermanos, padres y amigos; asimismo, los miles de comerciantes y pequeños empresarios, los y las trabajadoras de maquila, los profesores y cientos de ciudadanos más que han sido extorsionados, secuestrados, obligados a pagar cuotas por protección y otros miles de ciudadanos que han preferido cerrar sus negocios y emigrar a otras ciudades del interior de la República, así como a las ciudades fronterizas del vecino país del norte. Es alarmante y preocupante a la vez el número de asesinados que no tenían ninguna relación con las bandas organizadas y, más grave aún, la lamentable muerte de 1300 menores de edad. El gobierno federal ha respondido cínicamente con el concepto baladí y frívolo de que estas muertes son daños colaterales.

Heurística Jurídica y el consejo editorial de la revista, se solidarizan con el dolor de los miles de mexicanos víctimas de esta guerra imprudente, que de no corregirse en su fatal trayectoria no tiene otro rumbo que no sea el fracaso total.

Hacemos un llamado a todos los sectores sociales para corregir el rumbo y establecer una estrategia contra la violencia que hoy se vive y evitar que cause más daños y dolor al pueblo mexicano. Para ello, proponemos algunos puntos como inicio a una lucha racional, organizada, inteligente y capaz:

1. Atender la educación de todos los mexicanos, que nadie se quede sin estudiar.
2. Impulsar el desarrollo económico; la industrialización del país, el impulso al comercio nacional y que todos los mexicanos tengan derecho al trabajo; que nadie se quede sin trabajar.
3. Rescatar el poder adquisitivo del salario; el salario debe ser digno y suficiente para cubrir los gastos de una familia promedio.
4. Consolidar una justa distribución de la riqueza.
5. Democratizar las instituciones del país.
6. Establecer el mayor presupuesto posible a la educación superior y principalmente a las universidades.
7. Recuperar el estado de bienestar social, que implica buscar el bien para todas las familias, para toda la población y, sobre todo, la protección a los sectores sociales más vulnerables.
8. Además, es urgente y necesario combatir al narcotráfico y a la delincuencia organizada con cuerpos de seguridad bien capacitados y servicios de inteligencia, que permitan golpes contundentes al crimen, en cualquiera de sus modalidades, que, a su vez, salvaguarden la integridad física de gente inocente. No se trata de no insistir en el combate al narcotráfico y a la delincuencia, sino que la estrategia debe consistir en aceptar que esta lucha no es solamente entre policías y bandidos o el desatino de decir que es una lucha entre buenos contra malos, sino, por el contrario, debe ser una lucha a fondo para disminuir las causas que provocaron la violencia y la aparición de los diversos grupos de delincuencia organizada.

Esperamos, como todos, que los males que hoy padecemos no se prolonguen mucho tiempo; en nuestra voluntad, en nuestra inteligencia, en nuestro sentido social de solidaridad está la enorme posibilidad de transformar esta realidad adversa en beneficio de todos.

Estamos conscientes de que la revista *Heurística Jurídica* tiene como fundamental objetivo tratar en sus páginas los avances teórico-jurídicos que la academia impone, pero en estos momentos, sin dejar el fin académico, se hace necesario participar activamente en la solución de los problemas que más siente la sociedad; en resumidas cuentas, gracias a la sociedad es que existimos como institución educativa de nivel superior, por lo que es nuestra obligación reconocer la necesidad de hacer sentir nuestra presencia con los ciudadanos que hoy viven esta tragedia.

La acción abstracta de constitucionalidad

Ángel Dávila Escareño*

Con especial dedicación a Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, máximos exponentes y promotores del derecho procesal constitucional, con respeto y admiración.

SUMARIO:

- I. Nota introductoria.
- II. La defensa constitucional.
- III. Sistemas de justicia constitucional.
- IV. Concepto de derecho constitucional procesal y procesal constitucional.
- V. Los sectores de la justicia constitucional.
- VI. La acción abstracta de constitucionalidad.
- VII. Criterios relevantes.
- VIII. Conclusiones.
- IX. Bibliografía.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El tema que hoy exponemos con motivo de la celebración del III Congreso Nacional del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, es el referente a *la acción abstracta de constitucionalidad*, en razón a la dedicación especial que se le ha dado a *la protección orgánica de la Constitución*.

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas. Doctor en Derecho

“la razón de ser del Estado constitucional moderno es la existencia de una Constitución cuya finalidad por antonomasia consiste justamente en servir como instrumento de limitación del poder y, al mismo tiempo, es garante efectivo de los derechos de los ciudadanos.”

Ante todo, hay que señalar que la *acción abstracta de constitucionalidad*, es un instrumento de control de carácter procesal-constitucional, que forma parte fundamental de la llamada defensa directa de la Constitución y es sin lugar a dudas una garantía constitucional, que tiene como finalidad primordial la defensa directa de la parte orgánica del orden constitucional.

Por tal motivo, es necesario hacer referencia a varios temas íntimamente relacionados y, de ser posible, establecer de manera muy concreta pero procurando a la vez ser claros, qué entendemos por cada uno de estos conceptos que tienen de alguna forma relación necesaria con el tema que hoy debatimos en este congreso y que a saber son: Constitución, defensa constitucional, sistemas de justicia constitucional, derecho constitucional procesal y procesal constitucional, así como los contenidos de ambas disciplinas. Dicho panorama nos ayudará a establecer la ubicación exacta de la jurisdicción constitucional orgánica y el conjunto de instrumentos procesales que la integran, así como entender de manera precisa el instituto procesal que nos ocupa, es decir, *la acción abstracta de constitucionalidad*.

II. LA DEFENSA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, considero que el término Constitución ha sido definido de manera amplia y muy diversa a través de los años, principalmente por los constitucionalistas y los políticos. No obstante, para fines prácticos debemos dejar por sentado que se trata de una estructura jurídica y política de una nación o Estado. Y que para que dicha estructura jurídico-política sea considerada democrática o moderna, debe de reunir por lo menos cinco requisitos indispensables, a saber: supremacía constitucional, división del poder para su ejercicio, Estado de derecho, pluralismo partidista (alternancia en el poder) y, sobre todo, el reconocimiento mínimo de garantías individuales.

Siguiendo el pensamiento de Hernández Valle, quien afirma que:

“la razón de ser del Estado constitucional moderno es la existencia de una Constitución cuya finalidad por antonomasia consiste justamente en servir como instrumento de limitación del poder y, al mis-

mo tiempo, es garante efectivo de los derechos de los ciudadanos”.¹ Es decir, el Estado constitucional moderno debe caracterizarse como el Estado democrático de derecho.

Por lo que se refiere a la defensa de la Constitución está integrada por diversos sectores: la defensa indirecta o autocontrol constitucional y la defensa directa de la Constitución, sin olvidar que hay más sectores de dicha defensa.

De manera general, podemos afirmar que uno de los sectores es la defensa indirecta de la Constitución que está compuesta por todos aquellos principios de carácter constitucional (supremacía constitucional, inviolabilidad de la Constitución, limitación, legitimidad, efectividad, principio de funcionalidad, estabilidad y control constitucional, entre otros), que defienden a la Constitución por el simple hecho de estar contemplados en la carta fundamental.

Por lo que se refiere a la defensa directa, podemos señalar que está compuesta por todos aquellos medios y formas de control constitucional, en donde precisamente encontramos a la acción abstracta de constitucionalidad. Siguiendo el pensamiento del jurista Fix-Zamudio, uno de los más destacados cultivadores del derecho procesal constitucional, que señala que el segundo sector de la defensa de la Constitución lo compone la justicia constitucional en el cual se examinan las llamadas “garantías constitucionales”, mismas que son aquellas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con objeto de restaurarlo. Deben considerarse como instrumentos predominantemente de carácter procesal con funciones de carácter reparador.²

En efecto, la defensa de la Constitución es uno de los temas centrales en el presente trabajo, y de manera provisional, podemos afirmar que está integrada por todos aquellos principios de carácter constitucional, es decir, aquellos que comprenden la defensa subsidiaria o el llamado “autocontrol” constitucional; y por todos aquellos medios y formas de control de carácter procesal-constitucional, que tienen por objeto específico la defensa directa de la Constitución.³

III. SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL AMERICANO Y EL AUSTRIACO

Se pueden señalar dos modelos fundamentales de justicia constitucional, que han influido a nivel mundial, es decir, que sirvieron de

1 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2ª. ed., San José, Costa Rica, Juricentro, 2001, p. 25.

2 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ra. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 192.

3 DÁVILA ESCAREÑO, Ángel, “Derecho procesal constitucional. La defensa constitucional”, *Revista Vinculo Jurídico*, Universidad Autónoma de Zacatecas, No. 58, abril-junio de 2004, p. 21.

paradigma para construir en el resto del mundo los sistemas de justicia constitucional:

Por una parte, abordaremos el sistema que se ha calificado como “*americano o difuso*”, no sólo por haberse establecido en sus linca- mientos esenciales en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (considerada como la primera Constitución democrática o moderna), sino también por haber servido de paradigma a la mayoría de los paí- ses americanos, para la creación de sus cartas fundamentales.

En principio, este sistema americano de revisión judicial de la cons- titucionalidad de las leyes se caracteriza, en forma abstracta, como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.⁴

El segundo modelo, que como hemos afirmado, recibe la denomina- ción de *austríaco o continental europeo* (por la influencia que ha teni- do sobre los tribunales constitucionales europeos), se caracteriza por encomendar a un órgano especializado, denominado Corte o Tribu- nal Constitucional, cuya naturaleza todavía se debate (aun cuando en lo personal consideramos realiza funciones jurisdiccionales)..⁵

En estos sistemas descubrimos que teóricamente contienen las ca- racterísticas contrarias, como lo puso de relieve de manera precisa el procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los linca- mientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta ne- cesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*, y a la inversa, el que dicho tratadista califica como “autónomo”, es decir, el austríaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*.⁶

El paradigma del órgano jurisdiccional especializado establecido por la Constitución austríaca de 1920, e inclusive se le adelantó unos meses la carta constitucional de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920 y además debe citarse el Tribunal de Garantías Constitucionales estable- cido por la Constitución española de 1931.

Éste fue el comienzo para que se establecieran los tribunales o cortes constitucionales en las cartas fundamentales de Italia (1948); Repúbli- ca Federal de Alemania (1949); Turquía (1961-1982); en la antigua Yugoslavia (1963-1974); Portugal (1966-1982); España (1978); Bél- gica (1980) y el Consejo Constitucional Francés. Además, en los orde-

4 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *derecho constitucio- nal mexicano y comparado, op. cit.*, p. 200.

5 *Ibidem*, p. 201.

6 *Ibidem*, p. 202.

namientos constitucionales de Europa del Este como Polonia (1982-1986) y la nueva Constitución de 1997; Hungría (1989); Bulgaria y Rumania (1991); Checoslovaquia (1991-1992), ahora dividida en la República Checa y Eslovaca (1993); Rusia (1993), así como las constituciones sudafricanas provisional de 1994 y definitivamente de 1997, establecieron una Corte Constitucional. Posteriormente se establecieron en Latinoamérica, Colombia, Venezuela, El Salvador, y Panamá, Costa Rica, Guatemala y Ecuador.⁷

IV. CONCEPTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

Hablar de derecho procesal constitucional resulta algo complejo, ya que tanto en su denominación como en su contenido los tratadistas aún lo siguen discutiendo, y toda vez que existen otros calificativos como: *control judicial*, *defensa de la Constitución*, *control constitucional*, *justicia constitucional*. Más bien, los de “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” son los que se han preferido y por tal razón expandido más rápidamente. Así como se habla de justicia constitucional en igual sentido lo es la jurisdicción constitucional, que, como decimos, coexiste muy ampliamente con aquélla.⁸

El jurista vienés desarrolló específicamente sus ideas sobre la “garantía jurisdiccional de la Constitución” en el clásico estudio que publicó en 1928, en el cual sistematizó de manera precisa y particularizada las ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional en la carta federal austríaca de 1920.

Pero Kelsen y otros juristas utilizaron “justicia” y “jurisdicción” como sinónimos. En esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción. (Y así lo comprobamos si revisamos su obra *Teoría General del Estado* de 1925, a la cual se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad.) Y es más que probable que la gente de la época (salvo los procesalistas) no conociera los avances del derecho procesal. Kelsen entendía que la jurisdicción, si bien atributo del Estado, se distribuía en tribunales, es decir, que los trabajos interesantes de Kelsen en esta materia, no demuestran un mal conocimiento del mundo procesal, que tan desarrollada estaba en esa época en la comunidad jurídica alemana. Y aunque Kelsen se movía en ese ambiente únicamente pregonaba la necesidad de que existiera una jurisdicción especial, esto es, un tribunal distinto del ordinario, en el cual la tradición europea nunca confió.⁹

7 *Ibidem*, pp. 202-204.

8 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá-Colombia, Tennis, 2001, p. 2.

9 Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, op. cit., p.5.; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, pp. 11-12. "

Sin embargo, Niceto Alcalá-Zamora y Héctor Fix-Zamudio, señalan que es a Hans Kelsen a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionara, se instalara y fuera eficiente y eficaz; incluso fue juez constitucional en el periodo de 1921-1930.¹⁰

Asimismo, varios cultivadores y difusores de esta nueva disciplina afirman que si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture, Cappellotti y Niceto Alcalá-Zamora han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y delimitación, al haber iniciado su sistematización científica específicamente con dicha expresión desde hace casi medio siglo, en 1956.¹¹

Por otra parte, García Belaunde afirma que es Alcalá-Zamora y Castillo quien en el año de 1944 por vez primera utiliza el término *derecho procesal constitucional*, jurista español experto en derecho procesal, y que se dedicó a escribir sobre esos temas en forma profusa como se observa en su libro publicado en esas fechas *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional!)*, mostrándose gran conocedor del procesalismo científico más importante de esa época, el alemán y el italiano, que contribuyó grandemente a difundir. Y que fue en esa estancia en Argentina que luego continuó en México, que lanzó el concepto y que tuvo acogida, incluso en procesalistas del entorno (Couture).¹²

Posteriormente, en el año de 1995 su discípulo Héctor Fix-Zamudio es quien primero lo plantea orgánicamente, es decir, lo delimita dándole forma y contenido.

Debemos señalar que una de las definiciones más acertadas de esta nueva disciplina denominada *derecho procesal constitucional*, es la siguiente que afirma: Es el estudio sistemático de las garantías constitucionales, en el sentido contemporáneo, es decir, que tiene como objeto esencial el análisis de los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos de poder.¹³

Además, Fix-Zamudio a lo largo de sus trabajos de investigación ha sostenido que, al lado del derecho procesal constitucional, como sector del derecho procesal, existe el derecho constitucional procesal como una nueva rama del derecho constitucional, que se encarga del

10 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, op. cit, p. 7.

11 Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p.12; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, México, Porrúa, 2008, p. 6.

12 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, México, Porrúa, Colección Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, 2008, p. 88.

13 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit, p. 221.

análisis de aquellas instituciones o categorías procesales contenidas en la Constitución, a saber: jurisdicción, garantías de las partes y garantías judiciales y que, indudablemente, se encuentra estrechamente vinculado con el procesalismo científico.

Por su parte Couture tuvo el gran acierto de emprender el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, especialmente la vinculación existente de las disposiciones constitucionales con el proceso civil. De ahí que al procesalista uruguayo se le considere por Fix-Zamudio como el fundador de otra rama jurídica denominada *derecho constitucional procesal*, particularmente a partir de su ensayo “Las garantías constitucionales del proceso civil”, publicado posteriormente dentro de su extraordinaria y clásica obra *Estudio de derecho procesal civil*, y en la parte tercera de la misma se dedica a los “casos de derecho procesal constitucional”...¹⁴

A pesar de que consideramos que el derecho procesal constitucional es una ciencia autónoma e independiente, hay algunos que sostiene que no existe tal autonomía, aun y cuando sea evidente la íntima relación entre proceso y la Constitución que prácticamente dan sustento a dicha disciplina.

Por tal consideración, daremos otras definiciones sobre el derecho procesal constitucional para tener un panorama todavía más claro de los problemas que representa y enfrenta actualmente en cuanto a su contenido, conceptualización, así como su pretendida autonomía.

Entre los autores más destacados que se han ocupado del tema, se dan otras definiciones. Hernández Valle sostiene que el derecho procesal constitucional debe entenderse como aquella disciplina que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales. En Argentina, Néstor Pedro Sagüés lo interpreta como un sector del derecho constitucional que abarca las instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal), entre las que se encuentran las reglas previstas por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Fix-Zamudio prefiere hablar de las materias procesales de la Constitución, coincidiendo con el estudio precursor de Hans Kelsen, que refirió a las garantías jurisdiccionales de la Norma Fundamental, y también el de Eduardo J. Couture, que explicó las garantías constitucionales en el proceso civil. Desde otra perspectiva, más acotada, un sector de la doctrina indica que la existencia de magistraturas especiales ha dado razones más que suficientes para que, atendiendo al órgano o al funcionario encargado de vigilar la

Por su parte Couture tuvo el gran acierto de emprender el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, especialmente la vinculación existente de las disposiciones constitucionales con el proceso civil.

14 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5ª. ed., México, Porrúa, t. I, 2006, p. 205.

supremacía de la Constitución, se hable de jurisdicción constitucional y de un proceso constitucional sustanciado por un procedimiento propio, diferente del ordinario, y ante un tribunal específico. Así, por ejemplo, González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros diciendo que “será proceso constitucional aquel del que conoce el Tribunal Constitucional”.¹⁵

V. LOS SECTORES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A la otra parte de la defensa de la Constitución la hemos denominado justicia constitucional, cuyo objeto de estudio son las garantías constitucionales, y misma que para propósitos sistemáticos y de estudio escindiremos en tres principales aspectos: a) jurisdicción constitucional de la libertad, b) jurisdicción constitucional orgánica y c) jurisdicción constitucional internacional y transnacional.¹⁶

1. *La jurisdicción constitucional de la libertad*

El primer sector ha recibido una denominación muy afortunada por parte de uno de los tratadistas que se ha ocupado del análisis de la justicia constitucional de nuestra época, el distinguido comparativista italiano Mauro Cappelletti.

Está integrada *la jurisdicción constitucional de la libertad* por el conjunto de instrumentos jurídicos y preponderantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales, que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones individual y social.¹⁷

Según Hernández Valle, este sector de la justicia constitucional está constituido por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales. De esta forma se puede hablar de remedios indirectos (proceso ordinario y justicia administrativa), remedios complementarios (se utilizan para sancionar la violación a los derechos fundamentales) y específicos, que abarcan una amplia gama de recursos judiciales. Todos ellos tienen en común el tutelar los derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores, dado que en esta materia no es suficiente la anulación del acto lesivo, sino que, además, se requiere la efectiva restitución del afectado en el goce del derecho conculcado:

1. Los *writs* anglosajones: el de *habeas corpus*, el *mandamus*, el de *prohibition*, el de *warrant*, el de *error* y el de *injunction*.
2. El *référé* francés.

15 GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, [s.a.], pp. 13-14.

16 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit, p. 207.

17 *Op.cit*, p.208. ¹⁴

3. El procedimiento de urgencia italiano.
4. El recurso constitucional de los ordenamientos germanos.
5. El recurso de amparo español.

Las modalidades del amparo en América Latina. Entre ellas cabe hacer mención al amparo mexicano; el derecho de tutela venezolano, el recurso de protección chileno y al amparo costarricense.

Los institutos de tutela brasileños. Entre los cuales podemos mencionar: *el mandado de seguridad, el mandado de injuncao, el habeas data.*

*Las diversas modalidades de control de constitucionalidad de las leyes*¹⁹.

2. La jurisdicción constitucional orgánica

Finalmente, hemos llegado a la parte fundamental que se ha estado tratando a lo largo de este congreso, me refiero a la llamada *jurisdicción constitucional orgánica*, que comprende todos aquellos instrumentos de carácter procesal (medios y formas de control constitucional) para la resolución de los conflictos competenciales entre los diversos órganos del poder. Inclusive podemos señalar siguiendo el pensamiento de Fix-Zamudio el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como *control abstracto* de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los órganos del poder sobre el alcance de sus facultades y competencias, en particular tratándose de normas legislativas.

De igual manera, el jurista Hernández Valle señala que la jurisdicción comprende los instrumentos de resolución de conflictos entre los diversos órganos del poder, en relación con las atribuciones y competencias establecidas para cada uno de ellos por los ordenamientos constitucionales.¹⁹

Es evidente que el sector de *la jurisdicción constitucional orgánica* está constituido por los medios procesales por conducto de los cuales los órganos estatales afectados, y en ocasiones un sector minoritario de los legisladores, pueden impugnar los actos y las disposiciones normativas de otros organismos del poder que infrinjan o invadan competencias territoriales o atribuciones de carácter horizontal establecidas en las disposiciones constitucionales.²⁰ Sin embargo, en el sistema jurídico mexicano no existe el control de constitucionalidad *apriori*, que prevé la posibilidad del control de constitucionalidad antes de la aprobación de la norma. Esta segunda modalidad de control constitucional *a priori* es necesario implementarlo en nuestro sistema jurídico, para evitar posibles afectaciones que pudiera tener la norma con el simple hecho de entrar en vigor, cuando ya de entrada se observa claramente la posible inconstitucionalidad de la norma.

18 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2. ed., San José, Costa Rica, Juricentro, 2001, pp. 37y ss.

19 Op. c/f., p. 49.

20 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit, p. 215. ¹⁵

3. *La jurisdicción constitucional transnacional e internacional*

Por otra parte, respecto a *la jurisdicción constitucional internacional y transnacional*, siguiendo la línea de pensamiento de Fix-Zamudio, podemos decir en general que son tres los problemas fundamentales que se plantean en relación con esta rama de la jurisdicción constitucional, a saber: a) la resolución de conflictos relativos a la conformidad de los actos y disposiciones legislativas internas con las normas y principios de carácter internacional y comunitario; b) la decisión de las controversias en las que se discute la conformidad de las normas externas con los preceptos constitucionales y c) los crecientes intentos de armonización entre los ordenamientos internos de carácter constitucional y las disposiciones o principios de carácter transnacional.

Finalmente, tenemos el problema de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y las jurisdicciones internacionales, tan es así, que hoy en día se habla del derecho internacional de los derechos humanos.²¹

De igual forma, debemos resaltar la opinión del preclaro jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien considera necesario añadir a esta clasificación de Cappelletti y desarrollada ampliamente por Fix-Zamudio, un cuarto sector, que implica una perspectiva de desarrollo de la jurisdicción constitucional transnacional, y que se podría denominar *derecho procesal constitucional local*?²² Este tipo de jurisdicción constitucional local, se ha venido desarrollando hoy en día, en diversas entidades federativas, a través de la creación constante de salas constitucionales locales. Dicha jurisdicción esta compuesta por un conjunto de instrumentos de carácter procesal-constitucional de aplicación local, para resolver los conflictos competenciales entre sus órganos y sobre problemas de interpretación directa de la Constitución al local, dando paso de alguna forma a la consolidación de este nuevo sector que cada vez tiene mayor aceptación y crecimiento, y un claro ejemplo de este crecimiento y aceptación es que actualmente ya existen alrededor de 20 salas constitucionales locales en México.

VL LA ACCIÓN ABSTRACTA DE CONSTITUCIONALIDAD

1. *Origen de la institución*

A pesar de que la mayoría de los tratadistas ubican el origen de este instituto procesal en la Constitución austríaca de 1920, debido al pensamiento del ilustre jurista austríaco Hans Kelsen, quien teorizó, creó e hizo realidad, pero sobre todo le dio continuidad. No debemos restar importancia por ese solo hecho que dicho instituto tiene sus antecedentes en: Venezuela (1858), Colombia (1850), Constitución suiza

21 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 53.

22 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, op. cit, p. 16.

1848); el Caso Checoslovaco, que casi es sincrónico con el austriaco, pero en realidad unos meses anterior a éste (1920).

Aunque en realidad no es posible referirse a los orígenes de la acción de inconstitucionalidad, sin hacer alusión a las aportaciones del jurista Hans Kelsen y es también evidente que dicho sistema austriaco-kelseniano, se ha preferido y tomado como paradigma para la creación de los tribunales constitucionales que existen actualmente en el resto del mundo por los siguientes momentos evolutivos que de manera general transcribimos:

En primer lugar, hay que mencionar la Ley austríaca de 25 de enero de 1919, en cuyos trabajos preparatorios Kelsen tuvo un papel decisivo, y que implantó en Austria un Tribunal Constitucional (*Verfassungsgeschichtshof*).

No obstante, la Ley Constitucional de Representación Nacional de 14 de marzo de 1919 introduce un controlarme* de la constitucionalidad de las leyes de los *Länder* por razón de su competencia, a instancias del gobierno federal, correspondiendo al Tribunal Constitucional conocer de la impugnación. Este control de la constitucionalidad, concentrado en el Tribunal Constitucional, no sólo es el primer control normativo que existió en Austria, sino también el punto de partida de la configuración, apenas un año después, por la *Oktoberverfassung* de una jurisdicción constitucional especializada. Un tercero y último momento en esta evolución viene constituido por la consagración formal de un sistema de justicia constitucional autónoma y concentrada en un único tribunal, conocido como tribunal constitucional, y que tiene la función de controlar, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes.²³

2. Reforma Judicial de 31 de diciembre de 1994

Es evidente que las mal llamadas acciones de inconstitucionalidad surgieron por vez primera en nuestro sistema jurídico a causa de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, iniciada por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, que tuvo, como es sabido, un marcado y confeso carácter “judicial”. Pero igualmente dicha reforma careció de una adecuada técnica jurídica y legislativa.

Incluso entrando ya en el contenido de la reforma, puede ésta reducirse a siete puntos fundamentales, de los que uno, tendiente a la profesionalización policial y atacar la corrupción, por un lado, y a la coordinación policial entre la Federación, los estados y los municipios, por otro, no viene referido de una u otra forma, al Poder Judicial: *el Poder Judicial de la Federación; las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales; el juicio de amparo; la solución de conflictos laborales en el Poder Judicial de la*

23 BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 82-83.

Federación; el Ministerio Público se ve afectado por la reforma en una doble dimensión; poderes judiciales de los estados y del Distrito Federal

3. Concepto de acción de inconstitucionalidad

Resulta necesario definir a las llamadas acciones de inconstitucionalidad, y para tal fin analizaremos algunas de las definiciones de los más distinguidos especialistas en esta disciplina y por supuesto trataremos de no ser tan extensos y de alguna forma establecer o construir a partir de esto una definición propia.

El tribunal constitucional es, para Kelsen, un legislador negativo, pues, aunque se organiza en forma de tribunal, “no ejercita en realidad una verdadera función jurisdiccional”, y ello porque la anulación de una ley significa establecer “una norma general, puesto que tal anulación tiene el mismo carácter de generalidad de la formación de la ley, siendo por así decirlo una creación de signo negativo, y por consiguiente una función legislativa.”²⁴

El conocido jurista Fix-Zamudio, “considera a dicha garantía constitucional como una acción de carácter “abstracto”, es decir, que tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental..”²⁵

Por su parte la ministra Olga Sánchez Cordero, considera que:

La acción de inconstitucionalidad es el instituto procesal previsto en la Constitución como medio abstracto de control de la regularidad constitucional de las leyes, seguido ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea por órganos legislativos minoritarios, siempre y cuando éstos representen un porcentaje mínimo del 33% de sus integrantes, por los partidos políticos con registro o por el Procurador General de la República, en los cuales se denuncia la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional y la Constitución, exigiéndose en el juicio la invalidación de la norma o el tratado impugnados.²⁶

Por otra parte, el ministro José Ramón Cossío Díaz afirma que se trata de procesos en los cuales determinados órganos o fragmentos de órganos directivos o determinadas personas morales (partidos políticos) reconocidos constitucionalmente de interés para la sociedad, plantean ante el Pleno de la Corte el control abstracto de la regularidad constitucional de determinadas normas generales.

²⁴ *Op.cit.*, p. 85.

²⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIACARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, *op. cit.*, p. 844.

²⁶ SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *Magistratura constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 125.

Por lo tanto, nos parece muy apropiada la definición que establece Brage Camazano, aunque sin duda alguna resulta ser muy amplia pero a la vez completa, al afirmar que:

La acción de inconstitucionalidad puede definirse, en una primera aproximación, como aquel mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en hipótesis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte alguna de las “sentencias intermedias” o modalidades atípicas de sentencias. En caso de que el control de constitucionalidad sea preventivo, lo que se somete a enjuiciamiento del órgano de la constitucionalidad es un proyecto de norma o el tratado internacional antes de firmado por el Estado, y el efecto de su declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad jurídica de aprobar esa norma o ser parte en el tratado internacional, al menos sin hacer las oportunas reservas que eviten aplicar las disposiciones inconstitucionales (cuando ello fuere posible).²⁷

Además, en algunos países dichas acciones abstractas pueden ser de carácter preventivo, es decir, invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación, antes de la promulgación y publicación de la norma impugnada, como es el caso de Francia en la instancia del Consejo Constitucional, o bien *a posteriori*, cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas e inclusive tienen plena vigencia, como es el caso de México, que es uno de los que sigue este modelo. Esta acción es realmente una garantía a la oposición, para que pueda participar más activamente en las decisiones políticas de gobierno.

En efecto, debemos tratar de establecer una definición que nos ayude a entender de manera concreta, clara y precisa la acción de inconsti-

27 BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La acción abstracta de inconstitucionalidad, procesos constitucionales orgánicos”, t. VIII, en: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC, MARICAL PONS, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 90-91.

...el caso de México, que es uno de los que sigue este modelo. Esta acción es realmente una garantía a la oposición, para que pueda participar más activamente en las decisiones políticas de gobierno.

tucionalidad, y de inicio podemos afirmar que se trata de un auténtico medio o forma de control normativo abstracto de la constitucionalidad, previsto en la Fracción II, del artículo 105 constitucional con que cuentan actualmente el 33% de las minorías parlamentarias, el Procurador General de la República, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (comisiones estatales) y los partidos políticos (nacionales y estatales), en los términos que establece la ley, para plantear ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución.²⁸

De manera que estamos ante un auténtico control constitucional que ejerce hoy día el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de naturaleza eminentemente jurídico-política, y en cuyo control existe la posibilidad de poder emitir criterios o sentencias con efectos generales también de índole jurídico y político, sobre los asuntos del control abstracto de la regularidad constitucional de normas de carácter general y esta Constitución.

En donde las partes legitimadas para promover dicha acción procesal-constitucional en términos de la Fracción II, del artículo 105 constitucional son las que enumeramos a continuación:

1. El equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados.
2. El equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Senadores.
3. El equivalente al 33% de los integrantes de los órganos legislativos estatales.
4. El equivalente al 33% de los miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
5. El Procurador General de la República.
6. Las dirigencias de los partidos políticos nacionales o con registro estatal.
7. La Comisión Nacional de Derechos Humanos.
8. Las comisiones estatales de los derechos humanos.
9. La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

4. El procedimiento en las acciones de inconstitucionalidad

Por otra parte, respecto al procedimiento de la acción de inconstitucionalidad, en términos generales por cuestiones de tiempo y espacio lo resumiremos con base en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, que establece las siguientes etapas procesales: presentación de la demanda (designación de un ministro instructor), en caso de que la demanda sea oscura o irregular, el ministro prevendrá al demandante para que haga las aclaraciones que correspondan; posteriormente, se rin-

²⁸ Véase, DÁVILA ESCAREÑO, Ángel, "Derecho procesal constitucional. La defensa constitucional", *op. cit.*, p. 28.

den los informes previos y transcurrido el plazo para presentarlos, se abre una fase de alegatos y pruebas; se puede dar la acumulación o conexidad, incidentes; agotado el procedimiento, el ministro instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de sentencia para la resolución definitiva. Si termina de forma anormal el proceso en caso de improcedencia o sobreseimiento, podrá proceder el recurso de reclamación. Finalmente, si la sentencia reúne la votación de ocho ministros tendrá efectos generales. En caso contrario, el tribunal pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.

La reglamentación de estas fracciones realmente es muy simple y flexible, toda vez que es una materia muy compleja que sólo entienden los procesalistas; es por esta razón que el legislador hizo una copia de términos y plazos del juicio de amparo. Por tal motivo consideramos que las acciones de inconstitucionalidad llevan un procedimiento muy similar al del amparo contra leyes, previsto en la Ley de Amparo. Además de que la regulación quedó dispersa en la Orgánica del Poder Judicial y de manera supletoria en el Código Civil Federal.

VII. CRITERIOS RELEVANTES

Como colofón, cabe hacer referencia a algunas de las decisiones más relevantes que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en los últimos diez años:

- 1) *La acción de inconstitucionalidad 4/2004, sobre el tema de responsabilidad patrimonial del Estado para indemnizar a los particulares que sufran daños causados por sus actividades.* (Interpuesta por diputados integrantes de la III Legislatura de la Asamblea Legislativa del D.F.)
- 2) *La acción de inconstitucionalidad 26/2006, relativa a diversos artículos de las leyes federales de telecomunicaciones y de radio y televisión.* (Interpuesta por un número minoritario de 47 senadores de la República.)
- 3) *La acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, relativas a la despenalización del aborto en el Distrito Federal.* (Interpuesta por el Procurador General de la República y la Comisión Nacional de Derechos Humanos.)
- 4) *La acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008, relativas al tema sobre el derecho por el que se expide el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.*²⁹

²⁹ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Estructura y atribuciones de los tribunales constitucionales y salas constitucionales de Iberoamérica. VII Conferencia iberoamericana de Justicia Constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, pp. 691-693; <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/08000610.019.doc>.

Se advierte que plasmaremos las consideraciones más importantes a manera de síntesis y partiremos de que el motivo de este grupo de acciones de inconstitucionalidad, promovidas por los partidos políticos nacionales Convergencia, Verde Ecologista de México, Nueva Alianza, del Trabajo y Alternativa Socialdemócrata y Campesina, fue la elaboración por parte del Congreso de la Unión de un nuevo Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, el cual tenía como propósito reglamentar la reforma constitucional en materia electoral del año de 2007; la más relevante del país en los últimos diez años y que representó cambios medulares en el régimen de partidos, las condiciones de competencia, la autoridades electorales y en los medios de comunicación electrónicos.

El reto del Pleno de la Corte fue significativo, por un lado, al determinar ciertamente la constitucionalidad de esta legislación de enorme trascendencia para la vida política del país, y por otro, le dio una lectura cierta y sistemática a una reforma constitucional que ha propiciado, desde el frente jurisdiccional y académico, un interesante y complejo debate: la viabilidad de considerar inconstitucional, sea por cuestiones procedimentales o sustantivas una reforma constitucional.

Y al tratarse de una diversidad importante de conceptos de invalidez, el Pleno terminó por resumir las impugnaciones objeto de estudio en diez temas de estudio, tales como: nuevo régimen de coaliciones partidistas; imposibilidad de presentar candidaturas independientes de los partidos; modificaciones al régimen de acceso a la radio y televisión; exclusión de las agrupaciones políticas nacionales del financiamiento público ordinario; requisitos para consolidar nuevos partidos para determinar la elegibilidad de los estatutos de éstos, así como aquellos para aspirar al cargo de observador electoral, etc.

Esto implicó que después de cinco sesiones de debate entre los ministros, se delinearán varios ejes estructurales del nuevo escenario electoral, entre los que sobresalen: no existe base constitucional alguna que exija al legislador la reglamentación de candidaturas independientes o ciudadanas; el carácter de entidades de interés público de los partidos impide que éstos gocen de autonomía ilimitada para pactar, bajo cualquier término y condición, coaliciones con otros partidos; en razón del principio de igualdad, transparencia y del respeto a la voluntad del elector, cuando dos partidos se presentan a un proceso electoral en coalición, ninguno de éstos puede transferirse los votos al otro partido para que éste logre la votación mínima establecida para mantener el registro; los partidos políticos gozan de una amplia capacidad organizativa de su vida interna, siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales; las exigencias para participar como observadores electorales, siempre y cuando sean expresiones de los principios de certeza e imparcialidad electoral, etc.

Es evidente, que al resolver este conjunto de acciones abstractas de constitucionalidad, la Corte tuvo oportunidad de construir definicio-

nes constitucionales electorales de enorme relevancia para la consolidación de una democracia y que impactarían de manera significativa en los siguientes procesos electorales.

Finalmente, podemos afirmar que las resoluciones que ha emitido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en estas acciones de inconstitucionalidad han dado figura a este instituto procesal, y de alguna forma han logrado dar evolución a la justicia constitucional. No obstante, se ha observado una mayor evolución por parte de las reformas de carácter constitucional.

VIII. CONCLUSIONES

La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos principios de carácter constitucional, es decir, aquellos que comprenden la defensa subsidiaria o el llamado "autocontrol" constitucional; y por todos aquellos medios y formas de control de carácter procesal-constitucional, que tienen por objeto específico la defensa directa de la misma.

En los sistemas de justicia constitucional descubrimos que teóricamente contienen las características contrarias, como lo puso de relieve de manera precisa el procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*, y a la inversa, el que dicho tratadista califica como "autónomo", es decir, el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*.

Niceto Alcalá-Zamora y Héctor Fix-Zamudio, afirman que es a Hans Kelsen a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionara, se instalara y fuera eficiente y eficaz.

Si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture, Cappellotti y Niceto Alcalá-Zamora han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y delimitación, al haber iniciado su sistematización científica específicamente con dicha expresión desde hace casi medio siglo, en 1956.

Es Alcalá-Zamora y Castillo quien en el año de 1944 por vez primera utiliza el término *derecho procesal constitucional*, jurista español experto en derecho procesal, y que se dedicó a escribir sobre esos temas en forma profusa como se observa en su libro publicado en esas fechas *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, mostrándose gran conocedor del procesalismo científico más importante de esa época: el alemán y el italiano.

Finalmente, podemos afirmar que las resoluciones que ha emitido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en estas acciones de inconstitucionalidad han dado figura a este instituto procesal, y de alguna forma han logrado dar evolución a la justicia constitucional.

Por su parte, Couture tuvo el gran acierto de emprender el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, especialmente la vinculación existente de las disposiciones constitucionales con el proceso civil. De ahí que al procesalista uruguayo se le considere por Fix-Zamudio como el fundador de otra rama jurídica denominada *derecho constitucional procesal*.

Podemos afirmar que *la jurisdicción constitucional orgánica* está constituida por los medios procesales por conducto de los cuales los órganos estatales afectados, y en ocasiones un sector minoritario de los legisladores, pueden impugnar los actos y las disposiciones normativas de otros organismos del poder que infrinjan o invadan competencias territoriales o atribuciones de carácter horizontal establecidas en las disposiciones constitucionales.

La jurisdicción constitucional local ésta compuesta por un conjunto de instrumentos de carácter procesal-constitucional de aplicación local, para resolver los conflictos competenciales entre sus órganos y sobre problemas de interpretación directa de la constitucional local, dando paso de alguna forma a la consolidación de este nuevo sector que cada vez tiene mayor aceptación y crecimiento, a través de la instalación de salas constitucionales locales.

Es urgente que el control constitucional *a priori* sea implementado en nuestro sistema jurídico, para evitar posibles afectaciones que pudiera tener la norma con el simple hecho de entrar en vigor, cuando ya de entrada se observa claramente la posible inconstitucionalidad de la norma.

No es posible referirse a los orígenes de la acción de inconstitucionalidad, sin hacer alusión a las aportaciones del jurista Hans Kelsen y es también evidente que dicho sistema austriaco-kelseniano, se ha preferido y tomado como paradigma para la creación de los tribunales constitucionales que existen actualmente en el resto del mundo.

Las mal llamadas acciones de inconstitucionalidad surgieron por vez primera en nuestro sistema jurídico a causa de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, que tuvo grandes fallas de técnica legislativa y jurídica.

La acción abstracta de constitucionalidad es un auténtico medio o forma de control normativo abstracto de la constitucionalidad, previsto en la Fracción II del artículo 105 constitucional con que cuentan actualmente el 33% de las minorías parlamentarias, el Procurador General de la República, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (comisiones estatales) y los partidos políticos (nacionales y estatales), en los términos que establece la ley, para plantear ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución.

Es este instrumento un auténtico control constitucional que ejerce hoy día el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de na-

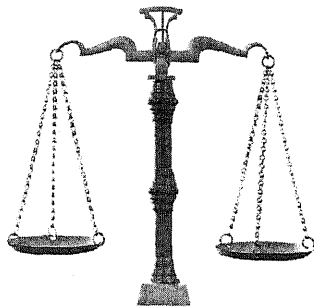
turalidad eminentemente jurídico-política, y en cuyo control existe la posibilidad de poder emitir criterios o sentencias con efectos generales también de índole jurídico y político, sobre los asuntos del control abstracto de la regularidad constitucional de normas de carácter general y esta Constitución.

Las resoluciones que ha emitido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en estas acciones de inconstitucionalidad, han dado figura a este instituto procesal, y de alguna forma han logrado dar evolución a la justicia constitucional. No obstante, se ha observado una mayor evolución por parte de las reformas de carácter constitucional.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005-
- Dávila Escareño, Ángel, *La jurisprudencia ¿interpretación jurídica o ley?*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005. (Vid. www.scjn.gob.mx, concurso nacional de tesis, Premio Juventino V. Castro y Castro).
- _____, *La competencia jurídico-política de la Corte en las controversias constitucionales*, UACJ (Imprenta), México, 2011.
- _____, “La controversia constitucional”, *Revista Vínculo Jurídico*, Universidad Autónoma de Zacatecas, No. 52, octubre-diciembre de 2002.
- _____, “La defensa constitucional. Principios y formas de control constitucional”, *Revista Vínculo Jurídico*, Universidad Autónoma de Campeche, No. 1, enero-marzo de 2004.
- _____, “Derecho procesal constitucional. La defensa constitucional”, *Revista Vínculo Jurídico*, Universidad Autónoma de Zacatecas, No. 58, abril-junio del 2004.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- _____(coord.), *Derecho procesal constitucional*. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5ª. ed., México, Porrúa, ts. I-IV, 2006.
- _____, y Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC, MARICAL PONS, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ts. I-XI, 2008.
- Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ra. ed., México, Porrúa, UNAM, 2003. ²

- García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá-Colombia, Temis, 2001,
- _____, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, México, Porrúa, Colección Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- Gozaíni, Alfredo Osvaldo, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni [s.a.].
- Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2ª. ed., San José, Costa Rica, Juricentro, 2001.
- Sánchez Cordero, Olga, *Magistratura constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estructura y atribuciones de los tribunales constitucionales y salas constitucionales de Iberoamérica. VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.
- _____, Crónicas del Pleno y Salas, *Despenalización del delito de aborto antes de las 12 semanas de gestación*, México, 2009.
-



El tribunal constitucional en México y su legitimidad ¹

Carlos Gutiérrez Casas*

INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia constitucional, por medio de tribunales constitucionales, responde a una concepción del juez ordinario y del control por éste de las normas secundarias. El punto de partida de este sistema se encuentra en la constitución austríaca de 1920 que prohíbe a los tribunales judiciales controlar la constitucionalidad de las leyes, pero a su vez establece un tribunal constitucional, como único autorizado para conocer de la constitucionalidad de las leyes.

Se encuentran así dos ideas fundamentales: una de carácter negativo, que rechaza la posibilidad que los tribunales ordinarios estén legitimados y sean competentes para pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas secundarias, responde a la concepción europea del papel de los jueces, del papel del legislador y la supremacía del parlamento, que responde a una visión democrática y liberal; otro de carácter positivo, que establece un sistema que garantiza la preeminencia de la constitución, como una norma jurídica vinculante, sobre las decisiones del legislador, rompiendo con ello la idea de la supremacía de la ley y su sustitución por la idea de la supremacía de la constitución.¹

Con estos aspectos, negativo y positivo, se trata de asegurar la supremacía de la constitución frente al legislador y frente al juez ordinario. Para ello, el modelo diseñado sobre todo por Hans Kelsen, trata

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

¹ Rodríguez Piñeiro; Miguel y Bravo-Ferrer, el Tribunal Constitucional Español; Tribunales Constitucionales y Defensa de orden Constitucional; en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, No. 8, México, UNAM y otros; 1994, pp. 9-15.

¿Cuál es el fundamento político para que los tribunales constitucionales, no electos popularmente, invaliden leyes y actos expedidos por genuinos representantes de los ciudadanos, el congreso y el jefe del ejecutivo?

de asegurar un control jurídico de la tarea legislativa, sin permitir una intervención de los jueces ordinarios; un modelo que consiste en un control concentrado que recae en un tribunal especial, constitucional, no judicial. De esta manera se reconoce la crisis de la ley, pero sin caer en un activismo judicial, con lo que se salva el conflicto entre el parlamento y el poder judicial.

Este sistema de control constitucional instaura un sistema de jurisdicción concentrada, impide que el juez ordinario examine la constitucionalidad de las normas secundarias y separa totalmente al órgano de justicia constitucional de cualquier conexión con los órganos del poder judicial; además, esta separación permite independizarse de todos los poderes estatales que controla, y; por otro lado, lo hace apto para cumplir una función arbitral entre la federación y los estados.

En las constituciones de la posguerra se han introducido novedades significativas a este modelo de control constitucional, ya que a través de la justicia constitucional puede garantizarse una defensa de derechos fundamentales del ciudadano, quien puede tener acceso directo o indirecto al propio tribunal constitucional. Ello constituye la culminación del estado constitucional de derecho, no sólo encaminado a hacer efectivos los derechos fundamentales, sino a establecer un equilibrio adecuado de los poderes estatales.

SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Es indudable que en las últimas décadas los tribunales constitucionales han adquirido una fuerza superior a la de los demás poderes constituidos, toda vez que han adquirido competencia para anular alguno de sus actos, obligarlos a realizar otros o impedir su nacimiento a la vida jurídica. Por tanto, hoy se discute sobre el conflicto que existe entre el control constitucional y algunos principios democráticos.

Planteado de otra manera, sobre la legitimidad de los órganos constitucionales, preguntaríamos: ¿Cuál es el fundamento político para que los tribunales constitucionales, no electos popularmente, invaliden leyes y actos, expedidos por genuinos representantes de los ciudadanos, el congreso y el jefe del ejecutivo?

A la posibilidad que los jueces impongan su voluntad sobre mayorías electorales representadas en los órganos legislativos se le ha llamado la "gran dificultad contra-mayoritaria" de las democracias. No existe una explicación completamente satisfactoria que aclare por qué tales jueces pueden detentar un poder de veto de tanta magnitud.²

La democracia entendida como un simple método pacífico para ele-

² Torres; Luis Fernando, *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003; p.9.

gir a los gobernantes y organizar con procedimientos, instituciones y reglas, el ejercicio del poder, ha colocado a los jueces constitucionales en el centro del debate, desde el momento en que se les encomendó la tarea de asegurar el respeto a las reglas del juego y de corregir los excesos de los órganos del poder público. En otras palabras, son el blanco de discusión desde que el control constitucional cumple el papel de vigilar el funcionamiento constitucional y el de la democracia. Ese rol protagónico ha sometido a los jueces constitucionales a un mayor escrutinio al que están sujetos los demás órganos de poder.

I. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Un primer problema a resolver es el determinar cómo, cuántos y entre quiénes se designará a los titulares irrevocables de un órgano dotado de tanta autoridad. Para algunos estudiosos de la justicia constitucional, como se trata de un tribunal, sus miembros deben provenir del ejercicio judicial y ser los propios jueces, de alto rango, quienes designen a los miembros que compongan el tribunal constitucional; otros analistas prefieren que sean designados por los propios órganos políticos, en virtud de que en el control constitucional se toman decisiones de naturaleza no solamente jurídica, sino también política; por último, existen quienes desean un sistema mixto, en el que los jueces constitucionales deben provenir de los órganos judiciales y de los políticos.

Aunado a lo anterior, también se discute sobre el perfil del juez constitucional. Algunos consideran que para ser buenos jueces, sus miembros deben provenir de las más altas esferas del poder judicial; otros piensan contrariamente a ello y afirman que los jueces constitucionales pertenecen a otra categoría y a otro mundo distinto a los jueces ordinarios, ya que el juez constitucional, al controlar a los poderes públicos y pese a que su actividad y métodos son de naturaleza jurisdiccional, el alcance de sus decisiones tiene con frecuencia un carácter inevitablemente político.

Para darnos una idea de cómo han influido las distintas posiciones en torno a la designación de los titulares de estos órganos constitucionales, mencionaremos algunos ejemplos de Europa y Sudamérica donde se encuentran constituidas estas instituciones.

En el continente europeo no existe uniformidad en los criterios de designación de los funcionarios de la justicia constitucional como veremos enseguida, los tres criterios vistos anteriormente han influido en el diseño de integración de los miembros de estas cortes.¹

1. En Austria, donde surge el tribunal constitucional, se eligen catorce jueces propietarios y seis suplentes; el presidente, el Vicepresidente, junto con otros seis titulares, son nombrados por el Presi-

*En esta área del
continente americano
tampoco encontramos
criterios iguales en
la designación de
los miembros de las
cortes constitucionales
como veremos
inmediatamente*

dente Federal, a propuesta del gobierno federal; los seis miembros restantes, son nombrados por el mismo Presidente Federal, a propuesta en igualdad de número, del Consejo Nacional (congreso) y del Consejo Federal (senado federal).

Podríamos decir que esta composición obedece a factores políticos y no de carácter judicial, por consiguiente, los órganos electos popularmente como el congreso, no seden totalmente el poder que tenían anteriormente a la constitución del modelo de justicia constitucional.

2. En Alemania, una de las democracias más sólidas del planeta, se ha optado por la fórmula de designación por parte de los órganos políticos, concretamente por el parlamento y el senado, quienes eligen ocho jueces cada uno, con una mayoría calificada de dos tercios de las respectivas cámaras, duran doce años en sus funciones y no pueden ser reelectos.

Aquí notaremos que no interviene ni el jefe de Estado ni de gobierno en su designación, ya que en Alemania se vive una de las democracias parlamentarias más consolidadas, donde el jefe de Estado y del gobierno son electos por el mismo Parlamento.

3. En Italia, de conformidad con su constitución, el tribunal constitucional está integrado por quince miembros en una fórmula mixta, político-judicial, repartida, por partes iguales, entre el Parlamento, el Presidente de la República y las más altas magistraturas judiciales y administrativas.
4. En España, al igual que el caso italiano, optaron por la misma fórmula mixta en la cual el Tribunal Constitucional está constituido por doce magistrados, nombrados por el Rey, a propuesta, cuatro de ellos por el congreso de diputados, cuatro por el senado, dos por el gobierno y dos por el consejo general del poder judicial. El nombramiento que hace el Rey es únicamente protocolario, ya que el peso real de designación recae en los órganos mencionados.

Sudamérica

En esta área del continente americano, tampoco encontramos criterios iguales en la designación de los miembros de las cortes constitucionales como veremos inmediatamente.

1. En la República del Perú el tribunal constitucional se compone de siete miembros, duran cinco años en su cargo y su generación es netamente política, en virtud de que son electos por

el congreso de la república, cámara única, con el voto de dos tercios de sus miembros.

2. En Colombia, la corte constitucional se compone de nueve magistrados nombrados por el senado de la república, por un periodo de ocho años individuales, a través de ternas que presenta el presidente de la república, la corte suprema y el consejo de estado.
3. Por lo que se refiere a Ecuador, el tribunal constitucional está compuesto por nueve vocales, con cuatro años de funciones y pueden ser reelectos, designados por el congreso nacional, por el voto mayoritario de sus integrantes de la siguiente manera: dos, de ternas enviadas por el presidente de la república; dos, enviadas por la corte suprema de justicia, de fuera de su seno; dos, elegidos por el congreso nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores; uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales; uno, de la terna enviada por las centrales de los trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinos de carácter nacional, legalmente reconocidas; uno, de la terna enviada por las cámaras de la producción y legalmente reconocidas.

Es interesante anotar cómo en Ecuador se toma en cuenta para la designación de los titulares del tribunal constitucional a los distintos sectores, tanto gubernamentales como de la sociedad civil, en ejercicio de pluralidad, ya que no sólo se toma en cuenta al legislativo y ejecutivo, sino también al poder judicial, a los alcaldes y a los sectores sociales, incluyendo trabajadores, campesinos, indígenas y empresarios. Sería interesante, en un trabajo posterior, hacer un análisis y seguimiento de cómo los sectores sociales se ponen de acuerdo para enviar sus respectivas ternas al congreso nacional, porque no sólo interesa que se tomen en cuenta a estos sectores, sino también qué factores se toman en cuenta para la designación de tales funcionarios, porque se puede caer en el juego de la demagogia como en nuestro país que cuando se habla del sector obrero, campesino y empresarial, realmente representan a un grupo muy pequeño de estos sectores, regularmente de aquéllos que están en componenda con el ejecutivo federal.

4. Otra forma de elección del tribunal constitucional la encontramos en Chile, ya que está integrado por siete miembros designados de tres ministros de la corte suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; un abogado designado por el presidente de la república; dos abogados elegidos por el consejo de seguridad nacional; un abogado elegido por el senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

Al respecto, sólo cabe mencionar que el consejo de seguridad nacional es un órgano técnico, por lo cual, en este país se rompe con la tradición de que en la designación de los miembros de un tribunal constitucional intervienen sólo los órganos judiciales y políticos, pero recordemos que en Chile se vivió una dictadura derivada de un golpe de Estado, por lo cual se considera de vital importancia el papel que juega el consejo de seguridad nacional quien se encarga de proponer medidas para que se resguarden las instituciones democráticas de su país.

A final de cuenta, no consideramos que exista una fórmula única que se acerque a lo ideal, en virtud de que en cada país se viven procesos y circunstancias muy distintas. En México, por ejemplo, consideramos que primeramente tendríamos que entrar en un proceso de reforma profunda a nuestras instituciones puesto que nuestra "democracia" está muy cuestionada, por tanto, cualquier fórmula que se quisiera implementar caería en algún vicio, por el cuestionamiento que tienen nuestras instituciones políticas y judiciales; sin embargo, poniéndonos en el escenario de que existiera realmente un órgano constitucional independiente, optaríamos por que sus integrantes fueran electos por una mayoría calificada del senado, a través de una convocatoria abierta, donde los perfiles de los aspirantes fueran revisados cuidadosamente por un órgano ciudadano confiable, derivado de los distintos sectores sociales.

Por otro lado, al ser el control constitucional una actividad que influye en la vida política y que, de hecho, las resoluciones de estos órganos tienen una carga eminentemente política más que jurídica, el perfil de los funcionarios que componen los tribunales constitucionales deberían ser revisados escrupulosamente por el órgano ciudadano que proponemos, particularmente, se debería seleccionar a aquellos perfiles de carácter progresista que garanticen en alguna medida el desarrollo de los derechos humanos y la democracia.

Recordemos que las principales funciones de estas cortes radican en preservar la constitucionalidad de los actos de los órganos legislativos y ejecutivos de un Estado, es decir, a través de este control vigilan y defienden los derechos fundamentales y las instituciones democráticas de un país. Además, cuando un tribunal de esta investidura emite una resolución, tiene el carácter de ser inatacable y obligatoria, por ello, sus miembros adquieren mucho poder dentro de un Estado, ya que basta una decisión suya para establecer los alcances de una institución o de nuestros derechos fundamentales; sus decisiones se basan, esencialmente, de sus principios ideológicos e intereses políticos, aun cuando jurídicamente fundamenten sus actos en normas jurídicas, éstas pueden ser manipuladas, sobre todo si están basadas en principios.

En este sentido, la comunicación judicial, en tanto componente inevitable de la construcción de legitimidad, deja de ser una etapa final del proceso decisorio mediante el cual el órgano judicial se relaciona con el entorno para pasar a ser una dimensión que impregna toda la actuación del tribunal

II. COMUNICACIÓN JUDICIAL

Hemos repetido, a lo largo del presente ensayo, que los jueces del control constitucional han pasado de ser jueces ejecutores de la voluntad legislativa a desempeñar un rol protagónico de las decisiones rectoras de una sociedad; por tanto, en este nuevo papel que asumen, la capacidad jurisdiccional del tribunal pasa a depender de su legitimidad y ésta se nutre de las percepciones del público y del sistema político, más que de los resultados concretos de su accionar.³

Desde esta perspectiva, el ámbito de la comunicación judicial se relaciona con el modo de gestionar el lugar simbólico que el tribunal constitucional ocupa en la sociedad, ello es con la tarea primordial de adquirir, administrar y, en la medida posible, aumentar el caudal de legitimidad institucional. Recordemos, en este sentido, que la legitimidad es una percepción o suposición generalizada de que las acciones de una entidad son deseables, correctas o apropiadas dentro de un sistema socialmente construido de normas, creencias y definiciones, de modo que la legitimidad es una percepción o suposición en el sentido en que representa una reacción de los observadores a la organización como ellos la ven; por tanto, la legitimidad es poseída objetivamente, pero creada subjetivamente. La legitimidad es socialmente construida en el sentido de que refleja una coherencia entre las conductas de la entidad legitimada y las creencias compartidas de algún grupo social.⁴

En este sentido, la comunicación judicial, en tanto componente inevitable de la construcción de legitimidad deja de ser una etapa final del proceso decisorio mediante el cual el órgano judicial se relaciona con el entorno, para pasar a ser una dimensión que impregna toda la actuación del tribunal. Los tribunales constitucionales tendrán que dejar de actuar al margen de la sociedad y transparentar todos sus procesos, de inicio a final, con el objeto de generar un debate público

3 Thury Cornejo, Valentín, La Legitimidad de los Tribunales Supremos y sus Estrategias Comunicativas: el Caso de la Corte Suprema de EE.UU, *Estudios constitucionales*; versión On-line ISSN 0718-5200; *Estudios Constitucionales* v.7 n.1 Santiago 2009; doi: 10.4067/S0718-52002009000100008; *Estudios Constitucionales*; Año 7, N° 1, 2009, pp. 243-275.

4 *Ibidem*

entre los sectores de la población, ya que las decisiones que se toman en estas cortes de control constitucional, como lo habíamos señalado anteriormente, trascienden la vida política de un Estado y en una democracia, es trascendental la participación de los sectores más amplios de la población.

III. DEBATE ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO Y EL PENSAMIENTO DEMOCRÁTICO

Los primeros en establecer una posición respecto a los posibles excesos del legislador frente a la constitución fueron los padres fundadores de Estados Unidos; en los primeros años de vida independiente de ese país las legislaturas locales aprobaron leyes a favor de los deudores de una élite económica estadounidense. Este último sector se quejó del despotismo legislativo de los estados. Alexander Hamilton denunció los excesos de las legislaturas locales mientras que George Washington argumentó en contra del poder de dichas legislaturas; derivado de ello, se utilizó al poder judicial para contener la influencia de las legislaturas locales.⁵

Los originalistas

El originalismo es una posición estadounidense construida para justificar la neutralidad de los jueces y con ello intentar reducir la crítica que aduce que mediante los poderes de interpretación el juez vulnera al legislador. Esta corriente demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez estadounidense, pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad.

La polémica entre Kelsen y Schmitt

El debate entre Kelsen y Schmitt, uno de los más importantes del siglo XX, se expone en sus respectivas obras: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, del primero, y; *La Defensa de la Constitución*, del segundo autor.

Kelsen establece su preferencia por el control jurisdiccional de la constitución, pero no a través de los jueces ordinarios sino por medio de un tribunal independiente de los demás órganos del Estado, judiciales y políticos. Para este autor, la diferencia entre un órgano judicial ordinario y un tribunal constitucional radica en que el primero produce normas que resuelven controversias específicas, mientras que el tribunal constitucional anula normas y actúa como legislador negativo.⁶ Se pronuncia por un tribunal constitucional limitado, se opone a la interpretación de cláusulas y principios abstractos.

5 Cárdenas Gracia, Jaime; *La Argumentación como Derecho*, México, UNAM; 2005, pp. 157-159.

6 *Idem*, pp. 162-166.

En cambio, para Schmitt existe una desconfianza hacia el Parlamento y a los tribunales constitucionales. En el caso del primero, por su incapacidad de representación y su débil legitimidad democrática; en cuanto a los segundos, considera que su ilegitimidad se acentúa más que la parlamentaria. Considera que el parlamento no manifiesta la unidad e identidad del pueblo alemán, no es adecuado para defender la homogeneidad social; en realidad es un generador de la necesidad de defensa de la constitución que sólo puede hacer de manera legítima el presidente del Reich, hombre de confianza del pueblo alemán.⁷

El constitucionalismo fuerte frente al pensamiento democrático fuerte

I. El constitucionalismo fuerte

La supremacía constitucional implica que las normas de la constitución tengan la fuerza suficiente para provocar la invalidez de las normas inferiores que entran en contradicción de las mismas. Esta característica es la raíz principal de la tensión entre los jueces constitucionales y el parlamento democrático. La segunda causa de tensión son los principios constitucionales, por el temor de que los jueces los interpretaran discrecionalmente y así éstos se convirtieran en un poder excesivo.

Para los defensores del constitucionalismo, el papel de los tribunales constitucionales no conlleva un peligro para la democracia. Dworkin, considerado junto con Ferrajoli, de los principales constitucionalistas, reconoce que los jueces pueden abusar de su poder como cualquier otro poder y argumenta que el control de constitucionalidad está democráticamente justificado porque aporta nuevos argumentos en el debate político, argumentos, sostiene, relacionados con los principios constitucionales y que se esgrimen antes, durante y después de la discusión judicial. Dado que los principios, junto con las reglas, son el fundamento de la comunidad política, la ponderación entre principios a cargo de los jueces es inevitable y positiva, ya que de otra forma sería imposible encontrar la mejor solución desde el punto de vista de la moralidad política sustantiva.⁸

Para los constitucionalistas, el control jurisdiccional de la constitución es la mejor garantía de los derechos fundamentales y de las condiciones que hacen posible la democracia; sin embargo, algunos constitucionalistas reconocen que esto supone un margen discrecional en la interpretación e implica delegar poder en manos de los jueces. Por ello, Víctor Ferreres, ante este problema, señala dos posibles soluciones: a) que los órganos representativos, a través de las facultades de reforma constitucional, puedan cuestionar y eventualmente rechazar la interpretación de los jueces constitucionales; b) que el legislador ordinario pueda aprobar una ley con un contenido similar al que fue declarado

7 *Ibidem.*

8 Salazar Ugarte, Pedro; *La Democracia Constitucional, Una Radiografía Teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006, pp. 220-229.

Waldron no niega que los derechos constituyan algún tipo de limitación para las decisiones democráticas, pero refuta que dichos límites tengan que ser constitucionalizados

inconstitucional. El propio Ferrer descarta la primer solución, ya que se correría el riesgo de cerrar la deliberación pública, por lo cual se tendría que limitar la reforma constitucional (el coto vedado); en cambio, propone dejar las manos libres al legislador para que actúe de nuevo.⁹

II. El pensamiento democrático.

El pensamiento democrático radical sostiene, ante la idea de establecer un coto vedado a las decisiones de la colectividad, que la comunidad política debe ser el órgano único de decisión o que los procedimientos de deliberación y decisión democráticos son la fuente última de legitimidad de las decisiones colectivas, se excluye la rigidez constitucional en sentido fuerte. Si se defiende que la colectividad del presente es la única autorizada a decidir sobre las cuestiones fundamentales, se debe argumentar que el poder de reforma constitucional no debe limitarse.

Jeremy Waldron, un defensor radical de la democracia, rechaza cualquier tipo de protección constitucional a los derechos fundamentales; defiende la importancia de los derechos fundamentales, pero, rechaza todo el aparato jurídico que el constitucionalismo ha venido creando para protegerlos. La mejor manera de proteger los derechos es dejándolos en manos de los ciudadanos y no incorporándolos en una constitución. Para explicar esto Waldron propone distinguir dos concepciones de esta forma de gobierno: a) una concepción *benthamiana*, según la cual los individuos son egoístas y sólo actúan pensando en sus beneficios individuales; b) una concepción *rosseauiana*, para la cual los individuos se comportan teniendo en cuenta el interés general de la colectividad. La primer concepción que corresponde a la teoría de Dworkin y en la cual los derechos fundamentales deben imponerse como limitaciones a la capacidad de decisión de los miembros de la colectividad; en cambio, la segunda concepción asume que los ciudadanos y sus representantes participan expresando sus preferencias pero, buscando la mejor manera de promover el interés de la comunidad. Waldron no niega que los derechos constituyan algún tipo de limitación para las decisiones democráticas, pero refuta que dichos límites tengan que ser constitucionalizados.¹⁰

III. Hacia una posición intermedia

Para evitar el radicalismo constitucionalista y el democrático, podríamos encontrar una serie de fórmulas que tienen relación con lo que hemos venido exponiendo a los largo de este trabajo: en primer lugar, debemos encontrar una fórmula que evite la gran discrecionalidad de los jueces para interpretar la constitución, sin que se entienda que se le da completa libertad al legislador para legislar, sin tomar en cuenta las normas constitucionales; una opción sería dándole facultades al legis-

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*; pp. 238-254.

lador para que interprete los principios constitucionales, tomando en cuenta los tratados internacionales en la materia, con ello se establecería un equilibrio entre el órgano constitucional y el legislador, ya que el juez constitucional, al resolver una controversia entre una norma general y la constitución, estaría obligado a tomar en cuenta dichas interpretaciones hechas por el legislador; otra propuesta sería la señalada anteriormente, en el sentido de revisar cuidadosamente a través de un órgano ciudadano, el perfil de los integrantes del tribunal constitucional; en tercer lugar, que fueran los órganos colectivos de representación popular quienes, por medio de mayorías calificadas, eligieran a los mencionados integrantes del tribunal constitucional; por último, darle mayor participación a los ciudadanos en los procesos legislativos, con figuras como el referéndum y transparentar los procesos de actuación judicial, para el escrutinio de la opinión pública.

Existen dos Estados que han establecido limitaciones a la declaración de inconstitucionalidad por parte del tribunal constitucional: en Canadá el Parlamento puede decidir, por la mayoría requerida para el procedimiento legislativo ordinario, que una ley considerada inconstitucional por el Tribunal Supremo continúa en vigor por un plazo de cinco años; por su parte, en Suecia, para enmendar el catálogo de derechos que goza de la protección constitucional más fuerte basta la misma mayoría necesaria para aprobar cualquier ley, aunque ha de alcanzarse en dos votaciones distintas entre las cuales han de mediar elecciones generales y un mínimo de nueve meses.

Sin embargo, como quedó establecido anteriormente, nuestras instituciones democráticas, en su integridad, tendrían que ser sometidas a un escrutinio profundo, ya que no existe fórmula adecuada frente a un régimen autoritario como el nuestro.

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell, Miguel y otros, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La Argumentación como Derecho*, México, UNAM, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Rodríguez Piñeiro; Miguel y BRAVO-FERRER, El Tribunal Constitucional Español; Tribunales Constitucionales y Defensa de orden Constitucional; SALAZAR UGARTE, Pedro; La Democracia Constitucional, Una Radiografía Teórica, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.

Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica; No. 8; UNAM y otros; México; 1994.

Thury Cornejo, Valentín, *La Legitimidad de los Tribunales Supremos y sus Estrategias Comunicativas: el Caso de la Corte Suprema de EE.UU.*; Estudios constitucionales; versión On-line ISSN 0718-5200; Estudios constitucionales v.7 n.1 Santiago t2009; doi: 10.4067/S0718-52002009000100008; *Estudios Constitucionales*; Año 7, N° 1, 2009.

Torres; Luis Fernando; *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003.



El Constitucionalismo en México

Rodolfo Gutiérrez Sánchez*

INTRODUCCIÓN

Al paso de tres décadas de vida independiente, México sufrió constantes movimientos internos y agresiones externas que suscitaron en el ánimo popular sentimientos de optimismo en el inicio, y una depresión y crisis profunda que alimentaron un gran pesimismo que produjo opiniones de duda en la población acerca de su futuro como nación.

En este lapso de tiempo perdió la mitad de su territorio, las guerras internas, las agresiones y la guerra con los Estados Unidos (1846-1848), la guerra de castas, el movimiento separatista de Yucatán, que desató la "casta divina", grupo de criollos dominante que ofreció la península como colonia. Así, México pasó abruptamente de un entusiasmo a una situación de desastre y un gran fracaso en el ensayo de las estructuras políticas transitó por el imperio, las repúblicas federales y la centralista, formas políticas que no habían logrado darle al país recién independizado, la paz, prosperidad y estabilidad política y nacional que tanto había anhelado y por lo que se había luchado, en vez de ello se sucedieron las ambiciones de Iturbide, la independencia de los primeros dirigentes de la nación, guerras, rebeliones, movimientos separatistas (Yucatán y Texas), ante ello el país parecía quebrarse, pulverizarse, desintegrarse y echar por la borda los objetivos de la independencia.

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

Pero un grupo de hombres íntegros, honestos, decididos, que recogieron con valentía las banderas y se aprestaron a dar batalla por la transformación social de México, con la intención de fortalecer la conciencia nacional y establecer un régimen democrático y de forma republicana del poder político.

Pero un grupo de hombres íntegros, honestos, decididos, que recogieron con valentía las banderas y se aprestaron a dar batalla por la transformación social de México, con la intención de fortalecer la conciencia nacional y establecer un régimen democrático y de forma republicana del poder político. Esta nueva generación de extraordinarios mexicanos se orientó por la idea de superar los problemas, transformar al país, impulsar el progreso y atender los reclamos del pueblo y sacarlos de la situación de ignorancia y extrema pobreza; cierto, tal empresa, comprendía serias y graves dificultades, a las cuales decidieron, no obstante, enfrentar y lograr remontar.

Este grupo de brillantes mexicanos, eran liderados por el General Juan Álvarez, destacado luchador liberal, quien convocó a la continuación de la lucha política, mediante el "plan de Ayutla", que pronto se convirtió en un gran movimiento y que se distinguió de otros movimientos anteriores: por la fortaleza de ideas y principios políticos y morales del General Álvarez, por su reconocida ideología liberal, buscando realizar una verdadera revolución social mediante una auténtica renovación política y social profunda, convocando a la participación de amplios sectores del pueblo: Comonfort, Benito Juárez, Gómez Farías, Guillermo Prieto, los hermanos Lerdo de Tejada, Melchor Ocampo, Ponciano Arriaga, Ignacio Ramírez (el Nigromante) y sería interminable la lista de liberales que se incorporaron al movimiento liberal por la nueva república.

Al mando de este grupo de liberales se consolidó la época que se denomina de "La Reforma", que se sustentó en la Constitución de 1857, entró en vigor el 5 de febrero después de ser aprobada en el congreso constituyente del mismo año, que inició su integración ya no por estamentos o "cuotas de poder", sino por diputados electos en un sistema de tres fases: a) Juntas primarias, b) Juntas secundarias, c) Por Estados, por cada 50 mil ciudadanos corresponde un congresista, en cada paso se discutía con intensos debates hasta lograr el consenso.

La Constitución de 1857 representa importantes avances de consolidación democrática y de respeto por las garantías de libertad de los ciudadanos: en primer lugar establece una transformación más a fondo que rebasó o remontó los ordenamientos constitucionales anteriores, prevalecieron los postulados del liberalismo y en ello, los constituyentes del 57 se aplicaron con gran entusiasmo, tal como se habían formulado en Europa, desde fines del siglo XVIII: es decir, se defendieron los principios de libertad para que cada quien hiciera uso de sus bienes en la forma que considerara conveniente, mientras no violara la ley; la igualdad así establecida no era (ni es) real: un propietario tendría mucho más posibilidades de hacer su voluntad que alguien que no lo fuera; en el trato entre un obrero y un empresario, este último tendría (y tiene) más fuerza de negociación que el trabajador individual a ello nos quiere llevar el actual secretario del

trabajo, el fundamentalista Javier Lozano Alarcón, en su propuesta de reforma laboral.

Sin embargo, los constituyentes eliminaron los fueros y privilegios del alto clero político, estableciendo la libertad de culto y de religión, oponiéndose a que la religión católica fuera la única o de Estado; proclamaron por primera vez, en la Sección Primera “los derechos del hombre” que consideraba entre otras libertades, la de enseñanza, de profesión, de expresión y abolió leyes privativas y sólo admitió el fuero de guerra para delitos y faltas estrictamente relacionadas con asuntos militares. A pesar de lo anterior, no se expresaron contra las creencias religiosas, seguían apelando a Dios, pero consideraron que el clero debía seguir con su misión espiritual y abandonar la militancia y participación política. Circunstancias que asientan con claridad en su decreto de la Constitución Política de la República: “en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano”.

La reticencia y rechazo a la promulgación de la Constitución en 1857, por parte del clero no se hizo esperar, llegando incluso a ordenar que se negara la absolución de los pecados a quienes hubieran jurado la Constitución a menos que se retractaran públicamente, según el arzobispo de México, Lázaro de la Garza, —antecesor histórico del actual Arzobispo Primado de México Norberto Rivera—. El papa Pío IX, en 1856, condenó totalmente las leyes de Reforma ya aprobadas, así como el proyecto de Constitución; se opuso a la tolerancia religiosa y a la supresión del fuero eclesiástico. Por supuesto, que esta actitud del clero mexicano provocó el descontento y el enojo de los liberales mexicanos que con justa razón acusaron al alto clero de actuar, bajo las órdenes de un gobierno extranjero y con ello violar la soberanía nacional.

ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO

Ante las próximas elecciones (2010-2012) se recrudece la crisis política que hoy vive el país. Pero no se trata de una simple crisis, se trata de algo mucho más profundo, más verdadero, más “catastrófico”. Se trata ni más ni menos de que el “barco de gran calado”, la “fortaleza de las finanzas” no fueran verdades sino preámbulos al “hundimiento”, al “naufragio”, que una elemental teoría política nos dice, que estamos ante una crisis total de las principales instituciones del país.

Hoy en día, se requiere necesariamente una respuesta muy cuidada, seria, responsable de los principales actores políticos, académicos, especialistas y sobre todo conjuntar la participación amplia, de los líderes o representantes de los sectores sociales, económicos, sindicales (no los formales), campesinos, comerciantes y otros representativos de la mayor participación ciudadana. Por ello, proponemos algunos temas que deben ser discutidos, consensados y acordados en un ambiente de madurez democrática, social y política:

Reconocer que la crisis de hoy, en buena parte se debe al rechazo, al repudio generalizado de los ciudadanos a los órganos del Estado, principalmente por el proceso electoral, a los partidos políticos, a las actuaciones de organismos, como el Instituto Federal Electoral (IFE), el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Ejecutivo Federal, por la pésima conducción de la economía y la errática actuación del titular y sus ineptos colaboradores

1. Primero se debe reconocer el estado de crisis y en un ejercicio cierto, veraz, de autocrítica, reconocer el fracaso, o en todo caso, lo mínimo, reconocer el agotamiento de las instituciones del Estado;
2. Reconocer que la crisis de hoy, en buena parte se debe al rechazo, al repudio generalizado de los ciudadanos a los órganos del Estado, principalmente por el proceso electoral, a los partidos políticos, a las actuaciones de organismos, como el Instituto Federal Electoral (IFE), el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Ejecutivo Federal, por la pésima conducción de la economía y la errática actuación del titular y sus ineptos colaboradores;
3. Esta situación caótica se debe al divorcio evidente entre la sociedad y el Estado. Este alejamiento total o casi total sería válido decir, entre los ciudadanos y el gobierno, no apareció como por arte de magia o por generación espontánea, se ha venido madurando desde hace casi tres décadas, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que su inicio se remonta a la llegada de Miguel de la Madrid al poder y con él arribó el grupo de “tecnócratas” encabezados por el infame político de triste recuerdo Carlos Salinas de Gortari, endulzados con el “podrido” sabor de los “Chicago boys” y siguiendo las enseñanzas del “Gurú” de la economía mundial Milton Freedman y renegando de Keynes.
4. Con la instalación de la base de la Globalización, la Economía del mercado y la instauración de ese engendro mal llamado “neoliberalismo”, se dieron a la tarea de aplicar sus instrucciones y así emprendieron el desmantelamiento del Estado Mexicano: privatizaron más de mil empresas paraestatales; Teléfonos de México, Ferrocarriles de México, FertiMex, Altos Hornos de México, Aeroméxico, Mexicana de Aviación, y otras tantas empresas del Estado. Quedando actualmente tan sólo Petróleos

Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad. Empresas que han sido sometidas a un lento pero progresivo debilitamiento, saqueo, corrupción administrativa en complicidad con lo más “espurio” del sindicalismo oficial.

5. Hoy vemos impávidos, cómo en todos estos años de engaño, de mentira, de simulación se ha llegado al final del precipicio, tal parece que no queda otra salida, que no sea la abolición de los derechos de las mayorías para favorecer intereses privados, o el desdén o indiferencia de los reclamos y necesidades ciudadanas, del pueblo pues. Se deja de lado todas las funciones del Estado y por ende del gobierno de abatir, disminuir y enfrentar la criminal diferencia entre los pocos que tienen lo mucho y los muchos que carecen hasta de lo más necesario.
6. Con este gobierno, nos queda claro, la falta de rumbo, de timonel para conducir el país por la ruta de la democracia, así a secas, sin la ruindad en los objetivos al gusto de los que más tienen y no se cansan de tener más a costa de la desigualdad social, de la pobreza, de la concentración de la riqueza en unos cuantos; no buscar un equilibrio en el desarrollo económico y social en beneficio de todos y donde importe más la legitimidad que la legalidad, donde el interés de la comunidad, de la ciudadanía, importa más que el interés de los individuos, de unos cuantos, de los pocos que ostentan el poder económico y político.
7. La salida la hay: En un Estado social, democrático y de derecho: donde lo social prevalezca sobre lo individual, donde lo importante sea buscar el beneficio de las mayorías, donde la organización colectiva, comunal sea la que levante las banderas de la lucha por “un nuevo orden de las cosas”, por mejores condiciones de vida, por la salud, la educación, mejores salarios y prestaciones sociales, por la igualdad, por el respeto de las libertades, por el derecho de las mujeres a decidir, por el respeto a la infancia, por el respeto a la diferencia, por el respeto a los derechos humanos. Por la democracia real que permite al ciudadano mayor participación en la toma de decisiones fundamentales de un gobierno no sólo legal sino legitimado en el ejercicio racional y justo del poder político. Sí, hay salida: la solución está en el pueblo organizado.

REFORMAS O NUEVA CONSTITUCIÓN

Formas constitucionales democráticas

La época del constitucionalismo se inicia a finales del siglo XVIII, llamando al documento histórico, jurídico-político: Constitución, y a veces Carta Magna, Norma Superior, Ley Suprema, y sobre todo cobra importancia su contenido: normas, principios y postulados; en su arti-

De igual forma las funciones, facultades, y atribuciones de los servidores públicos de los tres órganos del poder del Estado y de los servidores públicos de los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal)

culado se establecen las normas básicas y fundamentales de su estructura, principios comunes, perfil del país, así como las diferentes formas de gobierno y organización social y política. De igual forma las funciones, facultades, y atribuciones de los servidores públicos de los tres órganos del poder del Estado y de los servidores públicos de los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal).

La democracia se perfila como una característica esencial del Estado moderno y como una forma fundamental de gobierno. Un gobierno democrático captará más aceptación en la medida en que construya los mecanismos para facilitar la participación de los ciudadanos en la toma de las grandes decisiones económicas, sociales y políticas, toda vez que el poder del Estado es del pueblo y todo poder público dimana del pueblo y éste tiene el inalienable derecho de cambiar la forma de gobierno que más se ajuste a la conveniencia, mejoría y progreso de los ciudadanos (art. 39 constitucional).

En otras palabras la soberanía del pueblo, es decir su autoridad, descansa en el pueblo. Toda constitución debe garantizar los derechos del pueblo, sus garantías individuales y sobre todo sociales; la igualdad entre los ciudadanos, respetar las diferencias, los derechos de las minorías; el derecho a elegir libremente a sus gobernantes. Asimismo, los gobiernos constitucionales, es decir, el Estado democrático es el absoluto responsable de garantizar la paz y seguridad pública, debe instrumentar todas las medidas para abatir el problema de la pobreza y desigualdad social, debe proveer todo lo necesario para hacer llegar la salud y la educación a todos los mexicanos. El Estado debe garantizar siempre elecciones limpias, transparentes, objetivas y equitativas; debe impulsar el proceso democrático en todos los campos de la actuación humana: en la familia, en la escuela, en la fábrica, en el trabajo, en los sindicatos, en las empresas, en los partidos políticos, y, sobre todo en la acción de gobierno.

Asumiendo como un hecho que las constituciones son el elemento esencial del Estado, México ha sido prolífico en la formulación de proyectos constitucionales tales como: los elementos constitucionales de López Rayón de 1913; los Sentimientos de la Nación de don José María Morelos y Pavón, 1813; la Constitución de Apatzingán 1814, misma que no entró en vigor; la Constitución de 1824 es históricamente la primera constitución en el México independiente. Brevemente es necesario hablar de lo sucedido con el primer gobierno conservado-centralista que llegó al poder en México en los años 1835-1846. El mismo que después de derogar la Constitución de 1824, se dio a la tarea de formular la primera constitución centralista (conocida como la de las 7 leyes) confirmada después en las "bases orgánicas" de 1843. Resalta en este periodo y que es común a la derecha (incluida la actual) la incapacidad, incompetencia, la torpeza y frivolidad para gobernar, no les gusta o no quieren o no saben gobernar. El gobierno centralista no pudo, no logró conseguir la paz pública, la calma, la tranquilidad, el orden social que anhelaba el

pueblo, los ciudadanos de esa época, verbigracia el ínclito Antonio López de Santa Ana asumió varias veces la presidencia de la república (11 veces) y se retiró otras tantas.

En este gobierno se dieron “la guerra de Texas” y la “guerra de los pasteles”, por lo que se distinguió este periodo por la violencia generalizada, la inestabilidad política y la ingobernabilidad, la incapacidad, la corrupción, la inseguridad, lo fallido lo débil lo ineficaz del gobierno, algo parecido a lo que sucede en estos últimos 10 años de gobierno de la derecha y ante su incapacidad se propuso la “idea” de traer un monarca europeo el autor de esta propuesta pública fue el derechista José María Gutiérrez de Estrada quien fue obligado a salir del país por tal propuesta, años más tarde fue retomada y salieron presurosos para Europa Mejía, Negrete, Miramón.

A los tres poderes del Estado, los conservadores añadieron un cuarto poder que denominaron “Supremo Poder Conservador”, el cual tenía como función principal el velar por que las “nuevas reglas” no fueran violadas, además de garantizarles los privilegios del clero católico, se aumentó el período presidencial de 4 a 8 años, nunca se cumplió pero lo intentaron, las entidades federativas fueron transformadas en departamentos, y se sostuvieron los “cacicazgos” regionales. Está claro, del pueblo, de los ciudadanos. Por eso, hoy debemos fortalecer los movimientos sociales que aspiren a la libertad, igualdad, seguridad, bienestar del pueblo ¡no hay de otra!

EL CONSTITUCIONALISMO Y LA REPÚBLICA

Después del fracaso del gobierno centralista-derechista, toda vez, que al no lograr una estabilidad social y política provocó un gran descontento en la población, la que consideraba un insulto dispendios y privilegios de la clase “gobernante” y la “silvestre” aristocracia que pretendieron vivir con lujos y ostentaciones al igual que las monarquías lo que dio lugar a un gran movimiento armado opuesto al centralismo que llevó al poder al general Paredes Arrillaga, quien de inmediato convocó a un congreso constituyente mediante un procedimiento conocido como “estamentos”, donde se elegirían a sus miembros, 168, quienes integraban el congreso en la porción siguiente: 38 representantes de los propietarios agrícolas; 20 del comercio; 14 por cada una de las siguientes ramas: minería, industria manufacturera, letrados, magistrados, y de la administración pública; 20 del clero y 20 del ejército. Nótese que el grueso de la población: campesinos, labradores, mecheros, aparceros, mujeres, profesores, indígenas, y otros grupos no existieron para los gobernantes de esa época, como tampoco existen para los de ahora, ¿mera coincidencia?

De manera sucinta es importante mencionar a la par el contenido de las repúblicas habidas históricamente y el contenido del constitucionalismo que les dio fundamento.

De manera sucinta es importante mencionar a la par el contenido de las repúblicas habidas históricamente y el contenido del constitucionalismo que les dio fundamento

La primera República Federal (1824-1835) tuvo como primer Presidente de México independiente a Guadalupe Victoria, quien en realidad se llamaba Manuel Félix Fernández (1824-1829) sucedió en el gobierno a Agustín de Iturbide (1821-1822), presidente de la Junta Provisional Gubernativa y de la Regencia. Pero la ambición de éste y sus verdaderos propósitos lo llevaron a proclamarse Emperador de México (1822-1823), pero fue derrocado y expulsado del país, nombrando a Nicolás Bravo miembro de la Regencia como Presidente Interino de ésta y del Triunvirato (1823-1824).

En esta primera República, se dio un fuerte debate entre las dos posiciones más influyente en el México naciente a la vida independiente sobre cuál forma de gobierno habría que escoger para el país. Los centralistas eran partidarios de un poder fuerte que mantuviera lo esencial de la estructura colonial y los federalistas eran quienes pugnaban por una mayor participación de los ciudadanos, resultando triunfantes los federalistas, constituyendo la forma y estructura de la República, popular y federal; con división de poderes entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de hecho el poder Ejecutivo fue el dominante. En esta parte, es prudente anotar que las luchas políticas por el poder se siguieron sucediendo, expresándose en los debates surgidos entre las logias masónicas que llenaron el vacío de la lista política, por ausencia de partidos políticos, es de anotarse que las logias sirvieron de base para la creación de los partidos políticos: conservadores y liberales.

La logia escocesa, fundada en 1815, con la influencia de liberales moderados españoles, a los cuales se agruparon los centralistas que seguían como fuertes reaccionarios a la nueva república y dolidos por las derrotas sufridas seguían incidiendo en la vida política con sus pretensiones de regreso de la monarquía, ideal sostenido por el partido conservador.

La logia yorkina influenciada por el gobierno de Estados Unidos de Norteamérica envió, para su organización al ministro plenipotenciario J.R. Poinsett, quien reunió a los federalistas para orientarlos a la creación del partido liberal o del progreso que, contrario al partido conservador, defendió la república federal representativa y popular.

Sin embargo, los constantes desórdenes, los choques continuos a propósito del intento de reforma de 1833 de Valentín Gómez Farías, provocaron el temor, el miedo a los grupos privilegiados del ejército, el clero y ricos y grandes propietarios que vieron a la reforma como una posible pérdida a su situación económica y se lanzaron a la sublevación con el lema "Religión y Fueros", haciendo crecer la idea de sustituir el sistema federal por el centralista, con base en un orden fuerte o gobierno fuerte, mediante el uso de las fuerzas militares, y de establecer un gobierno militar, por eso se llamó al general Santa Anna a ocupar de nuevo la presidencia de la república (como se ve, Calderón no es el primero en utilizar al ejército para dismantelar la

República, es fiel a su carácter reaccionario y conservador). Así surgió la República centralista (1835-1846).

SOCIEDAD, CONSTITUCIÓN, POLÍTICA

1. La sociedad mexicana desde siempre ha sido conformada por las legítimas aspiraciones de sus componentes, de sus integrantes: campesinos, indígenas, trabajadores del campo y la ciudad, hombres y mujeres que han dedicado su tiempo y en muchos casos sus vidas, por una sociedad justa e igualitaria, que restablezca, restituya, cambie o modifique las condiciones de vida de todos sus integrantes. Morelos, en sus “Sentimientos de la Nación (1813)” convocó a construir el concepto de soberanía popular, que actualmente se ve reflejado en el artículo 39 de la Constitución de 1917, confiando al movimiento de independencia el perfil de un auténtico cambio e innovación de la reivindicación de las aspiraciones del pueblo, para legítimamente luchar por la independencia y proporcionar legalidad y legitimidad a las posteriores luchas por la instauración de la nueva sociedad mexicana y a sus autoridades que habrían de surgir del movimiento independentista.
2. México, merecidamente puede presumir ante el mundo la importante magna y fundamental historia de sus constituciones: 1813, 1814, 1824, 1857, 1917. A través de estas experiencias constitucionales, es que los mexicanos han inspirado el constitucionalismo del país hasta nuestros días: la soberanía nacional, la división de poderes, el presidencialismo, el reconocimiento a los derechos del hombre, la incorporación al texto constitucional de los derechos humanos, el principio de la no reelección, el respeto a los derechos humanos (recientemente incluidos en el texto), la responsabilidad de los funcionarios públicos, el federalismo (aún con muchas indefiniciones), el derecho democrático resultante de la voluntad general que se expresa en la forma institucional de representación política y otras de diversa índole.
3. En los Estados modernos la constitución representa la más viva expresión de las necesidades del consenso, de los acuerdos, de los pactos. Hoy se requiere privilegiar el carácter de la política como la habilidad de discutir, buscar consensos y llegar a acuerdos para conformar las medidas económicas, políticas y sociales, mediante la participación democrática de los amplios sectores de la sociedad y dejar para siempre la antidemocrática forma autocrática. Está claro que el país no puede ni debe ser secuestrado ni ser rehén de las decisiones arbitrarias de unos pocos en detrimento, en perjuicio de la mayoría de los mexicanos.

La sociedad tiene como propios los fines de la paz, el orden social, la libertad, la justicia y los fines de seguridad y certeza jurídica. La Constitución, el orden jurídico es el sustento de toda sociedad contemporánea. La Constitución es el documento político que organiza, estructura, conforma el perfil político, económico, social y cultural, que los mexicanos han querido y desean dar al país y restituir la esencia del hacer político, sirviendo como modelo lo dicho por don José María Morelos, “moderar la opulencia y la indigencia”, sigue siendo hoy en día, una legítima aspiración de todos los mexicanos, bueno no de todos, puesto que a los políticos, a los gobernantes actuales de derecha, no les importa la suerte de millones de mexicanos que hoy viven en la indigencia, mientras que unos cuantos gozan de la más insultante de las opulencias (uno de ellos es el más rico del mundo).

REFERENCIAS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, Porrúa. S.A. 2009.
- Brom, Juan, *Esbozo de historia de México*. México, Grijalbo, segunda edición, 4ta impresión, 2007.
-



Regla de la mayoría y democracia constitucional

Jesús Antonio Camarillo*

I.- PRELIMINARIA

En este trabajo se analiza la construcción teórica que reduce la expresión “democracia” a una simple regla de la mayoría. Se asume que dicha perspectiva que vincula la regla de la mayoría con un sistema de ejercicio del poder o, aún más, con un sistema político fundacional, irrumpe de manera tardía, pues el sentido originario de dicha regla no expresa sustancia o un sentido axiológico, sino más bien, la idea de un método.

Esa idea de la democracia como simple camino procedimental alimenta la noción de una democracia mínima en la que la figura del control judicial de la constitucionalidad es prescindible. No así en la noción de “democracia constitucional”, en la que tanto el atrinchamiento de ciertos derechos como la revisión judicial de la constitucionalidad constituyen imprescindibles mecanismos en la defensa de las libertades y los derechos básicos, entendidos éstos no solamente bajo la tradición liberal, sino también bajo la perspectiva del reconocimiento jurídico de las diferencias que los sistemas han venido desarrollando en la sede jurisdiccional.

* Profesor-investigador de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas. Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

II.- DESARROLLO

Para los críticos del control judicial de la constitucionalidad y del constitucionalismo ambas instituciones son figuras sustancialmente antidemocráticas. La primera, porque, se ha dicho con frecuencia, deja

en las manos de un grupo de élite, carente de representación y de responsabilidad, el proceso controlador de los actos de los otros poderes, especialmente el de los actos del Legislativo, poder que, se presupone, encarna la voluntad popular. En el caso del segundo, porque se parte de la idea de que el constitucionalismo atrinchera un catálogo de derechos fundamentales y de decisiones políticas que se retiran del influjo de las decisiones mayoritarias. En ambos casos, la concepción que se tiene de la democracia es la que reduce su noción a la regla de la mayoría.

Quienes suelen adoptar la posición de la democracia como regla de la mayoría asumen que ese es el sentido originario del vocablo, vinculando tal significado a las etapas clásicas de la ciencia y el comportamiento político. Sin embargo, esta aseveración se puede poner en cuestión, pues si bien es cierto que la regla de la mayoría se evidenciaba continuamente a través de las prácticas y los procedimientos mayoritarios, lo que llevó a Atenas a elaborar uno de los sistemas más depurados de decisión mayoritarios en la institución de la *Ecclesia* y en las asambleas ciudadanas, sede de elecciones y deliberaciones en los que la aclamación era el objeto a ponderar, no menos cierto es, como afirma Giovanni Sartori, que el procedimiento mayoritario constituía un proceso eminentemente práctico, instrumental, ajeno a una doctrina que lo soportara o lo vinculara con la noción de democracia. No era pues, la regla de la mayoría un concepto estructurado teóricamente, era solamente una vía o un instrumento para tomar decisiones.¹

El mismo Aristóteles asume que la cuestión mayoritaria no define un tipo de régimen, ya que constituye un simple instrumento, un procedimiento, que es compatible con cualquier forma pura de gobierno, prueba de ello es que en las oligarquías es principio fundamental que la decisión de la autoridad es la de la mayoría de los gobernantes. Para Aristóteles es un accidente el que los pocos o los muchos tengan el poder, unos en las oligarquías y otros en las democracias. Los asuntos de orden numérico, bajo el esquema aristotélico, no pueden constituir una diferencia esencial, pues en lo que verdaderamente difieren entre sí la democracia y la oligarquía es en la pobreza y en la riqueza.² En este sentido, lo que distingue a una forma de gobierno de otra no es el número, sino la condición social de quienes gobiernan, no un elemento cuantitativo sino uno cualitativo.³ De modo que el régimen de decisión mayoritario no es una característica exclusiva de las democracias sino un medio para otorgarle validez a la deliberación realizada por un grupo de personas que, siendo libres e iguales, toman parte de los asuntos públicos.

En tal vertiente, la visión del mundo de los ciudadanos puede ser descrita por la posición que ésta ocupa en una dimensión única, orde-

1 Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?* Taurus, México, 2003.

2 Aristóteles, *La Política*, Porrúa, México, 1976, p. 205.

3 Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

nada. Para Aristóteles, la dimensión es la riqueza o la clase. Además la posición del ciudadano en esta dimensión determina cuál es la acción de gobierno que más le agrade.

La decisión de conceder el voto a grupos diferentes cambia la distribución de las preferencias en la *polis* y esta distribución modifica la constitución política de la sociedad, según Aristóteles. Así, la democracia es un gobierno en el que los pobres son numerosos y se les faculta para votar; en cambio, un gobierno en el que sólo votan los ricos constituye la oligarquía. Pero ninguna de estas sociedades es realmente compatible con la virtud, pues ni son justas ni son estables.⁴

Tampoco en Roma aparece con claridad una idea sobre la importancia de la mayoría, ya que en el derecho romano, mayoría y minoría no funcionan como dos partes enfrentadas en la defensa de unos derechos contrapuestos dentro del todo que es la corporación. Tal como lo destaca Norberto Bobbio, en el derecho romano la regla de mayoría fue concebida como el procedimiento necesario, o el más idóneo, para la formulación de una decisión colectiva en las *universitates*, esto es, asociaciones de personas en las que la unión de los individuos produce un sujeto colectivo diferente de sus partes y superior a ellas.⁵

En la Edad Media, las técnicas electorales inicialmente aplicadas, no provenían de los griegos, sino de las órdenes religiosas y de los monjes enclaustrados en sus conventos-fortalezas que para elegir a sus superiores lo hacían por medio del voto. En este sentido, por lo que esto entrañaba, al elegir a un jefe absoluto se recurría, por primera vez, al voto secreto, así como a reglas de tipo mayoritario.⁶

En la misma Edad Media, a partir del siglo XII, y por la influencia del derecho romano, se acoge la ficción de que la mayoría representa a todos y éstos a su vez, a la persona jurídica, pero es el derecho canónico quien empieza a transformar ese criterio mayoritario incluyendo el aspecto cualitativo al ya existente aspecto cuantitativo. Así las cosas, bajo el nuevo planteamiento canónico no es suficiente contar las voluntades sino que éstas deben ser pesadas, llegándose al caso en que las minorías numéricas podrían llegar a decidir atendiendo a la *melior pars* y no a la *maior pars*.

Por otra parte, es necesario resaltar que en el proceso de construcción jurídica medieval de la regla de la mayoría se utilizaron inicialmente como paradigmas los conceptos de *universitas* y de corporación al hilo de la glosa del *Habeas iuris civiles*. Los glosadores retomaron por tanto la *fictio* romana, aunque la depuraron en gran medida, precisando en esta línea el modo de aplicación de la regla: convocatoria, quórum, etc. Es precisamente en esta época en donde se ensaya por primera vez la

4 Cfr. Hinich, Melvin y Munger, Michael. *Teoría analítica de la política*, Gedisa, Barcelona, 2003.

5 Bobbio, Norberto. *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 464-465.

6 Sartori, Giovanni. *op.cit.*, p. 140.

Empero, reducir la idea de la democracia a un procedimiento en el que se privilegia la regla de la mayoría, como lo siguen haciendo hoy en día algunos de los críticos más importantes del constitucionalismo y de sus dos elementos básicos, como lo son la rigidez constitucional y el control judicial de la constitucionalidad encuentra severas objeciones.

delimitación del ámbito de validez de los acuerdos obtenidos en relación con los derechos y libertades individuales.

Es posible, entonces, que la construcción teórica que vincula la regla de la mayoría con un sistema de ejercicio del poder, o inclusive con un sistema político fundacional, sea tardía. Esto sucede cuando John Locke describe en su teoría la forma en que surge la sociedad política o civil, es decir, el momento en que cada uno de los miembros haya abandonado su poder natural, abdicando de él en manos de la comunidad. De este modo, si para constituir la sociedad política o civil era necesario contar con el consentimiento de cada uno de los integrantes de la comunidad, ya que solamente a través de éste se podía renunciar a la libertad que implica para el individuo el estado de naturaleza, una vez que se ha configurado esa sociedad política, adquiere el carácter de cuerpo único que para poder actuar en calidad de tal, para Locke, ha de ser por voluntad y determinación de la mayoría,

“[p]ues cuando un número cualquiera de hombres, con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo con poder de actuar corporativamente; lo cual sólo se consigue mediante la voluntad y determinación de la mayoría. Porque como lo que hace actuar a una comunidad es únicamente el consentimiento de los individuos que hay en ella, y es necesario que todo cuerpo se mueva en una sola dirección, resulta imperativo que el cuerpo se mueva hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría”.⁷

Ese carácter sustancial con el que Locke dota al principio mayoritario, no se aprecia en anteriores esquemas filosóficos, en los que, teniendo presente la regla mayoritaria, ésta no representa más que un aspecto instrumental. Por el contrario, en la obra de Locke, su importancia se explicita en varias ocasiones, al grado de irrumpir como elemento de legitimación del ejercicio del poder. Refiriéndose a la regla de la mayoría, dice Locke:

⁷ Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, op.cit, p. 112.

“.. Así, lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad. Eso es, y solamente eso, lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mundo”.⁸

A partir de entonces, la idea de democracia se vincula a la regla de la mayoría. La democracia irrumpe como un mandato de la mayoría. En tal sentido, se entiende que en la democracia se someten las decisiones a la regla mayoritaria. Ese cambio acontece precisamente con la filosofía política de John Locke, puesto que, el derecho de la mayoría se inserta en un sistema constitucional que lo disciplina y controla.

Empero, reducir la idea de la democracia a un procedimiento en el que se privilegia la regla de la mayoría, como lo siguen haciendo hoy en día algunos de los críticos más importantes del constitucionalismo y de sus dos elementos básicos, como lo son la rigidez constitucional y el control judicial de la constitucionalidad encuentra severas objeciones.

La primera, porque los teóricos de la democracia como regla mayoritaria parecen derivar una legitimidad axiológica del mero recuento de votos. Hay una especie de sobrevaluación de la dimensión axiológica del voto. El argumento se reduce a lo cuantitativo. Es una suma de cosas iguales, dice Sartori, igual voto, iguales derechos, esto se convierte en una situación que genera “mayor derecho”.⁹ Pero los números pueden generar fuerza pero no legitimidad. “Una mayoría es siempre y únicamente una cantidad, y una cantidad no legitima nada”.¹⁰ Sobre la imposibilidad de justificar el principio de mayoría atendiendo al aspecto meramente cuantitativo, también se pronunció Hans Kelsen:

“Sería imposible justificar el principio de la mayoría diciendo que más votos tienen mayor peso que menor cantidad de ellos. De la presunción puramente negativa de que uno no vale más que otro, no puede deducirse positivamente que deba prevalecer la opinión de la mayoría. Si se tratase de inferir el principio de la mayoría de la sola idea de la igualdad, se le daría el carácter mecánico y ausente de espiritualidad que le reprochan los partidarios de la autocracia. Sólo sería la expresión pobremente formulada de la realidad de ser superiores los muchos a los pocos, y la afirmación de ser la fuerza antes que el Derecho, sólo quedaría superada por convertirla en principio jurídico”.¹¹

8 *Ibidem*, p. 114.

9 Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?*, *op.cit.*, p. 141

10 *Idem*.

11 Kelsen, Hans. *Esencia y valor.. .op.cit.*, p. 23

“La existencia de una tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”.

Pero además, anteriormente señalamos que la regla de la mayoría, en su concepción originaria, era solamente un instrumento, pero a partir del advenimiento del pensamiento moderno, la regla mayoritaria ostenta inclusive un carácter fundacional. El reencuentro con su sentido originario expresaría que la regla de la mayoría es solamente una técnica, o si se quiere un método, pero no expresa ni pretende expresar un sentido axiológico.

Ahora bien, si acercamos la débil noción de democracia entendida como un simple mecanismo mayoritario a la existencia de una carta constitucional que suele atrincherar una serie de bienes y valores jurídicos que dejan de estar a disposición de la voluntad de las mayorías y que además incorpora la existencia de un órgano encargado de ejercer un control jurisdiccional sobre los actos, que emanados del Legislativo, vulneren o restrinjan las propias disposiciones de la carta constitucional, aparece la idea de una “democracia constitucional” a la que se le ha concebido como un *oxímoron*, es decir, la combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que origina un nuevo sentido.

Por ende, irrumpe el dilema de optar por la democracia o por la constitución. Bajo esta vertiente, hablar de una democracia constitucional implicaría una contradicción que difícilmente podría ser superada si seguimos sosteniendo la definición de democracia como un sistema en el que las decisiones fundamentales se toman en base a la regla de la mayoría, pues como Stephen Holmes lo dice: “La existencia de una tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”.¹²

Esta tensión irreconciliable, desde nuestro punto de vista, subsiste en las teorías que sobre la democracia han vertido algunos de los más importantes teóricos del derecho. Es el caso de Hans Kelsen, quien como ya se dijo, pese a marcar la imposibilidad de justificar el principio mayoritario por medio de una regla estrictamente cuantitativa, la considera un instrumento que, a nivel parlamentario, resulta adecuado para evitar la hegemonía de una clase y conciliable, además, con los derechos de las minorías.¹³ Según Kelsen, las ventajas que ofrece el principio de mayoría dentro del sistema parlamentario como principio de transacción y elemento de equilibrio entre los términos políticos opuestos, resultan apreciables a simple vista en la práctica parlamentaria.¹⁴ En ese sentido, Kelsen define a la democracia del Estado moderno como una democracia mediata, parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos

12 Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, (comp.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 219.

13 Kelsen, Hans. *Esencia y valor...*, *op.cit.*, p. 81.

14 *Ibidem*, p. 86.

que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos.¹⁵ Puede apreciarse entonces que la noción kelseniana sobre la democracia califica a ésta como un simple método de adopción de las decisiones colectivas. Método que como tal, no involucra la adopción de aspectos sustantivos en el orden social, económico o axiológico.

Ahora bien, otro de los más connotados teóricos del derecho que en sus últimos trabajos se ocupó decididamente por el concepto de democracia es el profesor Norberto Bobbio. En este caso se trata, cuando menos en algunas de sus partes, de una concepción formal o procedimental. Este autor, al proponer lo que él mismo denomina una definición mínima de democracia, la caracteriza como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.¹⁶ Al priorizar en esa definición mínima el quién y el cómo, la regla fundamental de la democracia, según Bobbio, es la regla de la mayoría, es decir, “la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y por tanto obligatorias para todo el grupo las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben de tomar la decisión”.¹⁷

Pero según Bobbio, esta definición mínima requiere de otra condición, o precondition, si se quiere, y que hace residir en el hecho de que quienes estén llamados a decidir se planteen alternativas reales y estén en condiciones de elegir entre una alternativa y otra. Es aquí donde el profesor Bobbio tiene que recurrir al garantismo de ciertas libertades básicas, como la libertad de opinión, de expresión, de reunión y de asociación. Los derechos, en suma, bajo los cuales emerge el Estado liberal.¹⁸ Al incorporar este tipo de condiciones, la asunción de Bobbio se torna ambigua. O aludimos a la democracia como una simple vía, un procedimiento, un método que como un conjunto de reglas del juego indican el quién y el cómo se pueden tomar las decisiones colectivas, como lo llegó a sostener expresamente.¹⁹ O la democracia está supeditada a una serie de condiciones que quedan fuera de la discusión democrática, lo que aproxima a la noción de una democracia sustancial.

El otro problema que presenta la concepción de la democracia de Bobbio radica en que, en su búsqueda del fundamento ético de la democracia, lo hace consistir en el reconocimiento de la autonomía del individuo. Ahí

15 *Ibidem*, p. 47.

16 Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 24.

17 *Ibidem*, p. 25.

18 *Ibidem*, p. 26.

19 Cfr. Bobbio, Norberto. *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003. pp.459-460. En esta obra Bobbio expone: “Una definición mínima es, precisamente porque es mínima, realista. Una vía, un método. Se denomina habitualmente concepción procedimental de la democracia: pone el acento sobre las llamadas reglas del juego, el conjunto de reglas que deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia”.

*... en el Estado
Constitucional de
Derecho el legislador es
una instancia acotada,
sujeto a límites y
restricciones. La noción
de la representación
se relativiza y las
características de
omnipotencia y
omnipresencia del
legislador desaparecen
para dar pauta
a la "esfera de lo
indecidible".*

radica, dice Bobbio, la fuerza moral de la democracia. Y su justificación, agrega, se encuentra en el presupuesto de que el individuo, como persona moral y racional, es el mejor juez de sus propios intereses.²⁰

Pero entonces, se explicita la tensión, puesto que no queda claro en la teoría de Bobbio si la existencia de los derechos "liberales" fundamentales incorporados en las cartas constitucionales podría constituir o no una limitación a la autonomía política de los individuos. Por lo tanto, el problema subsiste.

Sin embargo, considero que el aparato conceptual que permite superar tal situación es el que se separa de la tradicional noción de Estado de Derecho y accede a la estructura del Estado Constitucional de Derecho. En la noción típica del Estado de Derecho prima la figura del legislador y su voluntad. Del mismo modo, el producto normativo del legislador, la ley y el proceso del cual emana, la legislación, ocupan un estatus primordial.²¹ En cambio, en el Estado Constitucional de Derecho el legislador es una instancia acotada, sujeto a límites y restricciones. La noción de la representación se relativiza y las características de omnipotencia y omnipresencia del legislador desaparecen para dar pauta a la "esfera de lo indecible", es decir, aquella porción de decisiones políticas fundamentales que se sustraen del alcance del poder legislativo.

Ante tal escenario, el concepto de democracia, que bien podríamos identificar como un concepto de democracia eminentemente formal, concebido como un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de las mayorías y que únicamente suele hacer referencia al quién y al cómo de las decisiones, deja de ser prioritario, para dar paso a una concepción de la democracia de corte sustancial en la que son los

²⁰ *Ibidem*, p. 457.

²¹ Tal como nos ilustra uno de los máximos representantes del realismo jurídico escandinavo, el profesor Alf Ross, quien en su obra más conocida *Sobre el derecho y la justicia*, publicada por primera vez en 1958, señala: "La fuente más importante en el derecho de Europa continental de hoy está constituida, sin duda, por las normas sancionadas por las autoridades públicas. De hecho, los jueces se sienten obligados, en alta medida, por las declaraciones de la legislación, y la doctrina ideológica oficial expresa que el derecho legislado (en sentido amplio) tiene fuerza obligatoria absoluta". En la obra del célebre iusfilósofo la Constitución forma parte de la "legislación en sentido amplio". Dice Alf Ross: "Toda sanción en ejercicio de una competencia es conocida bajo el nombre común de legislación. Tomada la palabra en un sentido amplio, la legislación comprende no solo la constitución (si es escrita) y las leyes del Parlamento, sino también todo tipo de normas sancionadas subordinadas y autónomas, cualquiera sea el nombre con que se les designe: órdenes del Consejo, reglas y órdenes estatutarias, reglamentos de autoridades locales, de corporaciones autónomas, de iglesias, etc.". Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 76-77. Asimismo, gran parte de la ideología que enroniza al legislador y su producto se encuentra en el pensamiento exegetico, según la cual el derecho es siempre creado por el legislador. el derecho se encuentra en el código y es creado de una vez y para siempre, con pretensiones de plenitud, coherencia y completa unidad.

derechos fundamentales los vínculos tanto negativos como positivos impuestos a la democracia constitucional. Los primeros, entendidos como vínculos generados por los derechos de libertad que ningún tipo de mayoría puede restringir o excluir, y los segundos, concebidos como vínculos relativos a lo que la misma Constitución, en el ámbito de sus prescripciones fundamentales considera como tareas que el legislador debe cumplir, sobre todo, en el ámbito de los derechos sociales.

En este contexto, alejado de la democracia como mera regla o principio de las mayorías, la legitimidad de las instituciones públicas aparece vinculada a la tutela y efectividad de los derechos fundamentales. En esta dimensión, los actos del legislativo, presupuestamente representante típico de las mayorías, deberán sujetarse a los derechos fundamentales y a las garantías de los mismos puestas regularmente en la Constitución.

La concepción del Estado Constitucional de derecho, en el que lo medular, a riesgo de redundar, es el respeto a los derechos fundamentales y donde la lectura de las restantes reglas del ordenamiento debe hacerse a partir de la existencia de los mismos, permite delinear la posibilidad de una legitimación democrática del juez constitucional. Claro está, sería imposible aludir a una legitimidad democrática de dicha figura si tenemos en mente la idea de la democracia como la regla de la mayoría, pero si por el contrario, concebimos la idea de la democracia vinculada al respeto de derechos fundamentales básicos, es posible delinear el reforzamiento del juzgador constitucional a partir de cierta noción de republicanismo que destaca la limitación del poder y entroniza la opción por los principios inherentes a las libertades básicas de los individuos.

Es pertinente en este punto recordar las consideraciones planteadas por el profesor Luigi Ferrajoli, quien al aludir al viejo paradigma del Estado de Derecho sostiene que la sujeción del juzgador con relación a la ley ya no se agota en la sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea éste su significado, “sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”;²² Y esta sujeción a la Constitución, diríamos nosotros, implica, cuando menos en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, la sujeción de la ley a las libertades y derechos fundamentales de los individuos.

La Constitución que se tiene en mente hoy, representa un conjunto de normas jurídicas que no solamente justifican su carácter constitutivo en el establecimiento, diseño, organización y relaciones mutuas de los poderes públicos,²³ sino en la incorporación de un catálogo de derechos

²² Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2006.

²³ Este tipo de conceptos que fijan como contenido esencial de una Constitución el aspecto orgánico, prevalecieron durante mucho tiempo en las doctrinas constitucionales tradicionales, a partir del influjo de obras como la de Georg Jellinek que señala que la Constitución de los Estados comprende “...los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la

fundamentales básicos que, por regla general, quedan excluidos de la dimensión participativa del concepto tradicional de la democracia.

Si bien el significado de la expresión de “derechos fundamentales” es una expresión difícil de significar,²⁴ siguiendo a Luigi Ferrajoli, son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “estatus” la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁵

Es precisamente en su faceta de garante de los derechos fundamentales donde es posible configurar un aspecto positivo en la problemática de legitimidad del control judicial de la constitucionalidad. En la aproximación de la jurisdicción constitucional al rubro de los derechos fundamentales puede adquirir el juez constitucional una legitimidad propia, sobre todo en el contexto de las exigencias

.....
situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Oxford, México, 1999, p. 302. En el mismo sentido, el profesor Felipe Tena Ramírez señala: “Crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia, es, por lo tanto, el contenido mínimo y esencial de toda Constitución”. Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1990, p. 22.

24 Sobre la equívocidad del término, Antonio Pérez Luño, divide en tres grupos los usos que la doctrina en general realiza sobre los derechos fundamentales. En primer lugar, algunos autores utilizan la expresión para referirse a los derechos humanos positivizados en las constituciones estatales; otros designan con ella los principios que contienen la cosmovisión que inspira cada ordenamiento; y unos terceros aluden a la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos públicos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho. Barranco, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2010.

25 Ferrajoli, Luigi. *op.cit.* p. 37. Nos adherimos a la definición de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales pues consideramos que se separa del esencialismo al que se orientan muchas de las definiciones de cuño iusnaturalista que consideran a los derechos fundamentales como derechos emanados de una supuesta “naturaleza de las cosas”, con contenidos ahistóricos, eternos, inmutables y trascendentes. Ferrajoli caracteriza su propia definición, primero, como una definición teórica —no dogmática— pues aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo. En segundo término, como definición formal o estructural, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación. Y en tercer término, se trata de una definición ideológicamente neutral, en cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales.

que el constitucionalismo social impone a la agenda de la jurisdicción constitucional contemporánea, acostumbrada solamente en el pasado a tomar conocimiento, por un lado, de las disputas orgánicas por la distribución del poder político, y, por el otro, a tener cierta injerencia en la protección de las denominadas libertades negativas de los ciudadanos.

Hoy ese paradigma ha sufrido cambios, al extenderse la materia fundamental de los derechos a los derechos económicos y sociales —de segunda y tercera generación— que implican el goce de las libertades positivas consagradas en el constitucionalismo social. Esto expande el tradicional papel de la justicia constitucional hacia la definición del alcance de las prestaciones sociales del denominado Estado de bienestar.

Es el juez constitucional el que se encuentra legitimado bajo esta concepción de la democracia constitucional para pronunciarse a favor de los derechos inalienables e indisponibles a la voluntad de las mayorías. No es el legislador el que en este panorama sea capaz de propiciar la mejor defensa a los derechos fundamentales de los gobernados. En la defensa de lo que no se puede decidir y de lo que no se puede no decidir, facetas negativas y positivas del coto vedado, la representación, la voluntad general y el influjo mayoritario pudieran representar un riesgo y un retroceso en la lucha histórica por los derechos fundamentales. La regla de la mayoría, excluida de un escenario dirigido por los objetivos ceñidos a una práctica política y social sustantiva que privilegie derechos fundamentales básicos se reduce a una versión numérica del poder del más fuerte. Y un sistema mayoritario puro no susceptible de sujetarse a condiciones sustantivas mínimas puede establecer, ante el simple recurso a su fuerza mayoritaria, cualquier tipo de contenido en las disposiciones fundamentales.

De la evolución de la incorporación de los derechos fundamentales a las cartas constitucionales se puede apreciar como, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los ordenamientos jurídicos occidentales cuentan con Constituciones que han introducido un gran número de principios básicos relativos no solamente a derechos de libertad, certidumbre e igualdad sino, también derechos sociales básicos que imponen a los Estados acciones de intervención en la sociedad, de forma que, las instituciones políticas no pueden limitar su comportamiento al ámbito de la no interferencia de los derechos de libertad de los ciudadanos, sino que tendrían que desplegar acciones positivas tendientes a aminorar la brecha existente entre validez y efectividad de las normas.

Los derechos sociales de cuya protección también la jurisdicción constitucional contemporánea tiende a ocuparse cada vez en mayor medida, pueden constituir, en algunos casos, auténticos presupuestos para que los derechos a las libertades básicas puedan ser ejercidos por los individuos de manera plena.

Sin embargo, estamos conscientes de que uno de los grandes problemas que enfrentan los derechos sociales es el de sus garan-

tías, puesto que ni siquiera en sistemas políticos de amplio desarrollo estos derechos están asegurados para toda su población. En ese sentido, el tratamiento que la jurisdicción constitucional debe proporcionarles haría énfasis en el progresivo desenvolvimiento de los alcances de su ejercicio.

Por ende, este enfoque hacia la legitimidad de la actuación de los jueces constitucionales implica que, hoy en día, el papel de dichos operadores no debe concebirse como un mero legislador negativo, como en los orígenes del control judicial de la constitucionalidad europeo fue diseñada su función, sino como un auténtico legislador positivo que, sin caer en el activismo judicial desbordado y arbitrario, desempeñe la función de garante de la Constitución cuidando no solamente la coherencia del propio ordenamiento al detectar las posibles contradicciones entre actos legislativos ordinarios y normas constitucionales, sino también expandiendo su papel a la búsqueda de la reducción de la falta de completitud del ordenamiento, sobre todo, en el desarrollo de la idea de los derechos fundamentales de la libertad y en el ámbito de los derechos sociales consagrados regularmente en las Constituciones con diversos grados de ambigüedad y vaguedad.

Esta tutela de la jurisdicción constitucional sobre los derechos fundamentales hasta antes de la segunda posguerra resultaba una atribución competencial inexistente, sobre todo en los sistemas de control constitucional concentrado, enfocado muchas de las veces hacia disputas sobre la competencia de los órganos del Estado y los ámbitos espaciales de su actuación, desplegando pues, una jurisdicción constitucional que no terminaba de entender su papel como garante de los derechos materiales básicos de los individuos.

El garantismo de los derechos fundamentales que hoy pueden ofrecer los tribunales constitucionales se podría equiparar, en el contexto de una sociedad democrática contemporánea, con la importancia que tiene la incorporación de los derechos fundamentales en las cartas constitucionales, pues esos derechos sin garantías que los sustenten, no significarían algo más que una abstracción artificiosa.

Cabría preguntarse entonces qué rol desempeña la jurisdicción constitucional en el contexto de una democracia mínima o procedimental y qué papel desenvuelve en el escenario de una democracia constitucional. En ese sentido, se podría afirmar que en una democracia mínima o estrictamente procedimental su papel se reduce al de una figura heterocompositiva que busca superar el conflicto en la lucha por la competencia orgánica de los distintos rubros del poder público; en cambio, la jurisdicción constitucional aparece, en la democracia constitucional como uno de los más importantes mecanismos en la defensa de las libertades y los derechos básicos.

En la democracia constitucional, tanto el atrincheramiento de los derechos fundamentales como el control judicial de la constitucionalidad

son elementos imprescindibles. En la democracia mínima ni uno ni otro de estos elementos son necesarios. El ejemplo más evidente de este último escenario puede ser Inglaterra, país que no cuenta con una carta constitucional en la que se establezcan de manera explícita los derechos fundamentales, así como tampoco cuenta con mecanismo de control judicial de la constitucionalidad. Pero los ejemplos de sistemas políticos que carezcan de control judicial de la constitucionalidad son aislados y, donde aún perduran, se trata de naciones caracterizadas por altos niveles de eficacia y eficiencia de sus normas, así como una acentuada cultura de la legalidad y un respeto a las libertades de los ciudadanos. En esos sistemas la democracia tiende a funcionar mediante otros mecanismos de control y equilibrio entre los poderes, así como por medio de instancias de representación efectiva. No sucede lo mismo en sistemas donde la democracia representativa²⁶ es demasiado frágil y tanto los intereses como las demandas de los grupos y los individuos no encuentran un

26 La crítica al principio de la representación es antiquísima pues solamente basta recordar el escepticismo de Rousseau frente al mismo: "La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada: consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma, o es otra: no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley que no haya ratificado personalmente el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés se cree libre, y se equivoca de parte a parte; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto lo ha elegido, es esclavo, no es nada." Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*, M.E. Editores, Madrid, 1993, p.130. Asimismo, es pertinente traer a colación la crítica de la representación que se esboza a partir de una perspectiva marxista reconstruida por el profesor Carlos de Cabo Marín, quien sostiene que la teoría de la representación constituye un montaje teórico que desempeña un papel muy concreto en la operación ideológica de ocultamiento de la realidad, de presentación puramente aparential de la misma que tiene lugar a través de múltiples y complejos procesos: "El de referencia es bien conocido: desde los supuestos de libertad e igualdad, en el concreto sentido en que son necesarios a las relaciones propietario-trabajador, se proclama la libertad e igualdad abstractas; de esta forma, homogeneizada la sociedad mediante su reducción a un conjunto de hombres 'libres e iguales', se configura ideológicamente la unidad sociopolítica 'nación'; a partir de esta unidad aparential se construye el supuesto legitimador de la soberanía nacional, soberanía que sólo adquiere expresión unitaria y entidad operativa concreta a través de las instituciones estatales y mecanismos descritos. Y todo esto ¿qué supone? Supone, ni más ni menos, que las clases no aparecen, en virtud de este proceso ideológico, por ninguna parte; que se desconocen, que se actúa como si no existieran, que se trata en definitiva de evitar su penetración política: y precisamente las teorías de la representación y sus correctivos son las encargadas de hacer finalmente operativa esta defensa en la última y definitiva fase del proceso; contribuyen, pues, a lograr el llamado 'efecto aislamiento' de las relaciones económicas, típico del Estado capitalista, y a la vez a construir su unidad, que no es sino la reconstrucción a nivel político de la clase o clases dominantes. La representación, pues, utilizada primero para evitar los peligros de la democracia directa, ha servido después para evitar los peligros de las clases". De Cabo Martín, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp.132-133.

encauzamiento efectivo por esa vía. Como Pérez Tremps lo dice, puede constituir un lugar común pero es pertinente considerar que en muchos países latinoamericanos existe, en mayor o menor medida, una crisis de legitimidad de las instituciones y que responde a un cúmulo de razones entre las que se encuentra, entre otras, la propia crisis de los partidos políticos, abusos sistemáticos del poder, elementos estructurales de tipo económico, prácticas de corrupción política, etc.²⁷

III.- A MANERA DE CIERRE

Al establecerse una ecuación identificativa entre democracia y regla de la mayoría, el dualismo “democracia y Constitución” es insostenible, pues la simple existencia de una carta constitucional supone que un conjunto de derechos quedan a salvo del vaivén mayoritario. Las concepciones mínimas o meramente procedimentales de la democracia no logran superar la tensión entre ésta y el constitucionalismo.

Ante esta irreductible tensión, es necesario transitar del paradigma del Estado de Derecho, caracterizado por la omnipresencia del legislador y su producto normativo, hacia un Estado Constitucional de Derecho donde la legislación es una figura acotada y relativizada en virtud de la preeminencia de la Constitución y donde la legitimidad de las instituciones se encuentra íntimamente vinculada a la tutela, expansión y efectividad de los derechos fundamentales, derechos que no pueden quedar reducidos a los derechos típicos de la concepción paleoliberal correlativos a la obligación que el Estado tiene de no interferir en su esfera primordial, sino extenderse a los derechos sociales que, a su vez, imponen a los Estados acciones de intervención en la sociedad.



²⁷ Pérez Tremps, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México, 2005.

Análisis de los crímenes internacionales tipificados por México¹

Luis Ernesto Orozco Torres*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La responsabilidad internacional del individuo y los delicta *iuris gentium*.
- III. La postura de México respecto de los crímenes internacionales.
- IV. Instrumentos internacionales relativos al Derecho Humanitario.
- V. Implementación y desarrollo interno de las obligaciones internacionales.
- VI. Tipificación de los crímenes internacionales:
 - 1) Terrorismo internacional.
 - 2) Piratería.
 - 3) Violaciones de inmunidad y neutralidad.
 - 4) Violaciones de los deberes de humanidad.
 - 5) Genocidio.
- VII. Jurisdicción sobre los crímenes internacionales en México.
- VIII. Cuestiones sobre imprescriptibilidad en el sistema jurídico interno.
- IX. Conclusiones.
- X. Bibliografía.

* Profesor investigador del Programa de Ciencias de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.

¹ La presente comunicación es una versión actualizada y corregida de la original que fue publicada en la revista *Criminogénesis*, con el título: "Delicta iuris gentium tipificados por México", número 7, ISSN 1870-9524, 2010, pp. 191 -208.

De este Derecho I. INTRODUCCIÓN

internacional contemporáneo, entendido en los términos antes señalados, surgen para los Estados ciertas obligaciones en materia de protección de derechos humanos, derecho humanitario e internacional penal

Podemos sostener que el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional Penal² y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen el eje por el que gira la dinámica evolutiva de los crímenes contra el Derecho de Gentes (*delicta iuris gentium*). Y la evolución de dichas ramas del derecho internacional comienza a confectionarse desde el proyecto de uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, en el siglo XIX, Gustave Moynier. Más, tan visionaria idea no se encontraba aún al nivel de la experiencia humana y del fondo tocado por ésta, en el siglo siguiente. Ahora bien, la figura que por medio de la cual se ha venido operando la evolución apuntada es, sin género de duda, la responsabilidad internacional del individuo, que pasa por ser un catalizador en el tránsito del Derecho internacional tradicional al Derecho internacional contemporáneo, del cual podemos decir, junto a Carrillo Salcedo, que se caracteriza por ser el resultado de una triple dinámica de institucionalización, socialización y humanización:

...institucionalización de la comunidad internacional, en primer lugar, como consecuencia del desarrollo de las organizaciones in-

² En el ámbito de la doctrina de habla castellana, podemos encontrar discrepancias terminológicas que pueden contribuir al desenfoque de la cuestión, y que conviene tener en cuenta. En efecto, es posible encontrar que algunos autores hablan de Derecho Internacional Penal (Juan Antonio Carrillo Salcedo, Joaquín Alcaide Fernández, María del Carmen Márquez Carrasco, Casilda Rueda Fernández, entre otros) y otros de Derecho Penal Internacional (Kai Ambos, Javier Dondé Matute, Cherif Bassiouni, entre algunos más); sin entrar de lleno en tal controversia, he de apuntar que, en todo caso, habremos de atenernos al contenido conceptual que sendas corrientes dan a los conceptos en cuestión, ya que alguna de las frases conceptuales ha de significar las reglas procedimentales nacionales de colaboración judicial interestatal en materia penal, y la otra, ha de contener —en mayor o menor medida— las normas internacionales encaminadas a proscribir los *delicta iuris gentium*. Ya sea empleando una terminología u otra, debemos tener en claro a qué área normativa nos referimos; por mi parte, utilizaré el concepto *Derecho Internacional Penal*, para designar el cuerpo de normas internacionales que criminalizan los *delicta iuris gentium*, en los términos propuestos por el profesor Antonio Cassese, "International criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceeding for prosecuting and trying persons accused of such crimes (...) The first limb of this body makes up substantive law. This is the set of rules indicating what acts amount to international crimes, the subjective elements required for such acts to be regarded as prohibited, the possible circumstances under which persons accused of such crimes may nevertheless not be held criminally liable, as well as on what conditions States may or must, under international rules, prosecute or bring to trial persons accused of one of those crimes. The set of rules regulating international proceedings, that is procedural criminal law, governs the action by prosecuting authorities and the various stages of international trials". Cassese, Antonio, *International Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 15.

ternacionales, tanto universales como regionales, en especial desde la aparición tras la Primera Guerra Mundial de la Sociedad de Naciones, la primera Organización Internacional de vocación general para la cooperación permanente e institucionalizada entre los Estados en materias políticas y no sólo técnicas [...] socialización del Derecho internacional, en un segundo lugar, en la medida en que éste comenzó a regular relaciones sociales y humanas más complejas y amplias que las tradicionales relaciones políticas entre Estados soberanos, con lo que el Derecho internacional dejaba de ser un Derecho de la paz y de la guerra [...] humanización del orden internacional, por último, debido a que el Derecho internacional comenzó a dar entrada a la persona y a los pueblos, rompiendo así progresivamente el exclusivismo de los Estados como únicos sujetos del Derecho internacional.³

De este Derecho internacional contemporáneo, entendido en los términos antes señalados, surgen para los Estados ciertas obligaciones en materia de protección de derechos humanos, derecho humanitario e internacional penal. Del origen, naturaleza, tipos, alcance y régimen de esas obligaciones no nos podemos ocupar en este espacio de reflexión. Nos centraremos en cambio en las obligaciones concretas que el Estado mexicano tiene en las materias específicas que hemos señalado y en cómo ha dado cumplimiento a esas obligaciones internacionales. Las cuestiones son ¿cuál es el marco general de las obligaciones internacionales que el Estado mexicano tiene en materia de Derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos y en Derecho internacional penal?, ¿qué obligaciones concretas tiene el Estado mexicano en materia de los crímenes internacionales?, ¿en qué medida y efectividad ha dado cumplimiento el Estado mexicano a sus obligaciones en materia de crímenes internacionales? A dar respuesta a estas cuestiones en particular nos dedicaremos en la presente comunicación.

II. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y LOS *DELICTA IURIS GENTIUM*

Para abordar el estudio de la responsabilidad penal internacional del individuo, que a su vez constituye la esencia de los crímenes contra el Derecho de gentes, es necesario una bifurcación, si no material, sí temporal-evolutiva. La responsabilidad penal internacional individual debe sopesarse desde dos momentos distintos: uno ubicado en el Derecho internacional tradicional; y el segundo en el Derecho internacional contemporáneo.⁴ Durante el primer periodo mencionado, la esencia de

¿Cuál es el marco general de las obligaciones internacionales que el Estado mexicano tiene en materia de Derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos y en Derecho internacional penal?, ¿qué obligaciones concretas tiene el Estado mexicano en materia de los crímenes internacionales?

3 Carrillo Salcedo, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 2000, pp. 13-14.

4 Según Daniel García San José la expresión Derecho internacional contempo-

las relaciones era evidente y exclusivamente entre Estados soberanos, así que las responsabilidades y obligaciones que el *statu quo* comportaba sólo se reflejaban a través de esta dinámica, la estatal.

Es por ello que encontrar un régimen de obligaciones y derechos —incluso de protecciones— referentes al individuo, en un sistema de semejanza naturaleza, es quimérico. Prueba de ello, son los instrumentos internacionales que sobre la materia se celebraron en la época, verbigracia: los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 y el Convenio de Ginebra de 1929, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, los cuales no prevén ni disponen de un sistema sancionador para individuos que eventualmente pueden llegar a violar su normativa.

El Tratado de Versalles constituye el parte aguas entre la dinámica del Derecho internacional tradicional y la del contemporáneo, en lo tocante a la responsabilidad penal internacional del individuo respecto de los crímenes contra el Derecho de gentes. Este tratado contiene en sus artículos 228 y 229 lo que se puede considerar como la incipiente aparición del principio de responsabilidad individual, ya que en ellos se establecía el derecho a favor de las naciones aliadas a enjuiciar y, en su caso, castigar a todos los individuos responsables por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra y que el gobierno alemán tenía la obligación de entregar a esas personas. Además, en el artículo 227 se mencionaba la responsabilidad del káiser Guillermo II por delitos contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados.

Un punto más en la cadena evolutiva de la conciencia sancionados y repulsiva de los *delicta iuris gentium* y la responsabilidad penal internacional del individuo, se forjó a raíz de un cataclismo más de la política internacional y de la historia de la humanidad. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras se pusieron en “contubernio” para juzgar a los criminales de guerra. Así se dio paso a los tribunales de Núremberg y de Tokio, los cuales, como ya se dijo, “enjuiciaron” a los criminales de guerra. Es a partir de estos tribunales, que se comienza a solidificar una conciencia en la comunidad internacional sobre la responsabilidad penal internacional del individuo. Así quedó plasmado en una sentencia de los tribunales: “(...) *ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit International*”

.....
ráneo ya no expresa correctamente la realidad concreta de la sociedad internacional actualmente, y para ello propone el término derecho internacional postcontemporáneo. Derecho internacional postcontemporáneo, Valencia, Tirran lo Blanch, 2008, passim.

5 Sentencia del Tribunal Militar Internacional, en *Procés des grands criminés de guerre devant le tribunal militaire international, tome I, Núremberg, 1947, p. 235*. [...los crímenes contra el derecho de gentes fueron cometidos por hombres y no por entidades abstractas y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las normas del Derecho Internacional].

...los crímenes contra el derecho de gentes fueron cometidos por hombres y no por entidades abstractas y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las normas del Derecho internacional

La aportación jurídica de estos dos tribunales, pero sobre todo el de Nüremberg, constituyó un escaño más en la evolución del principio de responsabilidad penal individual, ya que en la resolución 95 de la Asamblea General de Naciones Unidas se confirman los principios de Derecho internacional reconocidos por este tribunal, lo que significó, en mi opinión, el punto más considerado de cristalización de la responsabilidad individual y, a su vez, constituye la base para dar los pasos hacia la actual Corte Penal Internacional (en adelante CPI).

Ya sobre la base del reconocimiento de los principios de Nüremberg, la evolución del principio de responsabilidad penal internacional del individuo toma otro ritmo. En efecto, a raíz de esto se producen los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus dos protocolos adicionales. Más recientemente, y como umbral de la CPI, una serie de atrocidades confirma la necesidad de consolidar un sistema internacional sancionador. En efecto, los hechos acaecidos en Yugoslavia y Ruanda provocan la instauración de los respectivos tribunales para el enjuiciamiento de crímenes de índole internacional humanitario.

Ahora bien, una dimensión por demás importante y trascendente en la sanción y represión de los crímenes de orden internacional, es su represión nacional. Esta dimensión de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, la represión nacional, se despliega a través de la incursión de los principios internacionales en los diferentes sistemas jurídicos estatales, por medio de los instrumentos internacionales que consignan la obligación a cargo de los Estados parte de constituir la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y perseguirlos. Esta obligación impuesta por el *ius cogens* a los Estados se articula sobre la base de la jurisdicción territorial, y se extiende hasta la jurisdicción universal.

En efecto, es esta dimensión de la represión de los crímenes del Derecho de gentes, la nacional, de la que me ocuparé en cuanto al caso de México. Así, trataré de exponer y enumerar los instrumentos internacionales que contienen disposiciones relativas a los crímenes o delitos internacionales en los cuales México es parte; así como la implementación y desarrollo interno de las obligaciones de nuestro país contenidas en los instrumentos internacionales relativos. Se tratarán cuestiones de tipificación, jurisdicción y sanción de los delitos internacionales contempladas en el sistema jurídico mexicano.

*Actualmente se ha
venido generando
un cambio respecto
a la postura del
Estado mexicano
sobre los instrumentos
internacionales de
protección de derechos
humanos*

III. LA POSTURA DE MÉXICO RESPECTO DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Actualmente se ha venido generando un cambio respecto a la postura del Estado mexicano sobre los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Este cambio se genera, en primer lugar, por los cambios políticos experimentados en el interior del país, lo que se ha visto reflejado en la voluntad política necesaria para obligarse internacionalmente, en materia de derechos humanos.⁶ Una cuestión que en definitiva ha coadyuvado a la evolución de la recepción del Derecho internacional en México y del nivel de compromiso en cuanto a los derechos humanos, es el cambio de criterio jurisprudencial operado en los últimos años con respecto a la jerarquía de los tratados internacionales. Así, el sistema de integración del Derecho internacional se encuentra articulado a través del precepto que materialmente delimita y circunscribe la interacción de las esferas jurídicas interna y externa, y que se convierte en el dispositivo jurídico estructural de la incorporación del Derecho internacional en la dimensión normativa interna: el artículo 133 constitucional.

El precepto mismo nos fija la jerarquía que entre el texto fundamental y los tratados internacionales debe predominar. La Constitución se encuentra en el escaño más alto de la pirámide normativa *kelseniana*, y es esta norma la que le da cabida y cauce a la norma internacional. También el artículo 133 propone la jerarquía que encontramos entre las leyes internas y los tratados internacionales, ya que el artículo menciona que tanto unas como otros, “serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Pero el precepto no dilucida ningún tipo de criterio a esgrimir en caso de que pudiera presentarse alguna controversia entre *las leyes del Congreso y los Tratados* celebrados y aprobados por México.

Ahora bien, este orden plantea su propia problemática, dentro de la cual la Suprema Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse y

6 Toda esta renovada actitud se condensaba en las líneas de acciones prioritarias anunciadas por el ex Secretario de Relaciones Exteriores, Jorge Castañeda, en el 57 periodo de sesiones de la comisión de derechos humanos de la ONU celebrado en Ginebra, Suiza, el 20 de marzo de 2001. Estas líneas de acción son: 1. Fortalecer el respeto a los derechos humanos como un elemento central del proceso de reforma del Estado; 2. Abrir espacios permanentes a las organizaciones de la sociedad civil para que contribuyan activamente en el diseño de las políticas públicas; 3. Reformar de manera integral el sistema de procuración y administración de justicia del país; 4. Defender los derechos de los mexicanos en el extranjero mediante esquemas que les garanticen trato humano, seguridad jurídica y condiciones de empleo dignas. Velar por el cabal cumplimiento de los compromisos internacionales de México en materia de derechos humanos, y ampliar la cooperación con los mecanismos multilaterales de protección; 5. Armonizar la legislación mexicana con los instrumentos internacionales de derechos humanos; 6. Crear cursos de educación sobre derechos humanos en todos los planteles de enseñanza y 7. Investigar todos los casos de violaciones de derechos humanos y proceder conforme a la ley.

así contribuir a la evolución del sistema de recepción del Derecho internacional en México. Las posturas que la Suprema Corte de Justicia ha adoptado a través de la historia y sobre el tema de la jerarquía de los tratados internacionales, pueden clasificarse de tres maneras diferentes, que establecen:

- La supremacía del Derecho interno sobre el Derecho internacional.
- La igualdad de los tratados internacionales y las leyes federales; y
- La supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes federales, es decir, la igualdad jerárquica de los tratados sobre derechos humanos y la Constitución.
- El último criterio es el que en la actualidad rige la dinámica de integración del Derecho internacional, por ello creo que esta posición no sólo es apta para la nueva política exterior mexicana, sino que la fomenta. En efecto, todo esto ha influido y propiciado a la vez que México, como se verá en el apartado siguiente, se haya literalmente puesto al día en materia de derechos humanos. Además todas estas cuestiones sobre la jerarquía de los tratados internacionales sobre protección de derechos humanos han quedado resueltas luego de la reforma del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de junio de 2011, que fija su jerarquía a nivel constitucional, lo que nos autoriza a hablar ya de un bloque de constitucionalidad en México.⁷ En la actualidad, México es parte de cerca de 60 instrumentos internacionales consagrados a la protección de los derechos humanos. Los últimos instrumentos en los que México ha comprometido su voluntad soberana, a favor de la protección de los derechos humanos, datan de no más de un lustro. Así, pues, México se ha venido poniendo en actualidad y a la altura de las directrices y sentir internacionales.⁸

7 El artículo 1º establece: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

8 En efecto, los más recientes instrumentos a los que México se ha adherido son: 1. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Po-

En la actualidad, la tendencia de la comunidad internacional en el tema de los crímenes internacionales es de fortalecer de forma estructural e institucional del ius puniendi, para así combatir de forma integral la impunidad de los actos de barbarie más atroces y, a la vez, más impunes

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL DERECHO HUMANITARIO

En la actualidad, la tendencia de la comunidad internacional en el tema de los crímenes internacionales es de fortalecer de forma estructural e institucional del *ius puniendi*, para así combatir de forma integral la impunidad de los actos de barbarie más atroces y, a la vez, más impunes. Como ya se dijo antes, México no se ha dejado rezagar, aunque contando siempre con sus propias limitantes emanadas de su sistema de recepción del Derecho internacional. Por ello, a lo largo del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, México se ha mostrado en dinámica participación. Prueba de ello es la gama de instrumentos, en materia de Derecho humanitario, que contienen crímenes internacionales así como un sistema de implementación interno, en los que México es parte.⁹

.....
líticos; 2. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativos a la venta, prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía; 3. Se retiran parcialmente las Declaraciones interpretativas y de la reserva, que se formularon al párrafo 3 del artículo 12 y al párrafo 2 del artículo 23 de la convención Americana sobre Derechos Humanos; 4. Se aprobaron las enmiendas a los artículos 17 y 18 de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; 5. Se aprobó por el Senado de la República la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad; 6. Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; 7. Protocolo facultativa de la convención sobre los derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados; 8. Protocolo facultativo sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer; 9. Se aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia del comité contra la tortura; 10. Aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia del comité para la eliminación de la discriminación racial.

9 Aquí trataré de exponer algunos de estos instrumentos internacionales y el nivel de implementación y desarrollo llevado a cabo por México. Estos instrumentos internacionales son los siguientes: 1. Convenio relativo al tratamiento a los prisioneros de guerra, Ginebra 1929, diario oficial de 1 de agosto de 1932; 2. Convenio para la represión y castigo el Genocidio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de octubre de 1952; 3. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 10 de diciembre de 1984, adoptadas en Nueva York el 8 de septiembre de 1992; 4. Los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el protocolo adicional número I, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 1953; 5. Convenio sobre la prohibición o restricción del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, Diario Oficial de la Federación de 4 de mayo de 1983; 6. Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994; 7. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo adoptado en Nueva York, N.Y., el 9 de diciembre de 1999. Firmado por los Estados Unidos Mexicanos el 7 de septiembre de 2000; 8. Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional. (Depositario: OEA), Washington, D.C., EUA 2 Febrero de 1971. Publicado: 3/JI/1975 D.O.F.; entre

V. IMPLEMENTACIÓN Y DESARROLLO INTERNO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

El fin último del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos no es otro que la salvaguardia del ser humano como tal y en función de su intrínseca dignidad, procurando establecer, por distintas vías, un *mínimum* de garantías a tal dignidad y naturaleza. Pues bien, los instrumentos internacionales que consagran crímenes internacionales comparten esta misma savia cardinal. Así, el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos despliegan su eficacia a través de las obligaciones que los Estados adquieren, y que se traducen en dos tipos: la obligación de respetar como Estados las normas de Derecho internacional; y la otra de hacerlo respetar. A este tipo de obligaciones corresponderían las tendentes a desarrollar e implementar en su sistema jurídico interno, todo el cúmulo de normas internacionales. En efecto, en el sistema jurídico interno mexicano se encuentran consagrados y desarrollados una serie de delitos de índole internacional o crímenes internacionales, tales como: terrorismo internacional, piratería, violación de inmunidades y de neutralidad, genocidio y violaciones de los deberes de humanidad.

Aun así, queda trabajo por hacer todavía; por ejemplo, el Estado mexicano, que es parte del Estatuto de Roma, no ha legislado en materia penal —se limitó a hacer una cuestionada reforma al artículo 21 constitucional— para adicionar al Código Penal Federal los crímenes competencia de la CPI, establecidos en artículo 5 del referido Estatuto (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra). Con lo cual, no haría más que seguir el ejemplo de otros Estados que ya lo han hecho, como es el caso de España. Ahora, si bien es cierto que el Estatuto de Roma no contempla la obligación a cargo de los Estados de adicionar los crímenes internacionales previstos en él, en sus códigos penales nacionales, también es cierto que esto viene dado por la naturaleza y alcance del propio Estatuto y de la Corte que crea, ya que ésta opera bajo el principio de complementariedad, es decir, que ... *la Corte Penal Internacional (...) será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*, según reza el décimo párrafo del preámbulo del citado Estatuto; lo cual ha de administrarse con lo provisto en los artículos 1 y 17.¹⁰ Ergo, si el

*El fin último del Derecho internacional humanitario y del derecho Internacional de los derechos humanos no es otro que la salvaguardia del ser humano como tal y en función de su intrínseca dignidad, procurando establecer, por distintas vías, un *mínimum* de garantías a tal dignidad y naturaleza*

.....
 otros.

10 "Artículo 1. (...) La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. Artículo 17. (...) 1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido

si bien es cierto que el Estatuto de Roma no contempla la obligación a cargo de los Estados de adicionar los crímenes internacionales previstos en él, en sus códigos penales nacionales, también es cierto que esto viene dado por la naturaleza y alcance del propio Estatuto y de la Corte que crea, ya que ésta opera bajo el principio de complementariedad

Estado mexicano no tiene tipificados en su orden jurídico penal interno los crímenes internacionales consagrados en el Estatuto de Roma, —a excepción del genocidio, que sí está— parece poco probable que los tribunales nacionales podrán enjuiciar —*ceteris paribus*— a las personas que cometan dichos crímenes, por lo que, para el caso del Estado mexicano, la jurisdicción de la CPI deviene siempre aplicable por defecto, es decir, en automático, en razón del deficiente orden normativo penal nacional; lo cual resulta, por lo menos, lamentable.

Pero eso no es todo, el Estado mexicano es parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹¹ que estatuyen en su conjunto el Derecho internacional humanitario, y en donde se establece claramente la obligación a cargo de los Estados parte de legislar en el orden interno sobre los crímenes contemplados en sendos convenios; obligación que México no ha cumplido a plenitud, pues los delitos provistos en el Título Tercero (Delitos contra la Humanidad) del CPF no cubren —ni someramente— el espectro de crímenes contemplados en los Convenios de Ginebra.

VI. TIPIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Los crímenes del Derecho de gentes se encuentran tipificados en el Código Penal Federal, en su Libro Segundo en diversos Títulos denominados: delitos contra el Derecho internacional y delitos contra la humanidad. También, se encuentran disposiciones relativas a la piratería, en el Código de Justicia Militar.

1) Terrorismo internacional

El tema del terrorismo es nítido ejemplo de cómo la dinámica de las relaciones internacionales —y por extensión el Derecho internacional y

.....
no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (...)."

11 Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra, publicados en la Segunda Sección del Diario Oficial de la Federación, el martes 23 de junio de 1953. El decreto engloba los siguientes convenios: Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (I); Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos, de los Enfermos y de los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (II); Convenio de Ginebra relativo al Trato de Prisioneros de Guerra (III); Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra (IV). Para corroborar lo sostenido, véase el artículo 49 del Convenio I; el artículo 50 del Convenio II; el artículo 129 del Convenio III; el artículo 146 del Convenio IV. Las disposiciones son básicamente las mismas, así que sólo transcribo el artículo 49 del Convenio I: "Las altas partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente".

las organizaciones e instituciones internacionales— termina influyendo en el quehacer legislativo interno. Pero no sólo eso, también da cuenta de la mala *praxis* legislativa nacional.

El delito de terrorismo se encuentra tipificado en nuestro Código Penal Federal desde inicios de la década de 1970; de hecho, México se adelantó a sus obligaciones internacionales contraídas por virtud de la *Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional*,¹² obligación contenida en el artículo 8, inciso d). Hasta época muy reciente en México, el delito de terrorismo era considerado, bajo ciertas condiciones, como un delito común de trascendencia internacional,¹³ pues la tipificación que hacía el Código Penal Federal del terrorismo no preveía expresamente el terrorismo internacional como categoría jurídico-penal.

No es hasta el año de 2007 que México —en atención a sus compromisos y obligaciones internacionales contenidos en una serie de Instrumentos internacionales¹⁴ y en las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU¹⁵— legisla sobre el tema del terrorismo tratando de abarcar con ello el fenómeno en su conjunto.¹⁶ Debo hacer notar

Hasta época muy reciente en México, el delito de terrorismo era considerado, bajo ciertas condiciones, como un delito común de trascendencia internacional, pues la tipificación que el Código Penal Federal hacía de terrorismo no preveía expresamente el terrorismo internacional como categoría jurídico-penal

12 Convención suscrita en Washington, el 2 de febrero de 1971, en el marco de la Organización de Estados Americanos.

13 TERRORISMO, NO ES DELITO POLÍTICO, 9ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; XVII, Junio de 2003, pág. 7.

14 Convención Interamericana contra el Terrorismo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de noviembre de 2003; Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 1975; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de febrero de 2003; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de julio de 2007; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de febrero de 2003.

15 En especial las resoluciones siguientes: resolución 1269, de 19 de octubre de 1999, *Sobre la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo*; resolución 1373, de 28 de septiembre de 2001, *Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo*; resolución 1540, de 27 de enero de 2005, *Amenazas a la paz y la seguridad internacionales*. La resolución 1373 (2001) estipula: “[el Consejo de Seguridad] *Actuando* en virtud del Capítulo VII de la Carta, 1. *Decide* que todos los Estados: a) Prevengan y repriman la financiación de todo acto de terrorismo; b) Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo...”.

16 Con la finalidad de criminalizar el fenómeno del terrorismo internacional en su conjunto, el Estado mexicano realizó reformas y adiciones a un marco legal amplio, y no sólo a su normativa penal. Algunas de las leyes que fueron reformadas sobre el tema del terrorismo fueron: Ley de Instituciones de Crédito; de la Ley de Ahorro y Crédito Popular; de la Ley de los Sistemas de Ahorro para

el terrorismo internacional —aún cuando es un crimen característicamente internacional— no tiene una definición típico-jurídica en ningún instrumento internacional

que el terrorismo internacional —aún cuando es un crimen característicamente internacional— no tiene una definición típico-jurídica en ningún instrumento internacional;¹⁷ de hecho, en ocasión de los trabajos preparatorios y de la Conferencia de Plenipotenciarios que dio nacimiento a la CPI, se abordó el tema del terrorismo como crimen internacional, no obstante, el terrorismo internacional finalmente no fue incluido en el catálogo de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma. Así ello, la tipificación que del terrorismo internacional hace nuestro Código es, en todo caso, la concepción que el Estado mexicano hace de tal crimen internacional.¹⁸

el Retiro; de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; de la Ley del Mercado de Valores; de la Ley de Sociedades de Inversión, y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. De entre la normativa penal fueron: el Código Penal Federal; el Código Federal de Procedimientos Penales, y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2007.

17 John Murphy sostiene que: “[e]ntre 1936 y 1981, se elaboraron 109 diferentes definiciones de terrorismo, y aún más desde entonces... [Sin embargo] ninguna de estas definiciones ha sido adoptada por la comunidad mundial”. La cita es de Daniel Pavón Piscitello y Gabriel Eugenio Andrés, “Repercusiones de la lucha contra el terrorismo internacional mediante el uso de la fuerza armada en la población civil: especial referencia a los desplazados internos y a los refugiados”, *International Law: Revista Colombiana Derecho Internacional*, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia), mayo de 2007, N° 9, pp. 273-317, p. 280.

18 Además, debe señalarse que, esta concepción que el Estado mexicano hace del *terrorismo internacional*, se aparta sustancialmente de las concepciones que tradicionalmente se han venido formulando, en entidades tan autorizadas como —por ejemplo— la Comisión de Derecho Internacional de la ONU; que en su Proyecto de Código de Ofensas Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de 1954, (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind), estipulaba en el numeral 6 del artículo 2: “The following acts are offences against the peace and security of mankind: (...) (6) The undertaking or encouragement by the authorities of a State of terrorist activities in another State, or the toleration by the authorities of a State of organized activities calculated to carry out terrorist acts in another State”. *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II, p. 151. Así mismo, en su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de 1991 (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind), la Comisión tipificó el terrorismo internacional en el artículo 24 en los siguientes términos: “International Terrorism. An individual who as an agent or representative of a State commits or orders the commission of any of the following acts: undertaking, organizing, assisting, financing, encouraging or tolerating acts against another State directed at persons or property and of such a nature as to create a state of terror in the minds of public figures, groups of persons or the general public (...)”. *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, p. 97. En su Proyecto de Código de 1996, la Comisión de Derecho Internacional excluyó al terrorismo internacional de su catálogo típico de crímenes internacionales; relegando al terrorismo a una conducta o acto subyacente que configura un crimen de guerra, previsto en el artículo 20, inciso f, numeral iv. Véase: *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II.

En el Código Penal Federal se encuentra criminalizado el fenómeno del terrorismo internacional, por medio de la tipificación de una serie de delitos: delito de terrorismo internacional, de su financiación y de su preparación, en el artículo 148 bis, fracciones I, II y III respectivamente; encubrimiento de terroristas, artículo 148 ter, y por último, la amenaza de cometer terrorismo, artículo 148 quáter; que conforman el Capítulo III del Título Segundo. El articulado en su conjunto reza:

148 bis.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten:

- I. A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad de ese estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación.
- II. Al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer actos terroristas internacionales, o en apoyo de personas u organizaciones terroristas que operen en el extranjero, y
- III. Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer o se haya cometido en el extranjero.

148 ter.- Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de su identidad o de que realiza alguna de las actividades previstas en el presente capítulo.

148 quáter.- Se aplicará pena de seis a doce años de prisión y de doscientos a seiscientos días de multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere la fracción primera del artículo 148 Bis.

En efecto, como ya se apuntó, puede advertirse que el artículo que consagra el delito de terrorismo internacional tipifica tres delitos distintos. En la fracción I se consagra lo que el legislador mexicano entiende por el delito de terrorismo internacional; mientras que en la fracción II del referido artículo queda tipificado un delito innominado de financiación del terrorismo internacional; y por último, en la fracción III se establece un diverso delito de preparación de actos de terrorismo internacional. Por otra parte, en el artículo 148 ter, lo que se tipifica es

Así ello, la tipificación

que hace nuestro

Código del terrorismo

internacional es, en

todo caso, la concepción

que el Estado mexicano

hace de tal crimen

internacional

entiendo y sostengo, que el término internacional debe ser reservado a aquellos crímenes que atenten contra bienes o valores jurídicamente protegidos o estipulados de la sociedad internacional en su conjunto; y no para aquellos delitos que contengan en su fase de ejecución o en su tipificación algún elemento transfronterizo, transnacional o transestatal, o que afecten a actores internacionales, como es el caso de los Estados, los organismos u organizaciones internacionales

el delito de encubrimiento de terroristas; y en el artículo 148 quáter, queda patente que lo que se especifica es el delito de amenaza de terrorismo internacional.

Si nos detenemos a analizar, con ánimo clarificador, la redacción del artículo 148 bis, fracción I, podremos darnos cuenta de que el artículo en cuestión consagra otro delito diferente al terrorismo internacional, en puridad conceptual, el delito en comento debiera intitularse *terrorismo transfronterizo o transnacional*. Pues, entiendo y sostengo, que el término internacional debe ser reservado a aquellos crímenes que atenten contra bienes o valores jurídicamente protegidos o estipulados de la *sociedad internacional en su conjunto*; y no para aquellos delitos que contengan en su fase de ejecución o en su tipificación algún elemento transfronterizo, transnacional o transestatal, o que afecten a actores internacionales, como es el caso de los Estados, los organismos u organizaciones internacionales.

Por otra parte, tal parece que la referencia al terror en las distintas definiciones típico-conceptuales que se han formulado del delito de terrorismo, es inevitable, así que ello salva a nuestra definición típica de dicho delito de ser tachada de tautológica. Sin embargo, creo que la inserción de la alarma y el temor, si salen sobrando, y no sólo eso, contribuyen a aumentar considerablemente el grado de imprecisión —cosa inaceptable en materia penal— de nuestra tipificación del terrorismo internacional. Otro elemento típico contenido en el referido artículo, y que por su parte abona al caudal de imprecisión, es lo referente a...*la población o en un grupo o sector de ella...* que habrá de ser alarmada, atemorizada o aterrorizada, ya que no queda claro si ese “tercero en el proceso de victimización”, ha de ser la población (o grupo o sector de ella) mexicana o la población (o grupo o sector de ella) del Estado que es blanco directo de los actos terroristas. Es de lamentar también, que el legislador mexicano haya establecido sólo un nexo de jurisdicción, el territorial o *ratione loci*, para el delito en

tal parece que la referencia al terror en las distintas definiciones típico-conceptuales que se han formulado del delito de terrorismo, es inevitable, así que ello salva a nuestra definición típica de dicho delito de ser tachada de tautológica. Sin embargo, creo que la inserción de la alarma y el temor, si salen sobrando, y no sólo eso, contribuyen a aumentar considerablemente el grado de imprecisión —cosa inaceptable en materia penal— de nuestra tipificación del terrorismo internacional

cuestión; cuando pudo haber introducido otros nexos que pueden abrir exponencialmente las posibilidades de judicialización de casos de terrorismo a escala global, como lo son el nexo *ratione personae* y la jurisdicción universal.

La redacción típica de terrorismo internacional también es deficiente en lo tocante a los bienes o personas víctimas que directamente son objeto de los actos tipificados como terroristas; el artículo reza: *...actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales*. La cuestión sobre los bienes es —considero— clara, sólo los bienes propiedad *de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacional*, pueden ser blanco de actos de terrorismo internacional. No obstante, lo referente a las personas mencionadas en el artículo se torna nebuloso; ¿se refiere a cualquier ciudadano común de un Estado Extranjero?, y si así fuera, ¿Qué pasa con las personas *de cualquier organismo u organización*? Está claro que los organismos u organizaciones internacionales *no* tienen ciudadanos, sino funcionarios, que, en cualquier caso, serán ciudadanos de algún Estado. Todo parece indicar que el legislador mexicano se refiere —no sin vaguedad— tanto a los funcionarios de un Estado extranjero como a los de alguna organización u organismo internacional; y si no fuese así, entonces, hablaría de *ciudadanos* de un Estado extranjero y de *funcionarios* de organismos u organizaciones internacionales.

En cuanto al bien jurídicamente tutelado sería la autoridad, la libertad de acción y toma de decisiones tanto del Estado extranjero, como de cualquier organismo u organización internacional. En cuanto a la acción típica, podemos afirmar que es un delito de acción positiva y, por ende, soporta el grado de tentativa.

2) *Piratería*

El delito de piratería se encuentra regulado en el artículo 146, del Título Segundo del Segundo Libro, que la letra reza:

Artículo 146 — Serán considerados piratas:

- I. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo;
- II. Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata, y
- III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el curso (*sic*) sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones deberán igualmente aplicarse en lo conducente a las aeronaves.

Artículo 147. — Se impondrán de quince a treinta años de prisión y decomiso de la nave, a los que pertenezcan a una tripulación pirata.

Este delito se realiza a través de una acción típica positiva compleja, que consiste en actos de apoderamiento violento, depredación, pillaje o de violencia en las personas a bordo de embarcaciones y en la entrega de éstas a un pirata. Este delito admite grado de tentativa. El bien jurídicamente tutelado por el precepto es la libertad y seguridad de la navegación internacional, tanto marítima como aérea.

Un tipo penal más agravado lo encontramos en una disposición especial, en el Código de Justicia Militar en su artículo 210, reformado recientemente como resultado de la dinámica de protección de derechos humanos, pues antes del 29 de junio de 2005, el artículo contemplaba la pena de muerte.¹⁹ El texto actual reza: “Se impondrá pena de treinta a sesenta años de prisión, a todo comandante de nave que valiéndose de su posición en la Armada, se apodere durante la guerra, de un buque perteneciente a una nación aliada, amiga o neutral; o en tiempo de paz, de cualquier otro sin motivo justificado para ello, o exija por medio de la amenaza o de la fuerza, rescate o contribución a alguno de esos buques o ejerza cualquier otro acto de piratería”.

¹⁹ El texto anterior decía: Se castigará con la pena de muerte a todo comandante de nave que valiéndose de su posición en la Armada, se apodere durante la guerra, de un buque perteneciente a una nación aliada, amiga o neutral; o en tiempo de paz, de cualquier otro sin motivo justificado para ello, o exija por medio de la amenaza o de la fuerza, rescate o contribución a alguno de esos buques o ejerza cualquier otro acto de piratería.

3) *Violaciones de inmunidad y neutralidad*

En el artículo 148, del Capítulo II, Título Segundo, se establecen los llamados delitos diplomáticos:

Se aplicará prisión de tres días a dos años y multa de cien a dos mil pesos, por:

- I. La violación de cualquier inmunidad diplomática, real o personal, de un soberano extranjero, o del representante de otra nación, sea que residan en la República o que estén de paso en ella;
- II. La violación de los deberes de neutralidad que corresponden a la nación mexicana, cuando se haga conscientemente;
- III. La violación de la inmunidad de un parlamentario, o la que da un salvoconducto, y
- IV. Todo ataque o violencia de cualquier género a los escudos, emblemas o pabellones de una potencia amiga.

En el caso de la fracción III, y si las circunstancias lo ameritan, los jueces podrán imponer hasta seis años de prisión.

Nuevamente nos vemos en la imperiosa necesidad de puntualizar una crítica sobre la técnica jurídica utilizada en los tipos penales de índole internacional, ya que el artículo no dilucida a quién o a qué se le aplicará la sanción. En todo caso, y obviando al sujeto activo de la acción típica, ésta consiste en un hecho positivo: la acción de violar las inmunidades diplomáticas, parlamentarias o reales, y violentar los emblemas e iconos nacionales de potencia amiga alguna. Este delito, claramente puede configurarse en grado de tentativa por su naturaleza. En cuanto al bien jurídico tutelado, puede decirse que lo constituye el buen desempeño de las relaciones internacionales y diplomáticas, y la dignidad de las autoridades extranjeras representadas en México.

4) *Violaciones de los deberes de humanidad*

Tal como mencionamos antes, México es parte de los Convenios de Ginebra desde 1953, y por ello, el Estado mexicano tuvo —y tiene aún— la obligación de tipificar los crímenes ahí contenidos, como delitos del orden interno. La adición del artículo 149²⁰ al Código Penal Federal tenía la intención de dar cumplimiento a tal obligación internacional; sin embargo, la realidad dista mucho de ello, ya que este artículo, con deplorable *praxis* legislativa, no consigna ni siquiera alguna de las acciones típicas subyacentes de los crímenes de guerra establecido en los convenios de Ginebra.

El artículo 149 del CPF consagra este delito ubicado en el Título Tercero, Capítulo Primero del Segundo Libro, el cual reza:

²⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1967.

La adición del artículo 149 al Código Penal Federal tenía la intención de dar cumplimiento a tal obligación internacional; sin embargo, la realidad dista mucho de ello, ya que este artículo, con deplorable praxis legislativa, no consigna ni siquiera alguna de las acciones típicas subyacentes de los crímenes de guerra establecido en los convenios de Ginebra

“Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos, o en los hospitales de sangre, se le aplicará por ese solo hecho: prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto, para los casos especiales, en las leyes militares”.

En este artículo es necesario destacar la pésima técnica jurídica utilizada, ya que no se define lo que debe entenderse por “violaciones a los deberes de humanidad”. Habla también de “rehenes de guerra”, siendo que esa frase no significa nada en Derecho internacional humanitario (DIH), ya que los Convenios de Ginebra lo que hacen es prohibir la toma de rehenes, pero “rehenes de guerra” no constituye una categoría jurídica del DIH. Otra deficiencia viene dada por el hecho de que, el delito en cuestión, solamente podrá ser invocado en el marco de conflictos armados de carácter internacional, y no en el caso de conflictos internos, ya que el término “guerra” se reserva en el argot iusinternacionalista para conflictos armados entre Estados específicamente.

Tampoco nos aclara, ni hace ninguna referencia a ninguna fuente de interpretación, ya interna, ya internacional. Esta situación puede ser salvada a través del artículo 6 del mismo Código que establece:

Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

Por ello, me parece que, dado el momento de realizar el silogismo jurídico propio de la aplicación del tipo penal al caso concreto, el juez deberá remitirse y apoyar su decisión sobre los instrumentos internacionales sobre la materia en los que México sea parte. La gran limitante —debo insistir— viene dada por el hecho de que, en la mayor parte de los instrumentos internacionales donde se consagran crímenes internacionales, no se provee de sanciones normativas a dichos crímenes internacionales, por lo que, teniendo en cuenta el mandato constitucional, deviene jurídicamente impensable imponer penas... *por simple analogía, y aun por mayoría de razón...* no previstas normativamente, ni en el orden interno, ni en el internacional.

5) Genocidio

El término, como tal, fue acuñado por Raphael Lemkin para conceptualizar “...la destrucción masiva de un grupo étnico así como todo proyecto sistemático destinado a eliminar cualquier aspecto fundamental de la cultura de un pueblo”.²¹ Este delito se encuentra tipi-

²¹ Lemkin, Raphael, “Genocidio, un crimen moderno”, *Free World*, vol. 4, Abril, 1945, pp. 39-43. Véase además: Bianchi, Giorgio, voz *genocidio*, en: Bobbio,

ficado en Capítulo Segundo, Título Tercero, del Libro Segundo del CPF. Su tipificación (adicionada en 20 de enero de 1967) se estatuye de la siguiente forma:

Artículo 149 *bis*. Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaran a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y las cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

Este artículo consagra al menos tres tipos legales y tres clases de sanción correspondientes a ellos. El primer tipo legal consagrado, en rigor de la técnica, se llama *genocidio*; y la acción típica punible se despliega a través de una serie de acciones positivas consistentes en atentar contra la vida de las personas jurídicamente protegidas y la reproducción del grupo como tal. Esto puede ser también en grado de tentativa de delito. Ahora bien, estas acciones típicas deben tener un elemento teleológico y nota distintiva relativa a los sujetos a quienes se dirige la acción típica. Esto es, que la acción punible debe hacerse tendente a conseguir el fin de destruir parcial o totalmente a un grupo de personas que debe ser nacional, étnico, racial o religioso. Los bienes jurídicamente tutelados o protegidos en este tipo son la vida humana como tal, así como la vida, dignidad, seguridad y perpetuación de un grupo de personas consideradas como tal y en función de

.....
 Norberto, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1988, pp. 741-742. *Genocidio*. (Del gr. *yvoq*, estirpe, y *-cidio*). 1. m. Exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de etnia, de religión, de política o de nacionalidad. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, [en línea], <http://buscon.rae.es/drae/>, consultada el 11 de enero de 2010.

En el sistema jurídico mexicano los nexos o títulos por excelencia para invocar jurisdicción son el de la nacionalidad, tanto activa como pasiva, racione personae, y el relativo al territorio, racione loci.

ello. Dada la gravedad de la acción típica, la sanción impuesta por el legislador es considerada, en el sistema jurídico mexicano, como la más alta dentro del abanico del sistema sancionador.

Por otra parte, el artículo en posteriores párrafos estatuye diversos tipos legales innominados y “asimilados” al genocidio, ya que tienen identidad teleológica e identidad de sujeto pasivo; pero que no alcanzan, dada su naturaleza, una sanción tan grave como el tipo legal estructural o principal. Así, el artículo en su tercer párrafo consagra el primero de los delitos asimilados; y establece una acción típica positiva que radica en realizar ataques a la integridad física o a la salud. La otra acción típica positiva consiste en realizar traslados forzados de niños menores de dieciséis años de sus grupos originarios a otros diversos. Los bienes jurídicamente tutelados y protegidos por el precepto son: la salud física o corporal de los miembros de los grupos mencionados y, por otra parte, se pretende tutelar y proteger jurídicamente la identidad racial, étnica, religiosa y nacional de dichos grupos; tendiendo así un manto protector sobre la unidad y cohesión de éstos.

Por último, el párrafo cuarto del presente artículo establece —con identidad de propósito y de sujeto pasivo— otro tipo penal asimilado con una acción típica punible que, en este caso en concreto, puede ser positiva o negativa, es decir, de acción o de omisión, consistente en someter e infligir unas condiciones de vida que indefectiblemente conlleven a la destrucción física del grupo. En este caso, el bien jurídicamente protegido es la oportunidad de acceder a las condiciones elementales y básicas de salubridad y supervivencia.

En este tipo legal en su conjunto, por su naturaleza, no puede hablarse de otras modalidades de la intencionalidad en la acción típica del tipo legal, como lo son: delito preterintencional y de delito culposo. Por otra parte, en el párrafo primero del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece que en los casos —de entre otros— de los delitos de terrorismo internacional, genocidio y piratería, el grado de tentativa punible se considera como delito grave, por “afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad”, y esto comporta, entre otras cosas, que el indiciado no tiene derecho a la libertad bajo caución.

VII. JURISDICCIÓN SOBRE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN MÉXICO

En el sistema jurídico mexicano los nexos o títulos por excelencia para invocar jurisdicción son el de la nacionalidad, tanto activa como pasiva, *racione personae*, y el relativo al territorio, *racione loci*. Sin embargo, puede advertirse que en lo tocante a los crímenes internacionales esta-

tuidos en el ordenamiento punitivo mexicano, con excepción hecha del delito de terrorismo internacional, no se hace uso de estos títulos o nexos de jurisdicción, por lo que podemos inferir, que no es un mero olvido o errata, sino más bien una muestra más de la falta de técnica jurídica y legislativa por parte de un legislador neófito en materia de crímenes internacionales.

Así pues, me parece que el legislador lo que provoca es dar paso estrecho a la jurisdicción universal sobre estos cinco delitos internacionales contemplados en el ordenamiento penal mexicano. Además, en caso de controversia o duda sobre la operatividad y ejercicio de la jurisdicción universal sobre estos delitos, el artículo 6º del CPF pone un candado ideal, para que en un momento dado ninguno de los delitos mencionados quede impune, ya que el precepto señala que los delitos y sus reglas establecidos en los tratados internacionales y en leyes especiales se aplicarán preferentemente sobre la ley general. Así el juez puede y debe remitirse y fundamentar en sus decisiones en los tratados internacionales en la materia, así como apegarse a sus reglas de interpretación.

*En México opera,
aunque sólo a
escala secundaria,
el principio de
prescripción de
la acción penal.*

*Todos los delitos son
prescriptibles*

VIII. CUESTIONES SOBRE IMPRESCRIPTIBILIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNO

En México opera, aunque sólo a escala secundaria, el principio de prescripción de la acción penal. Todos los delitos son prescriptibles, mas esta situación no es así por mandato constitucional, ya que sólo está prevista en el orden jurídico derivado, es decir, en las leyes federales, pues la Constitución mexicana no hace referencia alguna a la prescripción de los delitos. Ya situados en el orden jurídico derivado, la prescripción de la acción penal se establece en los artículos 100 al 115 del Código Penal Federal, así tenemos el artículo 105 que reza: "La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años".

No obstante, tratándose de ciertos crímenes del Derecho de Gentes la situación imperante es bien diferente, ya que el 15 de marzo de 2002 México ratificó la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Esta ratificación obedeció principalmente al ánimo del Estado mexicano de allanar el camino hacia la ratificación del Estatuto de Roma, lo cual hizo finalmente en 2005.²²

Por otra parte, dada la naturaleza del sistema mexicano de recepción del Derecho internacional, con la sola publicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

²² El Estatuto de Roma fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2005.

dada la naturaleza del sistema mexicano de recepción del Derecho internacional, con la sola publicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en el Diario Oficial de la Federación, implica su obligatoriedad en el sistema interno y, adminiculado con lo establecido en el artículo 6 del Código Penal Federal, ya citado, se está en condición de sostener que sendos crímenes contra el Derecho de gentes (delicta iuris gentium) son ahora imprescriptibles en nuestro país; pero, sólo a partir de la fecha indicada

Crímenes de Lesa Humanidad en el *Diario Oficial de la Federación*, implica su obligatoriedad en el sistema interno y, adminiculado con lo establecido en el artículo 6 del Código Penal Federal, ya citado, se está en condición de sostener que sendos crímenes contra el Derecho de gentes (*delicta iuris gentium*) son ahora imprescriptibles en nuestro país; pero, sólo a partir de la fecha indicada, pues, antes de su ratificación y publicación estos delitos internacionales se encontraban bajo el imperio del principio de prescripción de la acción penal. Cabe destacar que si bien la sola entrada en vigor de la convención en comento basta para que el principio de *imprescriptibilidad* opere sobre los crímenes referidos, también es cierto que, en aras de la certeza jurídica, el Estado mexicano debiera legislar en materia penal sobre la cuestión y dar así cabal cumplimiento a lo estipulado en el artículo IV del referido instrumento.²³

IX. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, puedo sustentar que el Estado mexicano ha tratado de cumplir con sus obligaciones internacionales adquiridas en materia de Derecho internacional humanitario, Derecho internacional de derechos humanos y de crímenes contra el Derecho de gentes. Muestra de ello, son los crímenes internacionales tipificados en el orden interno

²³ "Los Estados partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida".

nacional. Ahora bien, el Estado mexicano no ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones internacionales sobre la materia, pues me parece que queda patente que el legislador no tiene la habilidad, así como la técnica jurídica y legislativa necesarias, para generar un sincretismo jurídico entre el orden internacional, al que el Estado mexicano está obligado, y el orden jurídico interno.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1988.
- Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Pavón Piscitello, Daniel y Eugenio Andrés, Gabriel, "Repercusiones de la lucha contra el terrorismo internacional mediante el uso de la fuerza armada en la población civil: especial referencia a los desplazados internos y a los refugiados", *International Law: Revista Colombiana Derecho Internacional*, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, mayo de 2007, N° 9, pp. 273-317.
- García San José, Daniel, *Derecho internacional postcontemporáneo*, Valencia, Tirano lo Blanch, 2008.
- Lemkin, Raphael, "Genocidio, un crimen moderno", *Free World*, vol. 4, April, 1945, pp. 39-43.

*el Estado mexicano
ha tratado de cumplir
con sus obligaciones
internacionales
adquiridas en
materia de Derecho
internacional
humanitario, Derecho
internacional de
derechos humanos y
de crímenes contra
el Derecho de gentes.
Muestra de ello,
son los crímenes
internacionales
tipificados en el orden
interno nacional*



La exacta aplicación de la ley

Jesús Abraham Martínez Montoya*

SUMARIO.

- Introducción.
1. Generalidades del tema.
 2. Algunos antecedentes del artículo 14 constitucional en lo que se refiere a la exacta aplicación de la ley.
 3. El vocablo “exactamente”.
 4. Aplicación e interpretación ¿exacta?
 5. Las autoridades sujetas a la aplicación exacta de la ley.
 6. La extensión del principio de exacta aplicación de la ley.
 - 6.1. Extensión de la garantía/principio de exacta aplicación de la ley a otros órganos del poder público.
 - 6.2. Extensión de la garantía/principio de exacta aplicación de la ley con respecto de otras materias distintas de la penal.
 7. Conclusiones.
 8. Bibliografía.

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

La importancia de redescubrir la exacta aplicación de la ley estriba en la necesidad de recordar el pilar de la legalidad contenido en el orden constitucional; aquélla constituye el faro orientador al cual debe sujetarse toda autoridad, incluso para la aplicación del resto de las normas que le acompañan.

INTRODUCCIÓN

Con acierto, Manuel Atienza sostiene que el mejor jurista ha de ser aquel que ofrezca razones respecto de la *interpretación y aplicación* de las normas jurídicas. Aplicar la ley en su justa dimensión es algo a lo que constriñe el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En toda la dinámica de la operación jurídica está el entramado de las razones y la lucha que entre ellas acontece a cada momento en que se agotan las hipótesis normativas en la vida jurídica de la sociedad.

La importancia de redescubrir la exacta aplicación de la ley estriba en la necesidad de recordar el pilar de la legalidad contenido en el orden constitucional; aquélla constituye el faro orientador al cual debe sujetarse toda autoridad, incluso para la aplicación del resto de las normas que le acompañan.

En este ensayo se tiene por objetivo traer a la mesa de discusión, una vez más, los alcances del principio de exacta aplicación de la ley, tomando como inicio la génesis de su redacción, discusiones del constituyente, concepciones etimológicas y filosóficas. Asimismo, el tratamiento que en leyes federales se hace de la interpretación y aplicación de las propias normas que exponen.

GENERALIDADES DEL TEMA

El tema de la exacta aplicación de la ley ha sido abordado por innumerables autores, principalmente como garantía constitucional pero no sólo en lo que respecta a la materia penal, ya que el Alto Tribunal ha hecho extensivo su alcance también a la materia fiscal y administrativa. Esto nos da una idea acerca de la importancia que tiene su cumplimiento por parte de las autoridades.

Asimismo, la garantía de exacta aplicación de la ley no se limita únicamente al cumplimiento por parte de los tribunales en materia penal, autoridades administrativas y fiscales, sean locales o federales. La exacta aplicación de la ley, más que una garantía, resulta ser la expresión del constituyente como fórmula de protección y defensa del propio pacto federal, es decir, que la aplicación del orden constitucional debe realizarse de manera exacta; podríase afirmar que el no aplicar exactamente algún precepto constitucional trae como consecuencia la destrucción de esta importante base constitucional.

Por otra parte, debe considerarse si, acaso, en la aplicación de la ley resulta lógica y necesaria su interpretación. Suponiendo y sin conceder que existan normas lo suficientemente claras y que, por tanto, no es necesario entrar en su discusión interpretativa, no tendrían razón de ser los tribunales, incluso. Pero claro que existen las que indudablemente tienen que ser interpretadas dada su oscuridad o ambigüedad, o bien, que los

textos normativos tuviesen alguna antinomia o laguna, tan sólo por considerar algunas situaciones. De aquí surge una pregunta: si la autoridad debe aplicar exactamente la ley, ¿deberá hacer una interpretación exacta? ¿Que alcances tiene el vocablo “exactamente”?

ALGUNOS ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL EN LO QUE SE REFIERE A LA EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY

Los antecedentes históricos del numeral en estudio son importantes porque permiten acercarnos con mayor precisión al significado de las palabras puestas en su redacción. No es la intención hacer del contexto histórico ni de la discusión legislativa una imposición irascible del pensamiento legislativo de la época, pero es fundamental conocer la génesis del precepto y entender el interés social que apremia la norma, y solamente así, sin alterar el texto de la norma, adecuarla en el nuevo escenario en que se actualice la moderna aplicación.

El proyecto previo para la Constitución de 1857 tenía dos artículos que de los cuales deviene la redacción del referido precepto constitucional, los artículos eran el 4 y el 26. La original redacción del entonces artículo 14 constitucional fue:

Artículo 14. No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido.

En aquella época no se hicieron esperar las discusiones sobre la retroactividad, la competencia de los tribunales y, por supuesto, qué se debía entender por la palabra “exactamente”. Al respecto se conoció la opinión de los integrantes de la comisión, señaló el señor Montiel y Duarte:

“La segunda parte entraña la idea profunda de que ni la tramitación, ni la sentencia se han de fundar en prácticas, costumbres o doctrinas, sino precisamente en la ley; por eso lo establece la constitución en este precepto ineludible. En asuntos criminales no hay antecedentes de analogía; lo hay en los asuntos civiles”.¹

Asimismo, en uso de la palabra comentó el señor Rodríguez: “Siendo una garantía individual que en todo juicio las leyes sean aplicadas exactamente al hecho por los tribunales, toda queja por falta de esa exactitud en la aplicación, motiva un juicio de amparo de que debe conocer la justicia federal”.²

1 Andrade G., Adalberto. *Estudio del Desarrollo Histórico de Nuestro Derecho Constitucional en Materia de Garantías Individuales*. 1ª. Ed. Talleres Gráficos de Impresiones Modernas, S.A., México, D.F., pp. 127.

2 *Ibidem*, páginas 127 a 128.

Por su lado, el señor Lozano expuso en breve que el artículo no sólo se refiere a garantizar la exactitud en la aplicación de la pena, sino en el procedimiento.

Los votos de Vallarúa han sido siempre de especial consideración para los juristas de todas las épocas, con particularidad de este tema. En 1878, al resolver un amparo promovido contra actos del Tribunal Superior del Estado de Puebla, este jurista sostuvo que la segunda parte del precepto no podría tener aplicación en materia civil, agregando que sería un absurdo en el orden civil no hacer distingos o aplicar el criterio forense llamado “por analogía”. Vallarúa señala que la interpretación siempre cabe en materia civil pero no es igual en lo penal; sin embargo, sentencia que uno y otro juzgador (juez civil y juez penal) deben ceñirse al texto de la ley en cuanto ello sea posible si no hay oscuridad o silencio en la misma. Por primera vez se tiene la indicación de que el término “exactamente” se debe entender en el artículo 14 como la racional aplicación de la ley (el subrayado es propio).

La anterior reflexión hecha por Vallarúa parece haber sido desestimada por diverso tribunal que sostiene lo contrario, no es de extrañarse, ya que los alcances de la segunda parte del artículo 14 constitucional fue motivo de grandes discusiones, como lo refiere el Jurista Mariano Coronado al mencionar una ejecutoria de amparo dictada por un tribunal, en fecha dos de mayo de 1881:

“La aplicación exacta de la ley, es la que se hace resolviendo el caso comprendido en sus literales preceptos, sin ampliarlos, para sujetar a su imperio otro caso que ellos no comprendan, y sin que para esto pueda alegarse ni la razón ni el espíritu de la ley, ni la equivalencia, ni la voluntad presunta del legislador, ni la analogía ni los argumentos ab absurdo, a simile, ad majus, etc., la aplicación exacta de la ley es la que excluye toda interpretación aún para suplir su silencio o insuficiencia; en lo criminal así se debe aplicar exactamente la ley, y cualquier interpretación es un atentado del juez contra la libertad, la honra o la vida del hombre la ley penal tiene que aplicarse exactamente si no se quiere retrogradar al tiempo en que un juez podía condenar a muerte a un hombre por equivalencia de razón”.³

Lancaster Jones, en oposición a Vallarta, establece:

“Cuando la constitución exige que las leyes se apliquen exactamente al hecho quiere que no se apliquen una en lugar de otra, y que los jueces se atengan a los principios de equidad y no procedan por ca-

3 Coronado, Mariano. *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*. 3ª. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., pp. 58.

pricho, ni se desvíe la ley de su objeto, atendiendo al texto y no a la voluntad de gobernadores o jueces”.⁴

Las palabras de Lancaster parecieran sugerir que en esa época las decisiones de los tribunales se tornaban políticas y no precisamente jurídicas, pero su mayor preocupación se centraba en la materia civil e indicaba en su discurso que, en caso de ley omisa, se aplicarían los principios generales del derecho porque así nunca faltarían las leyes aplicables, lo que figura ya como un antecedente del actual artículo 14 constitucional.

El maestro Andrade comenta con acierto que:

“La aplicación de las leyes a cada caso procesal debe hacerse en perfecta concordancia con las reglas propias del ramo a que el hecho corresponda. Leyes civiles, leyes penales y leyes federales, tienen sus leyes orgánicas, sus procedimientos y sus hermenéuticas, y sin hermenéutica es imposible entender las leyes”.⁵

*La aplicación de
las leyes a cada caso
procesal debe hacerse en
perfecta concordancia
con las reglas propias
del ramo a que el hecho
corresponda.*

EL VOCABLO “EXACTAMENTE”

Para el maestro Rabasa, hombre versado en la gramática y estricto conocedor del idioma castellano, no le resultaba nada más odioso que encontrarse frente a una redacción deficiente y no sólo eso, sino además con explicaciones redundantes y absurdas del autor de la tragedia.

No será el diccionario donde encontraremos el significado puntual de la palabra *exactamente*; sin embargo, en la mayoría de las ciencias se refieren a la exactitud como lo que se encuentra más cercano al valor real. También se ha dicho que: “El valor exacto de una magnitud física es un concepto utópico, ya que es imposible conocerlo sin incertidumbre alguna”⁶ y en efecto este vocablo, como tantos, no tiene un concepto que universalmente sea válido pero es posible que los juristas le atribuyan un significado propio y funcional.

El vocablo *exactamente* es también llamado: “el imprudente adverbio”, “el adverbio de exageración”, “la tragedia del artículo 14 constitucional”, “el odioso adverbio”, etc. Los juristas de la época, en que tiene su redacción la constitución actual, esperaban con fascinación el término de la redacción del precepto, particularmente el tercer párrafo del mismo, el cual quedó como sigue:

4 Andrade G., Adalberto. *Estudio del Desarrollo Histórico de Nuestro Derecho Constitucional en Materia de Garantías Individuales*. 1ª. Ed. Talleres Gráficos de Impresiones Modernas, S.A., México, D.F., páginas 130 a 131.

5 *Ibidem*, página 133.

6 <http://es.wikipedia.org/wiki/Exactitud>

Artículo 14. (Constitucional)

...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata....

(*El subrayado es propio*).

No pocos cuestionaron a Vallarria acerca de lo que se debía entender por la palabra exactamente, y contestó: “literalmente”. Lo cual no sería extraño si se tuviera la certeza de la que las leyes contasen con esa calidad, es decir, que fuera posible la aplicación literal; sin embargo, nadie puede sostener a plenitud que las leyes pueden ser aplicadas literalmente y, menos aún, cuando para esa época ya se habían superado las expectativas de que las normas podrían ser aplicadas conforme a la letra. Podría el señor Vallarta haberse referido a que la aplicación exacta debía entenderse que nos ajustemos lo más posible al texto de la ley, lo cual sería más razonable atendiendo a un principio dicho por Santo Tomás de Aquino, según el cual, la escritura sirve para refrescar la memoria. Sería más adelante cuando en sus votos el jurista fijara magistralmente los alcances del citado término.

Emilio Rabasa hace algunas reflexiones acerca del adverbio en cita y no encuentra sinonimia entre *literalmente* y *exactamente*. Hace alusión a que el mismo trasciende a nuestra Constitución seguramente siguiendo un precepto similar usado en tiempos de la Corona Española, época de Carlos III, ley penal que refiere precisamente Vallarta y cita que ordenaba a los jueces: “a los reos cuyos delitos, según la expresión literal o equivalencia de razón de las leyes penales del reino, corresponda la pena capital, les impongan ésta con toda exactitud”,⁷ a lo cual argumenta Rabasa que la expresión “literal” es opuesta a “equivalencia de razón”, concluye que en la época la aplicación de la pena debía darse con puntualidad y con toda *corrección*, resumiendo al caso que de aplicarse exactamente la ley, según el artículo 14 constitucional, por equivalencia de razón, por la interpretación racional, y sostiene que la acepción general de *exactitud* es *corrección*.

En las citas que de los votos de Vallarta hace Rabasa existe una en la que aquél cita a Raymond Theodore Troplong⁸ textualmente:

“En una ciencia las palabras deben tomarse en el sentido que generalmente se les atribuye, y seria(sic) exponer las partes a error, procurar someterlas a una acepción mas conforme a la etimología, pero contraria al uso...El lenguaje del derecho sufre me-

7 Rabasa, Emilio. *El Artículo 14 y el Juicio Constitucional*. 7ª ed., Editorial Porrúa, S.A. de C.V., p. 52.

8 Jurista y político francés del siglo XIX, abogado. Fue Presidente de la Corte de Casación en Francia, a la cual accedió en 1835. ⁹

tamorfosis como el lenguaje de la literatura y el de los salones; cuando una locución tiene una significación convenida, no puede uno levantarse contra ella; por mas que cien veces tuviese uno razón gramaticalmente hablando, cien veces no la tendría ante los Jueces del Derecho (sic).⁹

El vocablo *exactamente* fue recogido por el artículo 182 del Código Penal. En su redacción dice:

“Se prohíbe imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.

Rabasa sostiene que en este precepto se hace una distinción entre literal y exacto, para ello recurre a las palabras textuales del autor¹⁰ del mismo en la exposición de motivos de dicha Ley Penal, quien expresó:

“Crean algunos que la regla mencionada importa tanto como prohibir a los jueces toda interpretación de la ley, sujetarlos a su letra material, y dejar impunes muchos delitos. Pero se equivocan, porque lo que se prohíbe es ampliar o restringir la ley por medio de una interpretación extensiva o restrictiva que es injusta y peligrosa en Derecho penal (sic); pero no de la interpretación lógica, no que los jueces consulten la ciencia del Derecho, para penetrar el verdadero sentido de la ley, averiguando las razones que se tuvieren presentes al dictarla; no, en fin, que comparen y analicen las diversas leyes que tienen relación con la que hayan de aplicar, pero esto sí es propio del jurisconsulto y del magistrado”.¹¹

Por otra parte, es imprudente establecer de forma absoluta que el concepto o alcances del vocablo *exactamente* se obtiene a través de lo que indique la Real Academia de la Lengua Española; bien un estudio etimológico o gramatical auxilian en el conocimiento del significado de la palabra según nuestro idioma pero no del lenguaje jurídico, como ya se abordó anteriormente. Pero sí es importante examinar el vocablo “*exactamente*” en una concepción filosófica; al respecto, Xavier Zubiri sostiene que sólo la intelección diferencial es “*ex -acta*”, este filósofo advierte que la acción de entender es diferencial cuando se ha encontrado la pequeña diferencia de la variable, según Zubiri la “*exactitud*” reviste esta forma conceptual: “Es la cualidad de estar exigido. Es lo que no tiene la aprehensión primordial de realidad. Si se me permite el latinismo,

9 *Idem*, p. 46.

10 Aunque Rabasa no cita al autor del dicho código punitivo, seguramente se refiere a Martínez de Castro.

11 *Ibid*, p. 65.

diré que la aprehensión primordial no es ex —acta; solo la intelección diferencial es ex— acta”.¹²

Zubiri liga al término *exactitud* con “exacción”, que finalmente extrae de *exigere* (pesar con exactitud). Sostiene que estar contenido en los límites de la exigencia es la exactitud, y a ese estar contenido es a lo que llama contricción o bien lo que es estricto.

Quizás cuando Vallarta refiere como sinónima del vocablo “*exactamente*” a “literalmente”, es posible que hubiese querido establecer que la aplicación de la ley debía efectuarse dentro de los límites de exigencia de la norma. La ley debe aplicarse con apego a su expresión literal, esto no es ajeno a ningún jurista y menos que en general la ley debe aplicarse en su justa dimensión; por tanto, no es el nuevo paradigma del derecho la puntual aplicación de la ley de ahí que este adverbio, *exactamente*, siendo de exageración o como bien Rabasa lo dice, es una palabra que comúnmente es utilizada por aquellos que tienen poca templanza al hablar. Ahora bien, si ya se establece que la inclusión de esta palabra en el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, la cual señala cómo debe aplicarse la ley en los juicios del orden criminal, considero que funciona como el firme recordatorio para que las autoridades eviten el abuso arbitrario en la aplicación de la ley y estén atentos a no exigir más o menos requisitos de hecho para que se agoten las hipótesis normativas.

En efecto, pocas instrucciones debe tener el juez en la aplicación de la ley si en verdad es jurisprudente y su preocupación estriba en verificar la validez de la norma y su recta interpretación para ser aplicada al caso concreto. Por tanto, la autoridad debe aplicar la ley en un acto de estricto apego al texto, es decir, estrictamente dentro de los límites que la norma exige en su expresión literal y sin rechazo de la interpretación. Por supuesto con las reglas previas de la correcta interpretación.

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN (¿EXACTA?)

Es respetable la opinión de quienes pueden entender la autonomía de la *aplicación de la ley* frente a la *interpretación* de la misma. Citando a Riccardo Guastini, el distinguido jurista Jaime Cárdenas Gracia señala que las autoridades son las únicas que aplican el derecho, en tanto que cualquier individuo con inteligencia puede hacer una interpretación. Igualmente sostiene que la diferencia entre la aplicación y la interpretación es que la primera tiene por objeto normas y, la segunda, textos normativos. Pero además hace la indicación de que *la aplicación* supone *la interpretación*.

En efecto, la aplicación de la ley no puede prescindir del proceso mental activo mediante el cual el individuo atribuye el significado a las palabras con las cuales se expresa la norma jurídica. De tal suerte

¹² Zubiri, Xavier. *Inteligencia y Logos*. Alianza Editorial Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, España., pp 231.

que si la aplicación de la ley debe realizarse con criterios de corrección o, como lo dicen los interpretes originarios del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, la exactitud en la aplicación de la ley es la racional aplicación de la misma. Ya Martínez de Castro mencionaba que no hay incompatibilidad entre la interpretación y la aplicación exacta de la ley.¹³

Como ya observamos en líneas anteriores, los alcances que tiene la expresión “*exactamente aplicable*” contenida en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional pasa a comprenderse que la aplicación se realice correctamente, puntualmente, racionalmente, equivalencia de razón, lógica, etc., son palabras que giran alrededor de las discusiones del constituyente de 1857. Convendría entonces plantear si la interpretación es posible hacerla con dichos criterios, o bien, simplemente aceptar de forma lisa y llana que la interpretación no debe ser más que un acto político en el cual tienen verificativo las tendencias e intereses políticos, económicos, financieros y, rara vez, sociales.

Son las interpretaciones las que le dan sentido a una ley, con ellas se subsanan las deficiencias, se colman las lagunas, se resuelven las antinomias, ambigüedades, en fin, se alcanza una nueva versión de la norma y hasta una norma nueva, por ello es que las discusiones se tornan ya no alrededor de si se debe interpretar o no, sino sobre cuál es el vehículo que conduzca al mejor acierto. Esto no es ajeno a los juristas del siglo XIX, Emilio Rabasa expresó que:

Cuando una ley resulta mala debe ser modificada o suprimida; hacerla buena por una mala interpretación, es prostituir a los magistrados encargados de aplicarla y encomendar a la mentira la defensa de los intereses sociales.¹⁴

Ningún jurista puede entender la aplicación de la ley apartándose de su interpretación. Toda aplicación de la ley supone necesariamente la interpretación de la misma. En un análisis dogmático, sostengo que el criterio que debe prevalecer respecto a *la exacta aplicación de la ley* es que la misma, antes, sea interpretada *exactamente*. En razón a que esta dualidad resulta inseparable en la aplicación de la norma; consecuentemente, el vocablo *exactamente* alcanza a la interpretación de la norma, obviamente entendiéndose a esta exactitud jurídica como aquello que se encuentra dentro de los límites exigidos por la norma, por tanto la interpretación deberá ser aquella que sea la correcta, equivalente de razón o, sencillamente, aquella que sea racional.

La interpretación, consecuentemente, no puede ser otra más que aquella que sea la correcta. Quizás nadie tenga la intención de hacer una interpretación incorrecta o irracional; sin embargo, ocurre, sobre

*Cuando una ley
resulta mala debe
ser modificada o
suprimida; hacerla
buena por una
mala interpretación,
es prostituir a los
magistrados encargados
de aplicarla y
encomendar a la
mentira la defensa de
los intereses sociales.*

¹³ Rabasa, Emilio. *op. cit.*, p. 66.

¹⁴ *Ibidem* pp. 58.

todo cuando la interpretación-aplicación de la norma obedece a intereses políticos o pseudodemocráticos.

LAS AUTORIDADES SUJETAS A LA APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY

En origen es el órgano jurisdiccional el obligado al mandato constitucional de exacta aplicación de la ley. Así se desprende de la lectura del artículo 14 constitucional, con excepción del primer párrafo, que fue una redacción influenciada por una jurisprudencia norteamericana y que indicaba tanto no aplicar una ley retroactivamente como también no expedir leyes *expostfacto*, lo cual deja de manifiesto que sujeta la actividad legislativa limitándola a expedir leyes que tengan aplicación respecto de hechos de realización futura y no de aquellos que ya se hubiesen verificado.

El resto del precepto en su redacción lo constituyen tres párrafos, en los cuales se encuentran diversas garantías que en el orden denominamos como de legalidad y de seguridad jurídica; sin embargo, tienen en común que es el órgano jurisdiccional el único que, inexcusablemente, debe asumir el respeto irrestricto a las citadas garantías. Se cita literalmente:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

En efecto, lo que de ahí se desprende, en esencia, es la competencia de los tribunales en los cuales se lleven a cabo las formalidades del procedimiento. Por ninguna parte se observa que sean las autoridades administrativas dependientes del poder ejecutivo las obligadas a la aplicación exacta de los referidos principios, asimismo, tampoco obliga a las autoridades legislativas.

De igual forma, se advierte la forma de la imposición de las penas que, como sabemos, queda prohibido llevarla a cabo por simple analogía y aun por mayoría de razón, pues al hecho ha de aplicarse una ley que resulte exactamente aplicable. Obviamente, su alcance es en lo correspondiente a juicios del orden criminal, cuyas autoridades son los tribunales y no alguna otra autoridad.

No menos diferente es el último párrafo del precepto que particularmente señala la forma que deben revestir las sentencias civiles, dictadas por un tribunal, obviamente. Tampoco deja espacio para suponer alguna autoridad que sea diferente a la judicial.

6. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY

Sabemos que algunas interpretaciones que se hacen de cualquier norma jurídica o texto normativo arroja como consecuencia el nacimiento de una norma nueva o bien que se explique de forma tal que su redacción original poco conserva de su esencia gramatical. Esto es algo que ha ocurrido en la interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional.

El artículo 14 constitucional en lo que respecta al contenido de la exacta aplicación de la ley, en su tercer párrafo, ha sido objeto de muy variadas interpretaciones y, por su forma de entenderlo, queda claro que en el párrafo se ve reflejado el viejo *principio de taxatividad*, es decir, la *vatio* última del Estado y, en específico, el máximo esfuerzo por parte de los legisladores para redactar la ley de la forma más clara posible y a su vez la interpretación más adecuada por parte de los jueces.

6.1 Extensión de la garantía/principio de exacta aplicación de la ley a otros órganos del poder público

La garantía de exacta aplicación de la ley ha sido considerada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, más que una garantía, un principio y fundamento constitucional de observancia obligatoria para todo gobernante y debe hacerlo efectivo frente a sus gobernados. Ha dicho también la SCJN que, además, este principio constitucional, debe darse de forma interinstitucional. No solamente es obligatoria entre autoridades gobernantes y gobernados, sino entre todos los órganos de gobierno que participan del ejercicio del poder público y, al efecto, se estableció jurisprudencia obligatoria por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁵

En efecto, se podría afirmar que la exacta aplicación de la ley, bien como garantía constitucional o como principio/fundamento constitucional, se ha hecho extensiva su observancia a los otros poderes públicos, tal es el caso del Poder Legislativo a quien el pleno de la Suprema

¹⁵ Esto fue resuelto en la sesión del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha 23 de junio de 2005. Tesis de Jurisprudencia con número de registro 177,331. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, septiembre de 2005. Página 891. Cuyo rubro reza: "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO PUEDEN ALEGAR INFRACCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE FUNDAMENTACIÓN, MOTIVACIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY."

La redacción del artículo 14 constitucional, particularmente el tercer párrafo, como ya se apuntó, únicamente hace referencia a los juicios del orden criminal, es decir, a aquellos procedimientos relativos a la imposición de las penas de prisión propias del derecho penal; sin embargo, la interpretación extensiva del Poder Judicial a través del Pleno, Salas y Tribunales Colegiados ha alcanzado otras materias en las que obliga a sus órganos administrativos que la aplicación de las normas se realice exactamente.

Corte de Justicia de la Nación le impone el respeto de dicho principio, el cual indica que es también de su observancia al momento de creación de las leyes en las que señale con claridad la norma, que cumpla con la descripción de la conducta y consecuencias jurídicas. Por tanto, la interpretación que el Poder Judicial de la Federación, depositada en el pleno, constriñe al diverso Poder Legislativo, sin perder de vista que el revisor último de la actuación del Legislativo es el Judicial. Ello puede ser apreciado en la jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁶

6.2 Extensión de la garantía/principio de exacta aplicación de la ley con respecto de otras materias diferentes de la penal

La redacción del artículo 14 constitucional, particularmente el tercer párrafo, como ya se apuntó, únicamente hace referencia a los juicios del orden criminal, es decir, a aquellos procedimientos relativos a la imposición de las penas de prisión propias del derecho penal; sin embargo, la interpretación extensiva del Poder Judicial a través del Pleno, salas y tribunales colegiados ha alcanzado otras materias en las que obliga a sus órganos administrativos a que la aplicación de las normas se realice exactamente. Tal es el caso que se condiciona a los órganos de la administración pública federal a que al momento de la redacción de sus reglamentos sea con apego exacto a la ley, es decir, que el Ejecutivo, con los reglamentos, ha de dar cumplimiento a la ley y no ocuparse en

¹⁶ Así se resolvió en la sesión del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha 1º de marzo de 2006. Tesis de Jurisprudencia con número de registro 175,595. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, marzo de 2006. Página 84. Cuyo rubro reza: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR".

suplir deficiencias o ambigüedades de la misma. Por eso, en definitiva, se concluye que los reglamentos administrativos deben estar limitados al contenido de la ley misma que regula la función de cada órgano administrativo, tal como lo sostiene el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en jurisprudencia.¹⁷

No obstante lo anterior, también hay leyes que han acogido este principio de exacta aplicación de la ley en la vasta materia administrativa. Tal es el caso del contenido del artículo 63 de la Ley Federal de Procedimientos Contencioso Administrativo, el cual dispone de los supuestos en que se opera la interposición del recurso de revisión, que textualmente dice:

Artículo 63.- Las resoluciones emitidas por el Pleno, las Secciones de la Sala Superior o por las Salas Regionales que decreten o nieguen el sobreseimiento, las que dicten en términos de los artículos 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 6º de esta Ley, así como las que se dicten conforme a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y las sentencias definitivas que emitan, podrán ser impugnadas por la autoridad a través de la unidad administrativa encargada de su defensa jurídica o por la entidad federativa coordinada en ingresos federales correspondiente, interponiendo el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente en la sede del Pleno, Sección o Sala Regional a que corresponda, mediante escrito que se presente ante la responsable, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación respectiva, siempre que se refiera a cualquiera de los siguientes supuestos:

I.

II.

III. Sea una resolución dictada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Servicio de Administración Tributaria o por autoridades fiscales de las Entidades Federativas coordinadas en ingresos federales y siempre que el asunto se refiera a:

a) Interpretación de leyes o reglamentos en forma tácita o expresa.

b) La determinación del alcance de los elementos esenciales de las contribuciones.

...

La aplicación de las normas jurídicas de índole administrativa debe ser exacta, este criterio ha sido recogido en las resoluciones administrativas, algunos órganos no lo expresan textualmente así, sin

17 Jurisprudencia por reiteración de criterios dictada por el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito de enero de 1991. Con número de registro 223,611. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación VII, enero de 1991. Página 83. Cuyo rubro reza: "REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS. SUS LÍMITES".

Artículo 5.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

embargo, los recursos suelen permitirse su interposición en razón a una inadecuada interpretación, la cuestión es que la pura interpretación a nadie perjudica sino a partir de su aplicación al caso concreto, luego entonces las autoridades que interpretan la ley la realizan en un acto de aplicación de la norma jurídica al caso concreto. La disposición en cita en materia administrativa deja mucho a la reflexión, ya que primeramente se habla de que en la procedencia del recurso se hace extensiva la exacta aplicación de la ley. Como ya apuntamos, toda aplicación de la ley presupone una interpretación, así, la errónea interpretación de una norma jurídica administrativa implica necesariamente que su aplicación sea inexacta y así nace para el gobernado el derecho a interponer el recurso que corresponda.

También el Código Fiscal de la Federación establece que las disposiciones legales contenidas en ella, bien sea que impliquen cargas, exacciones, infracciones y sanciones, son de estricta aplicación; fuera de estas clases las normas pueden ser interpretadas empleando cualquier método de interpretación. Esto es visible en el artículo 5º de la citada ley que literalmente establece:

Artículo 5.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.

A lo largo de este trabajo hemos insistido en la importancia que reviste comprender que la exacta aplicación de la ley, a más de una garantía, es base en la cual descansa todo el orden jurídico, lo que bien se denomina como legalidad. El dispositivo fiscal en cita no olvida que la aplicación de las normas jurídicas fiscales debe ser estricta; es decir, como ya lo vimos, lo que está exigido.

El artículo 5 del Código Fiscal de la Federación deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier método de interpretación para el resto del articulado. Ello fuera de lo estricto, pero una norma a la que se le realiza una interpretación jurídica correcta, cualquiera que haya sido el método, su aplicación tiene como destino ser correcta, es decir, exacta.

CONCLUSIÓN

Más de 150 años han transcurrido desde que se discutió la redacción del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, las palabras expuestas en el debate de los diputados y las de su redactor Ignacio Vallarta; la opinión de diversos tratadistas como Emilio Rabasa, Adalberto Andrade G., Mariano Coronado y otros, pone de manifiesto que la norma debe ser aplicada racionalmente, interpretada de acuerdo a la hermenéutica de su rama a la que corresponde; Martínez de Castro (redactor del Código Penal) refiere que es falso que se prohíba interpretar en materia penal y señala que los jueces deben hacer una interpretación lógica encontrando en todo momento el verdadero sentido de la ley.

Los autores que en este breve análisis se consultaron, llegan indefectiblemente a la correcta interpretación, a la equivalencia de razón en la interpretación-aplicación. Pero, ¿cuál razón debe prevalecer?, ¿cuál es la razón correcta?, ¿cuál es la razón que se debe elegir? La lucha de las razones es y ha sido desde siempre la principal discusión humana, pero no es este trabajo el que lo define, pues bien, ése será trabajo de la Filosofía en todo caso, u otras disciplinas que tienen por objeto establecer lo que es bueno para la humanidad.

Creo que si no existiera en la redacción del tercer párrafo del artículo 14 constitucional la palabra “*exactamente*”, y sólo quedara como sigue: “.. *por una ley aplicable al delito de que se trate*”, al desaparecer este fuerte aliciente quizás tendríamos resoluciones fuera de toda lógica, pero válidas, constitucionalmente hablando. Nótese que el sufijo *-ble* indica posibilidad de. Consecuentemente, *la aplicación exacta* de la ley tiene un trazo racional que constituye la directriz del orden constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Rabasa, Emilio. *El artículo 14 y el juicio constitucional*. 7ª. Ed., Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 353 pags., México, D.F., 2005.
- Coronado, Mariano. *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*. 3ª. Ed. Primera Reimpresión, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 286 págs., México, D.F., 1977.
- Andrade G., Adalberto. *Estudio del desarrollo histórico de nuestro derecho constitucional en materia de garantías individuales*. Iª. Ed. Talleres Gráficos de Impresiones Modernas, S.A., 331 pags., México, D.F., 1958.
- Zubiri, Xavier. *Inteligencia y logos*. Alianza Editorial Sociedad de Estudios y Publicaciones. 398 págs., Madrid, España., 1982.

Constitucion política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente con actualización del sistema de compilación jurídica en red "Cicerón".
Ley federal de procedimientos contencioso administrativo, vigente con actualización del sistema de compilación jurídica en red "Cicerón".
Código fiscal de la federación, vigente con actualización del sistema de compilación jurídica en red "Cicerón".
CD ROM IUS 2009.



Principios característicos del sistema fiscal mexicano

Luis Córdova Esparza*

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 31 fracción IV, establece los que se denominan principios característicos de nuestro sistema fiscal. La redacción actual de la citada disposición es la siguiente:

Artículo 31.- Es obligación de los mexicanos: ...IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.¹

La anterior disposición constitucional tiene su antecedente en Constitución Política de la Monarquía española,² promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812 y en cuyas cortes México participó con un buen número de diputados. Contenía al respecto tres destacados artículos:

Artículo 8.- También está obligado todo español sin distinción alguna a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado.

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en Internet, sitio: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc>. Consultado el 28 de enero de 2008, a las 15:00 hrs.

2 carrasco I., Hugo. 2000. *Derecho Fiscal Constitucional*. Oxford, Cuarta Edición, México, D. F. p. 166. V. Para tener un mayor panorama respecto de los antecedentes.

“Artículo 36.- Es obligación de todo mexicano: defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos y justos intereses de su patria y contribuir para los gastos públicos, así de la federación como del estado y municipio en que resida de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

Artículo 339.- Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno.

Artículo 340.- Las contribuciones serán proporcionadas a los gastos que se decreten por las cortes para el servicio público en todos los ramos.”³

En el proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el dieciséis de junio de 1856, se dedicó el artículo 36 a las obligaciones de los mexicanos en los siguientes términos:

Artículo 36.- Es obligación de todo mexicano: defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos y justos intereses de su patria y contribuir para los gastos públicos, así de la federación como del estado y municipio en que resida de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.⁴

En la sesión del 26 de agosto de 1856 se dio lectura al artículo 36 del proyecto y el diputado Moreno propuso que se eliminará el adjetivo “justos” antes del sustantivo “intereses”, dado que no se podía pensar en intereses de la patria que no fuera, moción que fue aprobada por unanimidad de los 79 diputados presentes, al igual que el texto del artículo, el cual pasó a ser el artículo 31 de la Constitución Política del 5 de febrero de 1857, dividiendo el texto en dos fracciones. En consecuencia quedó con el siguiente texto:

Artículo 31.- Es obligación de todo mexicano: I) Defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de su patria, y II) Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del estado y municipio en que resida, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.⁵

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

2. LA UNIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD

Ahora bien, en la doctrina existe una apasionada discusión en torno a la expresión “proporcional y equitativa” referido en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Hay quienes afirman que la misma se refiere a un solo concepto;⁶ otros, las consideran cuestiones con requisitos diferentes.⁷

Del mismo modo, la equidad ha sido profundamente ligada con el concepto de justicia al grado de que, Roberto Tamagno, las identifica en un mismo rango, e incluso, afirma que se confunden en el plano axiológico al sostener

cuando se ha tratado de dar idea de la justicia, se la ha referido siempre a una cierta proporcionalidad, igualdad y armonía. Este valor justicia es el supremo en la escala de la axiología jurídica que tiene como valores fundantes, o de menos jerarquía al orden y la seguridad. El razonamiento es bien sencillo si la aplicación de la norma al caso concreto es la realización de la justicia de acuerdo al plexo valorativo, la equidad ha quedado fuera del juego sea identificada con el valor justicia, el valor superior y más digno de la escala”.⁸

Sin pretender realizar un estudio respecto de la justicia, en virtud de que escapa a los límites del presente trabajo, diremos simplemente que es un concepto que a lo largo de la historia ha sido numerosamente estudiado y conceptualizado, desde Ulpiano en los tiempos más remotos de la civilización romana hasta nuestros días.

La proporcionalidad y equidad en materia tributaria no deben ser estudiados en forma aislada, puesto que, con ello, se corre el riesgo de perder el sentido y la dimensión que cada uno representa: el significado o alcance que deben tener no se puede concebir sin el previo estudio de otros principios más amplios *a priori*, estos son: la igualdad y la capacidad contributiva.

Así pues, si la Capacidad Contributiva no es otra cosa que la aplicación en el ámbito tributario de la igualdad formal o de tratamiento, los principios de Equidad y Proporcionalidad no son más que criterios de manifestación de la capacidad contributiva. La Equidad actúa y se manifiesta en ámbitos diferentes de la Proporcionalidad, pero conjuntamente buscan la justicia de tratamiento fiscal, cosa que también desarrolla la Capacidad Contributiva en aquellos or-

Sin pretender realizar un estudio respecto de la justicia, en virtud de que escapa a los límites del presente trabajo, diremos simplemente que es un concepto que a lo largo de la historia ha sido numerosamente estudiado y conceptualizado desde Ulpiano en los tiempos más remotos de la civilización romana hasta nuestros días.

6 V. Flores Z., Ernesto. 1998. *Finanzas Públicas Mexicanas*. : Porrúa, Trigésima Segunda Edición. México D. F. p. 214.

7 V. Carrasco. *Ob. cit.* Nota 2: p. 184.

8 Tamagno, Roberto. 2000. *Equidad Tributaria*. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Bibliográfica Argentina, Tomo X, Argentina, p. 439.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el principio de proporcionalidad tributaria exigido por el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva.

denamientos del mundo que la alberga. Por lo que la Equidad y la Proporcionalidad no son otra cosa más que el reflejo, en México, de la Capacidad Contributiva como Fundamento y Medida de la imposición... Desde este punto de vista constituyen garantía de un trato fiscal justo.”⁹

3. LA JUSTICIA TRIBUTARIA

El término de justicia tributaria¹⁰ ha sido completamente ignorado por nuestro más alto tribunal que curiosamente en su nombre también alude dicho valor: suprema corte de justicia de la nación. Queda debiéndonos pues, desde la perspectiva del autor del presente trabajo, el definir los alcances y el concepto jurídico de dicho término que sin duda alguna forma parte de lo que la Constitución General de la República establece implícitamente en la fracción IV de su artículo 31, a fin de tener una completa e integra interpretación que permita determinar coherentemente el citado precepto constitucional.¹¹

En ese sentido, cabe resaltar que si bien la Corte se ha pronunciado en torno a que el Principio de Proporcionalidad está relacionado con la capacidad contributiva de los individuos, coincido con Rezzoagli en que: “el error más frecuente que encontramos en la doctrina, e incluso en la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su jurisprudencia, es que equiparan el principio de proporcionalidad con el de capacidad contributiva, siendo que el primero sólo es una parte o constituye sólo una forma de manifestación del segundo, dentro del cual se encuentra abarcado.”¹² De tal suerte que lo anterior se ve reflejado en las siguientes tesis de jurisprudencia:

Capacidad contributiva. Consiste en la potencialidad real de contribuir a los gastos públicos

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de Proporcionalidad Tributaria exigido por el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consis-

9 Rezzoagli, Luciano Carlos. 2006. *Beneficios Tributarios y Derechos Adquiridos*. Cárdenas Velasco Editores, México D. F., pp. 103-107.

10 García B., Marco C. 2007. *Concepto de Reforma Fiscal*. México: UNAM. Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=430>. p. 46. Comenta al respecto: “Bien sabemos que la justicia es un concepto difícil de definir ya que engloba múltiples características”.

11 Berliri L., V. 1986. *El Impuesto Justo*. Madrid: EIF, s.p.i. p. 58. “La justicia es algo que no se muestra sino que se siente y es especialmente un concepto límite, una tendencia, que casi siempre se realiza por aproximación. Es más, incluso allí, donde sea posible conseguir la justicia perfecta nunca son decisivas para mostrar la bondad de los resultados obtenidos, los instrumentos y las fórmulas del científico, sino de la sensibilidad relativa de la conciencia – económica- social, la cual al contrario de las valoraciones científicas, es tan sutil en las apreciaciones cualitativas como burda en las cuantitativas”.

12 Rezzoagli. *Op. cit.* Nota 9: pp. 105-106.

te en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva. Lo anterior significa que para que un gravamen sea proporcional, se requiere que el hecho imponible del tributo establecido por el Estado, refleje una auténtica manifestación de capacidad económica del sujeto pasivo, entendida ésta como la potencialidad real de contribuir a los gastos públicos. Ahora bien, tomando en consideración que todos los presupuestos de hecho de los impuestos deben tener una naturaleza económica en forma de una situación o de un movimiento de riqueza y que las consecuencias tributarias son medidas en función de esta riqueza, debe concluirse que es necesaria una estrecha relación entre el hecho imponible y la base gravable a la que se aplica la tasa o tarifa del impuesto. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el 26 de octubre en curso, aprobó, con el número 109/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.¹³

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el principio de proporcionalidad tributaria exigido por el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva.

Impuestos. Concepto de capacidad contributiva.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de Proporcionalidad Tributaria exigido por el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva. Lo anterior significa que para que un gravamen sea proporcional, se requiere que el objeto del tributo establecido por el Estado, guarde relación con la capacidad contributiva del sujeto pasivo, entendida ésta como la potencialidad de contribuir a los gastos públicos, potencialidad ésta que el legislador atribuye al sujeto pasivo del impuesto. Ahora bien, tomando en consideración que todos los presupuestos de hecho de los impuestos tienen una naturaleza económica en forma de una situación o de un movimiento de riqueza y que las consecuencias tributarias son medidas en función de esta riqueza, debe concluirse que es necesaria una estrecha relación entre el objeto del impuesto y la unidad de medida (capacidad contributiva) a la que se aplica la tasa de la obligación.¹⁴

Para evitar confusiones como en las que incurren los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio anteriormente transcrito, es menester dimensionar el concepto de proporcionalidad y equidad a que se refiere la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de tal suerte que, mientras

“...la equidad sólo puede funcionar o desarrollarse en el ámbito cualitativo del tributo, dentro del hecho imponible por lo que constituye un fundamento de justa imposición lo que es lo mismo actúa como fundamento de la capacidad contributiva. Una vez desarrolla-

¹³ *Semanario judicial de la federación y su Gaceta*. 1999. Registro No. 192849.

¹⁴ *Tesis de jurisprudencia citada en el Amparo en revisión 2482/96*. 2007.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el principio de proporcionalidad tributaria exigido por el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva.

do el fundamento de la imposición en el hecho imponible del tributo a través de la equidad, tal y como manifestamos anteriormente, debe traducirse, en la base imponible, en términos económicos para que pueda aplicarse el tipo y obtenerse la deuda tributaria respectiva. Es aquí donde empieza el accionar del principio de proporcionalidad, pues cada persona debe tributar en ‘proporción’ a lo que tiene, atendiendo también a las necesidades (materia aún pendiente en México). De esta forma la proporcionalidad comienza a actuar en la base imponible del tributo, y esto significa que no constituye el fundamento de la imposición sino la medida de la misma...la proporcionalidad sólo puede funcionar o desarrollarse en el ámbito cuantitativo del tributo, a partir de la base imponible, por lo que constituye una Medida de justa imposición, o lo que es lo mismo actúa como medida de la capacidad contributiva.”¹⁵

Desde la perspectiva del autor de este trabajo, capacidad contributiva y capacidad económica no son lo mismo, en razón de los argumentos siguientes:

“en nuestro régimen de derecho se establecen reglas especiales para determinar qué incrementos en el haber patrimonial de una persona se toman en cuenta para apreciar el aumento de su capacidad económica y qué disminuciones se estiman como una reducción de dicha capacidad. Es decir, que para efectos fiscales no todos los incrementos ni todas las disminuciones del haber patrimonial se toman en cuenta para determinar la capacidad económica. Esta diferencia apuntada me lleva a efectuar una distinción que estimo esencial para comprender la verdadera magnitud y trascendencia del principio de proporcionalidad impositiva; que lo que es capacidad económica conforme al derecho común, se torna —como un simil— en “capacidad contributiva” en el derecho fiscal. Es decir, que mientras que conforme a las reglas del derecho común la capacidad económica se identifica plenamente con el haber patrimonial, en el derecho fiscal la capacidad contributiva se identifica con lo que podríamos llamar un “haber patrimonial calificado”, debido a que no todos los ingresos ni todos los gastos y pérdidas se toman en cuenta para determinar la capacidad que una persona tiene para contribuir, o sea la posibilidad real que tiene de compartir bienes con el Estado... resulta adecuado que las leyes fiscales, como por ejemplo en la que establece un impuesto sobre la renta, la apreciación de la capacidad contributiva se aparte de la manera en que se contempla la capacidad económica; porque hay algunos ingresos que no deben tomarse en cuenta para apreciar la magnitud de la primera cuando hay alguna razón de carácter económico o jurídico que justifique proceder así; eso es lo que busca el principio de proporcionalidad impositiva.

15 Rezzoagli. *Op. cit.* Nota 9: pp. 104-105.

Este principio deberá considerarse violado o no atendido por la Ley, cuando no exista justificación alguna para excluir un determinado ingreso en la apreciación de la capacidad contributiva de algún sujeto, o para incluir en ella un ingreso inexistente”.¹⁶

La equidad tributaria significa, en

consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia en la que intenta diferenciar ambos conceptos en los términos planteados, es decir, que la equidad se refiere al aspecto cualitativo y que la proporcionalidad se refiere al aspecto cuantitativo, aunque confunde nuevamente la capacidad económica con la capacidad contributiva. El criterio es el siguiente:

Impuestos, proporcionalidad y equidad:

El artículo 31, fracción IV, de la Constitución, establece los principios de proporcionalidad y equidad en los tributos. La proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva *capacidad económica*, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio, los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la *capacidad económica* de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos. El cumplimiento de este principio se realiza a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto en monto superior los contribuyentes de más elevados recursos y uno inferior los de menores ingresos, estableciéndose además, una diferencia congruente entre los diversos niveles de ingresos. Expresado en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto no sólo en cantidad sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio, reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etc., debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación

16 GALVO, Enrique. 2007. *Casos Prácticos en la Aplicación del Principio de Proporcionalidad de los Impuestos*. Disponible en Internet: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr32.pdf>>

Con arreglo a la tesis jurisprudencial transcrita, ha sido criterio constante de este Alto Tribunal que el principio de proporcionalidad tributaria exige que el monto de los impuestos se fije de acuerdo con la capacidad contributiva de los gobernados, entendida como la aptitud de que gozan para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en la medida de su riqueza, y que el principio de equidad implica que el monto del gravamen sea similar para aquellos colocados en la misma situación y desigual para los que se hallen en situaciones diversas.

de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula. Con arreglo a la tesis jurisprudencial transcrita, ha sido criterio constante de este Alto Tribunal que el principio de proporcionalidad tributaria exige que el monto de los impuestos se fije de acuerdo con la capacidad contributiva de los gobernados, entendida como la aptitud de que gozan para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en la medida de su riqueza, y que el principio de equidad implica que el monto del gravamen sea similar para aquellos colocados en la misma situación y desigual para los que se hallen en situaciones diversas.¹⁷

Para que en nuestro país exista un sistema fiscal que se sustente sobre la base de la justicia tributaria se requiere no solamente que el poder judicial precise la diferencia entre capacidad económica y capacidad contributiva en los términos antes apuntados,¹⁸ sino que además, el legislador se inspire en dichos conceptos al momento de establecer contribuciones,¹⁹ de tal suerte que, dicha atribución se sustente sobre la base de los principios referidos en oposición a la arbitrariedad que muy a menudo se presenta al respecto aun en contra de lo establecido por la

17 V. también la tesis de jurisprudencia Consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 9a. Época; 2a. Sala; Tomo XXIII, Mayo de 2006; p. 298.

18 García B., Marco C. 2007. *Op. cit.* Nota 10: p. 51. El autor aclara que: "Entre la capacidad contributiva y la capacidad económica, prevalece una relación de interdependencia, la una presupone la existencia de la otra, pero no son términos sinónimos".

19 *Ibidem* pp. 47-50. Afirma: "La legislación fiscal precisa tener su punto de partida en la Constitución y en los valores vinculantes que ésta demanda, lo contrario originaría su ilegitimidad constitucional. ...Restar importancia a la calidad constitucional de tributo, desmerece el Estado de derecho, y por ende, acrecienta la presión social. ...Un sistema fiscal apuntalado por impuestos atentatorios de los derechos de propiedad genera un sólido andamiaje de injusticias".

fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ejemplos de ello son: La tarifa de pago de derechos por el servicio de inscripción en el Registro Público de la Propiedad en el Estado de Chihuahua a que se refiere el punto número 25 de la sección y anexo correspondientes de la Ley de Ingresos para el Estado de Chihuahua para el ejercicio fiscal 2011; así como el cobro de derechos que hace el Municipio de Juárez, Chihuahua, por los servicios relativos a los actos de subdivisión y fusión de inmuebles; casos en los cuales sin duda alguna las tarifas de cobro son notoriamente inconstitucionales.

4. LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA COMO ELEMENTO DE COHESIÓN EN EL SISTEMA FISCAL

La capacidad contributiva, requiere ser considerada y revalorizada en nuestro sistema jurídico a efecto de que se le reconozca como un elemento de cohesión para que los impuestos constituyan un sustento y no un conglomerado o un caos.²⁰ La jurisprudencia ha sido omisa en destacar el factor antes mencionado; por tanto, corresponde a la investigación el cumplir esta misión. De no hacerlo así, seguirán repitiéndose indefinidamente vicios como los mencionados por García cuando aclara que: Entre la capacidad contributiva y la capacidad económica, prevalece una relación de interdependencia, la una presupone la existencia de la otra, pero no son términos sinónimos.²¹ De tal forma que:

...la colaboración, de los sujetos en el concurso de los gastos públicos, requiere ser planteada en proporción de su capacidad contributiva global, lo contrario produciría efectos adversos al postulado de la justicia, difíciles de paliar... Todo instituto tributario precisa ser, ante todo, justo. Es importante la participación de todos —ricos y pobres— en el concurso de los gastos públicos pero cada uno en la medida de sus posibilidades.²²

La participación de todos los ciudadanos como contribuyentes frente al fisco en proporción a la capacidad contributiva de cada uno es una tarea que en nuestro país se encuentra aún lejos de alcanzar; así lo reconoció Mariano Azuela Güitrón, ex ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al inaugurar los trabajos del Seminario de Derecho Constitucional Tributario en Iberoamérica, en donde manifestó que era urgente: “[...] crear una cultura tributaria con una adición de beneficio social en la que los que tengan poco no paguen impuestos o paguen poco y, al mismo tiempo, se evite que quienes tienen muchos recursos acudan a abogados fiscalistas que

crear una cultura tributaria con una adición de beneficio social en la que los que tenga poco no paguen impuestos o paguen poco y, al mismo tiempo, se evite que quienes tienen muchos recursos acudan a abogados fiscalistas que les ayudan a evitar el pago de sus contribuciones... describió las tres líneas que debe seguir una cultura tributaria con base en la Constitución del país...

20 García. B. Marco. *Op. cit.* Nota 10: p. 48.

21 *Ibidem*, p. 51.

22 *Ibidem*, pp. 48-50.

En la mayoría de los casos son manifestaciones tan inseguras de riqueza que no reflejan, en lo más mínimo, la capacidad contributiva objetiva de los contribuyentes.

les ayudan a evitar el pago de sus contribuciones... describió las tres líneas que debe seguir una cultura tributaria con base en la Constitución del país... El primer punto consiste en tener claro que todo gobernado tiene la obligación de contribuir a los gastos públicos de la federación, de los estados y los municipios en que radica. La segunda vertiente... establece que todo gobernado tiene el derecho de que las contribuciones sean fijadas en la ley de manera proporcional y equitativa, y destinada al gasto público. La tercera línea que completa esta cultura... gira en torno al hecho de que el gasto público debe tener una dimensión de beneficio social que contribuya a que los que poco tienen no contribuyan o contribuyan poco, y los que mucho tienen contribuyan con mayor significación. Después de este punto... criticó el hecho de que actualmente se han generado deformaciones en el sistema tributario debido a que los abogados fiscalistas han llegado hasta la sofisticación para poder evadir el pago de contribuciones o al menos lograr un pago más reducido.²³

De acuerdo con lo anterior, esta situación generada principalmente por quienes cuentan con los recursos para contratar abogados fiscalistas, provoca que el pago de impuestos recaiga en el grueso de la población que se encuentra cautiva y que tiene que cumplir con su obligación ante el fisco. Por eso se ha dicho que es necesario trabajar en una nueva cultura tributaria que permita redistribuir la riqueza. Esto último, para contar con un sistema tributario con justicia social, ya que la falta de una cultura tributaria propicia la sobrevivencia del paternalismo estatal muy cercano a la arbitrariedad, y por tanto, a la injusticia, por lo que urge la creación de una cultura tributaria. Para que esto ocurra es necesario generar conciencia en todos los ciudadanos hasta el punto en que se enorgullecen de pagar sus contribuciones.²⁴

Sin embargo, contrario a lo afirmado por el ex Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considero que no se trata simplemente de crear una cultura de beneficio social para el pago de contribuciones; sin duda alguna, la cuestión planteada es más profunda, requiere de fórmulas legales y políticas públicas que no solamente obliguen a todos los ciudadanos a participar o contribuir al gasto público, sino que sean capaces y eficaces en cuanto se refiere a la determinación real de la capacidad contributiva de cada contribuyente, pues es claro que nuestro sistema fiscal actual se sustenta en base a actos y hechos aislados que, en muchos casos, presuponen una riqueza global, (algunas enajenaciones, arrendamientos, mandatos, préstamos, etcétera) sin que verdaderamente la representen. En

23 Seminario Organizado por el Poder Judicial de la Federación y Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2006.

24 Avilés, Carlos. 2006. "Urge Azuela a crear una cultura tributaria de beneficio social". México: Nota de *El Universal Online*, del día 26 de junio. Disponible en Internet: http://www.eluniversal.com.mx/notas/vi_357908.html.

la mayoría de los casos son manifestaciones tan inseguras de riqueza que no reflejan, en lo más mínimo, la capacidad contributiva objetiva de los contribuyentes.²⁵

Es necesario implementar un mecanismo constitucional por virtud, del cual se elimine el principio de relatividad en el amparo tratándose de la impugnación por dicho medio de leyes fiscales con el fin de poner un alto a las prácticas ilegales y abusivas del Legislativo (a nivel estatal más que a nivel federal, porque parece que los legisladores federales tienen más conciencia al respecto), que continúa avalando leyes notoriamente inconstitucionales que establecen tarifas sobre todo en el pago de derechos, so pretexto, del principio antes mencionado; de tal suerte que se vincule al Legislativo a corregir fallas que año con año se siguen repitiendo en perjuicio de los contribuyentes. Esto significa que la llamada fórmula Otero debe suprimirse al menos en lo que respecta a la materia tributaria (y eventualmente en todas las materias: sin duda, contribuiría en buena medida a sanear nuestras leyes), sólo de esta manera se podrá obligar al legislador a que dicte leyes ajustadas a nuestro marco constitucional. En ese sentido, conviene desde ahora mencionar que el citado principio no corresponde al contexto actual, y si bien, en el pasado resultaba novedoso y acorde a su época, lo cierto es que, desde nuestra óptica, ya fue superado precisamente porque en una colisión de principios como la que se viene narrando y el principio de legalidad, debe prevalecer el principio de legalidad.²⁶

A este respecto, es importante mencionar que el Estado debe reconocer un conjunto de derechos subjetivos al contribuyente, como el derecho a la información de lo recaudado, la responsabilidad patrimonial de la hacienda pública del Estado y la declaración general de inconstitucionalidad tributaria.²⁷

En esa tesitura, debemos precisar que no es correcto, jurídicamente, sostener leyes declaradas abiertamente inconstitucionales “se desapliquen en beneficio de las persona que tuvieron la suerte de solicitar oportuna y correctamente el amparo, y en cambio se impongan coactivamente a otras que por diversas razones no pudieron obtener la protección de la justicia constitucional”,²⁸ máxime si tomamos en cuenta hechos notorios

A este respecto, es importante mencionar que el Estado debe reconocer un conjunto de derechos subjetivos al contribuyente, como el derecho a la información de lo recaudado, la responsabilidad patrimonial de la hacienda pública del Estado y la declaración general de inconstitucionalidad tributaria.

25 García. B. Marco. *Op. cit.* Nota 10: p. 49.

26 Llamada también fórmula Otero, establecida por la fracción II del artículo 107 Constitucional en los siguientes términos: “ARTÍCULO 107...II La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivaré...”

27 Ríos G., Gabriela. 2007. *Conceptos de Reforma Fiscal*. México. Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=430>. Consultado el día 14 de Agosto de 2007 a las 18:00 hrs.

28 Sánchez C. Olga María del Carmen. 2007. *La Justicia Constitucional en Materia Fiscal*. México. Disponible en Internet: <http://www.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Default.asp>. Consultado el día 14 de agosto de 2007 a las 19:00 hrs.

que campean en nuestro país: la desigualdad de oportunidades y la carencia de medios que padece la gran mayoría de los mexicanos.

5. ¿EXISTE EQUIDAD EN EL SISTEMA FISCAL MEXICANO?

Una pregunta interesante sin duda alguna es la planteada como subtítulo de este tema, pero, suponiendo que existe porque así lo reconoce la Constitución tendríamos ahora que preguntarnos ¿Hasta qué punto debe darse la igualdad a fin de no contrariar el principio de equidad tributaria? La respuesta dada a esta interrogante por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ve reflejada en la siguiente tesis:

“EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS. El principio de equidad no implica la necesidad de que los sujetos se encuentren, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que, sin perjuicio del deber de los Poderes públicos de procurar la igualdad real, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, es decir, al derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que quienes se ubican en similar situación de hecho porque la igualdad a que se refiere el artículo 31, fracción IV, constitucional, lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley. De lo anterior derivan los siguientes elementos objetivos, que permiten delimitar al principio de equidad tributaria: a) no toda desigualdad de trato por la ley supone una violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que dicha violación se configura únicamente si aquella desigualdad produce distinción entre situaciones tributarias que pueden considerarse iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable; b) a iguales supuestos de hecho deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas; c) no se prohíbe al legislador contemplar la desigualdad de trato, sino sólo en los casos en que resulta artificiosa o injustificada la distinción; y d) para que la diferenciación tributaria resulte acorde con las garantías de igualdad, las consecuencias jurídicas que resultan de la ley, deben ser adecuadas y proporcionadas, para conseguir el trato equitativo, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.

.. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dos de junio en curso, aprobó, con el número 41/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de junio de mil novecientos noventa y siete”.²⁹

De la Jurisprudencia anteriormente transcrita se desprenden los elementos que constituyen el objeto de la equidad en materia tributaria,

²⁹ *Semanario judicial de la federación y su Gaceta*. 1997: p. 43.

mismos que en opinión del autor de este trabajo resultan poco claros y hasta cierto punto contradictorios, ejemplo: si de acuerdo con el elemento referido en el inciso b) de la tesis antes transcrita, ante hechos iguales debe haber las mismas consecuencias jurídicas, ¿Por qué en el inciso d) habla de que puede haber consecuencias jurídicas diferentes? Si respondiéramos a esta interrogante con base en lo que se expone en el inciso a) de la tesis en comentario, es decir, que existan justificaciones objetivas y razonables para que se produzcan dichas consecuencias diferentes; entonces, me parece que sale sobrando el elemento referido en el inciso b) de la propia tesis, en tanto que, habrá equidad no obstante que las consecuencias jurídicas sean distintas.

En términos generales, podemos decir que la equidad se refiere o significa gravamen igual a personas en igual situación y gravamen adecuado a personas en situación diferente; es decir, trato igual a los iguales y diferente a los desiguales.³⁰

En la práctica tributaria este principio suele traducirse en: generalidad del gravamen, con lo que se evita la evasión y la defraudación fiscales, por ello, se mencionó renglones arriba que la equidad se desarrolla en un plano cualitativo, en donde la calidad del sujeto es determinante para poder establecer si debe ser susceptible de tributar conforme a una norma o conforme a otra.³¹

En tal tesitura, no es válida ninguna justificación encaminada a excluir a persona alguna de un determinado grupo de contribuyentes, por lo que, en estricto sentido, las consecuencias jurídicas necesariamente deberán ser las mismas que para el resto de los sujetos. Esto implica que los beneficios fiscales: exenciones, tasas cero, subsidios, etc., deben ser la excepción y no la regla general del sistema fiscal.

6. NOTAS DISTINTIVAS ENTRE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD

Podemos decir que el principio de proporcionalidad y el principio de equidad, aunque se refieren a cuestiones distintas, no deben ser estudiados en forma aislada, puesto que, insisto, se corre el riesgo de perder el sentido y la dimensión que cada uno representa, máxime que “a partir de ambos principios se desglosan una serie de diferencias, que a la vez resultan complementarias entre sí”³² y que serán la pauta para que se establezcan contribuciones no solamente apegadas al texto constitucional, sino conforme a los principios y supra-principios que inspiran dichas normas buscando con ello cumplir con los fines metaconstitucionales; es conveniente, por tanto, ilustrar las siguientes diferencias:

30 Gil Valdivia, Gerardo. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Porrúa y UNAM. México, D. F. p. 1526.

31 *Ídem*.

32 2007. Disponible en Internet: <http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/campos_h_nd/capitulo2.pdf>

En términos generales, podemos decir que la equidad se refiere o significa gravamen igual a personas en igual situación y gravamen adecuado a personas en situación diferente; es decir, trato igual a los iguales y diferente a los desiguales.

La capacidad contributiva requiere ser revalorizada y reconocida como elemento de cohesión en el sistema fiscal que permita que todos los ciudadanos participemos objetivamente de acuerdo a esa capacidad contributiva: no económica en general, que es distinta.

1. Desde el punto de vista de su finalidad: la proporcionalidad es relativa a la capacidad contributiva de cada sujeto pasivo y la correcta distribución de las cargas fiscales entre ellos; la equidad, solo es relativa a la igualdad de los sujetos pasivos ante la ley.
2. Con relación a la vinculación: la proporcionalidad, es relativa a la economía; la equidad, es relativa a la actividad de cada sujeto pasivo frente a la ley.
3. Con respecto del objeto: la proporcionalidad es relativa a las tasas, cuotas y tarifas; la equidad es relativa a los sujetos, objetos y demás elementos de las contribuciones.
4. En función al criterio o fin perseguido: la proporcionalidad busca la progresividad; la equidad busca la igualdad.
5. En lo que respecta al valor justicia: la proporcionalidad busca la justicia en lo económico (paguen más los que más tienen y viceversa, que paguen menos los que menos tienen); la equidad busca la aplicación de la justicia en relación con los sujetos pasivos (trato igual a los iguales y desigual a los que se ubiquen en situaciones diferentes).
6. Desde el punto de vista de la relación que regula: la proporcionalidad es relativa a la capacidad contributiva; la equidad regula el hecho imponible y época de pago.

CONCLUSIONES

Primera

La capacidad contributiva requiere ser revalorizada y reconocida como elemento de cohesión en el sistema fiscal para que permita que todos los ciudadanos participemos objetivamente de acuerdo a esa capacidad contributiva: no económica en general, que es distinta. Tampoco se debe excluir del pago de contribuciones sin tener causas específicas señaladas por nuestra Carta Magna, a fin de mantener la equidad en el sistema tributario en donde los beneficios fiscales como la exención, las tasas cero, los subsidios, etc., se constituyan como verdaderas excepciones y no como reglas generales.

Segunda

Para mantener la equidad en el sistema fiscal mexicano, no se deben excluir del pago de contribuciones a los contribuyentes, sin tener causas específicas señaladas por la Carta Magna, evitando así los beneficios fiscales dirigidos a ciertos contribuyentes como: las exenciones, las tasas cero, los subsidios, etc., para que se constituyan como verdaderas excepciones y no como reglas generales.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Bibliografía:

- Berliri L., V. 1986. *El Impuesto Justo*. Madrid: EIF. s.p.i.
- Carrasco I., Hugo. 2000. *Derecho Fiscal Constitucional*. Oxford, Cuarta Edición, México, 690 páginas.
- Carrasco I., Hugo. 2003. *Derecho Fiscal I*. IURE Editores. México.
- Flores Z., Ernesto. 1998. *Finanzas Públicas Mexicanas*. : Porrúa, Trigésima Segunda Edición. México. 525 páginas.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2004. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*. UNAM. Décima Octava Edición. Tomos I, II, III, IV y V. México.
- Diccionario Jurídico Mexicano*. Porrúa y UNAM. México.
- Rezzoagli, Luciano Carlos. 2006. *Beneficios Tributarios y Derechos Adquiridos*. Cárdenas Velasco Editores, México.
- Tamagno, Roberto. 2000. *Equidad Tributaria. Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Bibliográfica Argentina, Tomo X, Argentina.

Hemerografía

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Otras fuentes

- . Tesis de Jurisprudencia. 2007. Amparo en revisión 2482/96. Inmobiliaria Bulevares y otros. Disponible en Internet: <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaEj.asp?nEjecutoria=6419&Tpo=2>. Consultado el día 2 de Julio de 2007 a las 13:30 hrs.
- Calvo N., Enrique. 2007. *Casos Prácticos en la Aplicación del Principio de Proporcionalidad de los Impuestos*. Disponible en Internet: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr32.pdf>>
- García B., Marco C. 2007. *Concepto de Reforma Fiscal*. México: UNAM. Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=430>. Consultado el 20 de Junio de 2007 a las 18:00 hrs.



De la pérdida del sentido del deber, a la crisis de la legalidad

Reflexiones para una cultura de cumplimiento de la ley

Óscar Dena Romero*

SUMARIO

1. Introducción
2. Génesis y desarrollo del individualismo en el pensamiento moderno
3. El deber en la filosofía jurídica
4. El deber en la ética o filosofía moral
5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

“Cultura de la legalidad” es un eslogan de cuño reciente, un estribillo que se repite machaconamente, a tiempo y a destiempo, un discurso de moda que han puesto en circulación los operadores del nuevo orden mundial para hacer referencia a un fenómeno preocupante, que consiste en el rechazo del hombre moderno a toda forma de legalidad, es decir, de rebelión a toda normativa ética o jurídica. Se trata, pues, de un antídoto para contrarrestar los efectos destructivos de la llamada “crisis de la legalidad”, que pone en trance de muerte a cualquier orden social por incumplimiento generalizado de la ley.

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

Este hecho de la “crisis de la legalidad” es un fenómeno mundial que pone a temblar lo mismo a “tirios que a troyanos”, porque su consecuencia letal inexorable es el colapso de la civilización, ya que ésta se vuelve una utopía sin instituciones que la vertebran y sin el sometimiento a las leyes que trazan las líneas de demarcación de los derechos y obligaciones que regulan la convivencia social.

Cabe aclarar, para evitar cualquier confusión, que la expresión “crisis de la legalidad” está tomada en su acepción más general, es decir, como rechazo tanto al orden moral como al orden jurídico, según ya se dijo. La razón de esto estriba en que la pérdida del sentido del deber moral, repercute negativamente en el acatamiento de cualquier tipo de obligatoriedad. En consecuencia, la cultura de la legalidad debe darse en un doble sentido de promoción de cumplimiento del imperio de la ley, pero también de los valores morales.

Este hecho de la “crisis de la legalidad” es un fenómeno mundial que pone a temblar lo mismo a “tirios que a troyanos”, porque su consecuencia letal inexorable es el colapso de la civilización, ya que ésta se vuelve una utopía sin instituciones que la vertebran y sin el sometimiento a las leyes que trazan las líneas de demarcación de los derechos y obligaciones que regulan la convivencia social, y ambas, instituciones y leyes, carecen de sentido cuando el hombre pierde el deber de obediencia a la ley, a la ley justa, claro está, pues tratándose de leyes injustas, inicuas o corruptoras, el deber es resistirlas.

Visto lo anterior se infiere la magnitud de este problema que ocupa a todos, pero principalmente a los hombres de la política, porque tienen que enfrentarse a serios problemas de ingobernabilidad, es decir, de desvanecimiento del estado de derecho, porque éste, como es lógico entenderlo, no consiste en una abundancia de leyes, sino en conductas jurídicas que las acaten y las cumplan. He aquí por qué de los tres principales analogados del derecho: conducta, norma y facultad jurídicas, el de importancia central, o de “significado focal”, según Finnis, es el primero, porque el derecho antes que todo es conducta.

Algunos autores que han escrito sobre este tópico banalizan el problema de la crisis de la legalidad, atribuyéndolo a normas o leyes que son producto de una pésima técnica legislativa que trae como consecuencia que no sean cumplimentadas por sus destinatarios, tanto gobernantes como gobernados. Otros, sobre todo políticos, alientan la falsa esperanza de que el problema quedará conjurado incorporando al sistema educativo la asignatura de “cultura de la legalidad”, que ya se

imparte en las escuelas secundarias y que se pretende incorporar en las escuelas de educación superior, incluyendo las de Derecho, y aunque plausible la medida, lo cierto es que un “cáncer” no se cura con fomentos de agua caliente. La terapia pedagógica para erradicar la “crisis de la legalidad” y, a su vez, restaurar la cultura del respeto a la ley, tiene que ser más severa.

¿Por qué un problema de tal magnitud se pretende resolver con simples programas escolares que muchas veces ni siquiera entienden con claridad lo que se quiere decir cuando se habla de una crisis de legalidad y de su antídoto, la cultura del cumplimiento de la ley?

La verdad es que la llamada crisis de la legalidad es un problema sumamente complejo, inédito, aunque tiene raíces muy viejas y profundas en la génesis y desarrollo del pensamiento moderno. En consecuencia, para encontrar soluciones efectivas es necesario intentar un análisis histórico-filosófico, que nos permita ver con claridad por qué el hombre de hoy se rebela contra todo vínculo legal. Lo que hoy se percibe es algo distinto, más grave, es un fenómeno que presenta gran dificultad, es decir, se trata del distanciamiento del hombre de todo vínculo ético o jurídico para sumergirse en el mar del permisivismo y la anarquía.

Hechas estas observaciones preliminares partiremos de la tesis a demostrar que la crisis de la legalidad, o mejor dicho, de rechazo a toda vinculación ética o jurídica, tiene su causal profunda en la pérdida del sentido del deber que, por razones obvias, deja sin razón de ser a la ética y al derecho.

A su vez, hay que decirlo, la pérdida del sentido del deber es un fenómeno que se ha venido gestando paulatinamente en el decurso del pensamiento occidental con la irrupción del individualismo y del subjetivismo, que desembocan en la concepción del hombre como un ENTE ABSOLUTAMENTE AUTÓNOMO que no soporta ningún tipo de ataduras.

En efecto, recuérdese cómo la Ilustración socavó las bases de cualquier tipo de sumisión del hombre, primero al orden sobrenatural, luego al orden natural y, sin pretenderlo, propició también la del hombre al orden creado por él mismo. El resultado no esperado desde los inicios de este proceso de secularización de la moral es ya evidente: el hombre de nuestro tiempo no acepta ningún tipo de atadura ni a Dios, pero tampoco al hombre. Y si bien es cierto que algunos pensadores constructivistas coinciden con Mackie en el sentido de que “El hombre es un ente absolutamente autónomo en el sentido más fuerte de esta expresión, es decir, que toda la normativa referida a su conducta libre debe tenerlo a él mismo como origen y fuente, resultando intolerable la existencia de una normación heterónoma, indisponible o previa a su libre elección”,¹

A su vez, hay que decirlo, la pérdida del sentido del deber es un fenómeno que se ha venido gestando paulatinamente en el decurso del pensamiento occidental con la irrupción del individualismo y del subjetivismo. que desembocan en la concepción del hombre como un ENTE ABSOLUTAMENTE AUTÓNOMO que no soporta ningún tipo de ataduras.

¹ Massini Correas, C.I., *Filosofía del derecho*, tomo I, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pág. 240.

¿Por qué un problema de tal magnitud se pretende resolver con simples programas escolares que muchas veces ni siquiera entienden con claridad lo que se quiere decir cuando se habla de una crisis de legalidad y de su antídoto, la cultura del cumplimiento de la ley?

también es cierto que el hombre moderno, a estas alturas, se rebela contra toda normatividad, tanto heterónoma como autónoma. La razón es simple: ha perdido el sentimiento de la obligación o del deber.

II. GÉNESIS Y DESARROLLO DEL INDIVIDUALISMO EN EL PENSAMIENTO MODERNO

Como en el problema de la crisis de la legalidad que nos proponemos dilucidar en este breve trabajo, el individualismo juega un papel determinante haremos, aunque sea en forma sucinta, una referencia a la génesis y desarrollo del individualismo en la civilización occidental. Con este propósito consultaremos tres autores cuyos análisis develan con gran claridad la eficacia corrosiva del individualismo no sólo en el orden del pensamiento moderno y posmoderno, sino, lo que es aún más grave, en el plano de la vida social, porque la sociedad, como entramado de interacciones humanas, con el individualismo se atomiza hasta transmutarse en una simple multitud de individuos donde los seres humanos se mueven según sus caprichos o intereses personales, reclamando derechos pero rechazando deberes.

Tres autores clave

Estos tres autores clave son: P. Santiago Ramírez, el sabio dominico comentarista de Santo Tomás de Aquino, quien en su *Introducción al tratado del hombre, suma teológica* expone a tres pensadores: Duns Escoto (1266-1308), el Mtro. Eckehart (1260-1327) y Guillermo de Occam (1300-1350), representantes de la escolástica decadente a la que señala como precedente inmediato de las nuevas ideas que van a construir la trama y el sentido de la modernidad. Luego consultaremos a Gregorio Robles, cuyo libro *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual* nos explica como el individualismo trajo como consecuencia la pérdida del sentido del deber y sus efectos corrosivos en el cumplimiento de la ley. Finalmente, haremos referencia a el crepúsculo del deber, de Gilles Lipovetsky, quien realiza un minucioso análisis de los ciclos de la moral a partir de la Ilustración de 1700. El primer ciclo de la moral moderna, afirma este autor, ha funcionado como una religión del deber laico; luego, en un segundo umbral, se da la época del poseder, que disuelve el deber mismo y, finalmente, un tercer tipo inédito en las sociedades posmodernas en las que arribamos a un más allá del deber, es decir, en una ética débil y mínima, sin obligación ni sanción.²

El individualismo a partir de la escolástica decadente

El análisis del P. Santiago Ramírez inicia a partir de la concepción antropológica medieval, posterior a Santo Tomás de Aquino, cuya orien-

² Lipovetsky Gilles, *El crepúsculo del deber, La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2005, pág. 12.

tación se da en el sentido del individualismo y voluntarismo, orientación que explicará y preparará las nuevas ideas de la filosofía que emergerá con el Renacimiento.

En efecto, como afirma el Padre Ramírez, “Escoto empieza por concebir la individualidad como ligada positivamente a un principio activo y formal: La heceitas. De este modo queda la realidad individual subrayada de una manera especialísima. Pero, además, ese individuo, que ya en el orden de su naturaleza se ha comenzado por realzar, debe



autoafirmarse como realidad independiente y en absoluta autonomía frente a todas las otras realidades de su mundo circundante. Y lo hace mediante los actos de su voluntad, facultad superior al entendimiento, que, en último término, es la causa primera de su propio acto, sólo accidentalmente dependiente de aquél. La libertad, principio activo también pendiente de ella, coloca al hombre en el rango de la más alta autonomía posible. Se constituye en supremo bien, porque sólo por ella queda el hombre desligado de toda determinación, incluso de la determinación de sus ideas que podrá elegir libremente. Tal independencia desliga a la persona humana de todo otro ser creado para quedarse sumida en una profunda soledad —ultima solitudo—, en la cual sólo le sustenta un lazo de obediencia a Dios”.³

Este mismo autor nos hace notar que la acentuación de la individualidad no alcanza todavía su más alta exageración en Duns Escoto, a tal grado que aleje y finalmente desvincule al hombre de un orden objetivo, pero es el inicio, dice, de un rumbo que no tardará mucho tiempo en conducir a conclusiones más peligrosas. Esto se debe a que una mentalidad colectiva no se concreta de la noche a la mañana, ya que es resultado de un prolongado desarrollo de penetración de ideas.

Otro jalón hacia el individualismo lo da el misticismo especulativo del maestro Eckehart, en el que “El hombre parece quedar aprisionado en una desconcertante malla de contrariedades: entre el infinito Dios, que es inteligencia y no ser, que no es nada por eso, y que por eso es causa de todo ser, y la criatura que es nulidad pura (*nulleitas*), he aquí que el hombre adquiere una posición insospechada. El alma se revela como inteligencia, como intelección, increada y, por consiguiente como divina en cierto modo. EL HOMBRE QUEDA ASÍ DESAR-

3 Ramírez Santiago, O. P., *Introducción al tratado del hombre, suma teológica de Santo Tomas de Aquino*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1959, pág. 21.

En resumidas cuentas lo que Gregorio Robles afirma es que en la mentalidad moderna contractualista hay una desconexión de los derechos respecto de los deberes surgida del seno del iusnaturalismo racionalista de corte individualista y utilitarista.

TICULADO DE ESTE MUNDO DE COSAS ENTRE LAS QUE VIVE INFINITAMENTE SUPERIOR A ELLAS” (las mayúsculas son nuestras).⁴

De la filosofía occamista es muy ilustrativo el fragmento que a continuación se cita: “Casi al mismo tiempo —afirma el P. Santiago Ramírez Occam sienta otro precedente de las nuevas actitudes. Una doctrina del conocimiento montada sobre la intuición concreta de lo sensible-el dato merece subrayarse— determina toda la sistemática occamista. No hay más conocimiento que la intuición ni más intuición que la sensible. Sólo, pues, la accidentalidad, la multiplicidad de lo concreto podrá ser conocida. Se establece el inesencialismo. Nada universal es válido, porque el universal es mero nombre. Por lo pronto no tiene sentido un orden cósmico en el que el hombre ocupe un lugar determinado. Las cosas singulares se albergan en un mundo in-concertado. EL HOMBRE, LIBRE DE TODO ORDEN, PODRÁ ASÍ AFIRMAR SU AUTÉNTICA INDIVIDUALIDAD (las mayúsculas son nuestras). Pero, en suma, también él deberá quedar desesencializado para convertirse en voluntad o mejor todavía en pura libertad. No hay, por consiguiente, unidad personal sino pluralidad de actos mediante los cuales el hombre va haciendo su vida.”⁵

El célebre comentarista de Santo Tomás de Aquino concluye su análisis de los tres pensadores antes citados, haciendo notar que es precisamente en la última etapa de la filosofía medieval donde comienzan a perfilarse las ideas de un individualismo, que visto ahora en retrospectiva, ha dejado al hombre al desamparo de todo orden y de un actualismo que problematiza incluso su misma realidad.

El oscurecimiento del deber en la cultura moderna

El testimonio de Gregorio Robles Morchón sobre el tema que nos ocupa es de suma importancia, tanto por su independencia de criterio como por su imparcialidad, ya que se trata de un iusfilósofo alineado a la corriente del positivismo jurídico analítico. En suma, se trata, pues, del punto de vista de un pensador libre de cualquier prejuicio religioso o moralizante y por lo mismo digno de ser tomado en serio por la imparcialidad de su apreciación.

Como prueba de lo anteriormente dicho he aquí estas contundentes afirmaciones: “Digámoslo claramente. La civilización occidental es la civilización cristiana. Esto es, la civilización que tiene su origen en el fenómeno religioso del cristianismo y que, aun bajo la forma secularizada de los últimos siglos ha incorporado en su propia esencia sus valores básicos... La historia de Occidente es inescindible de la historia del cristianismo.... Si hoy vivimos en Occidente una crisis de valores es porque en el fondo vivimos una crisis de los valores que el cristianis-

4 Ramírez, Santiago, *op. Cit.*, pág. 21.

5 Ramírez, Santiago, *op. Cit.*, pág. 22.

mo representa. Y esta crisis enlaza directamente con la atenuación del sentimiento de obligatoriedad en nuestra sociedad y, paralelamente, la inflación de la actitud reivindicatoria. Dicho de otra forma: la crisis actual repercute positivamente a favor de los derechos y negativamente a favor de los deberes”.⁶

Según este autor la pérdida del sentido del deber, que surge con el individualismo y que siglos después traerá como consecuencia el rechazo a toda normatividad ética o jurídica, identificada ahora como crisis de la legalidad, es producto de la ideología del contractualismo que configurará a un determinado modelo de sociedad en la que se da... “la desteologización del pensamiento, la ruptura con la historia y la tradición, la absolutización del individuo y de sus derechos, la depreciación de los deberes, la cosificación del individuo y la mercantilización de las relaciones personales”.⁷

En resumidas cuentas lo que Gregorio Robles afirma es que en la mentalidad moderna contractualista hay una desconexión de los derechos respecto de los deberes surgida del seno del iusnaturalismo racionalista de corte individualista y utilitarista.⁸

También nos dice que “la teoría de los derechos humanos, como teoría desconectada de los deberes y de los valores, es obra sobre todo de dos grandes ideólogos ingleses que rompieron con la escolástica: Thomas Hobbes y John Locke”. En efecto, Hobbes sostiene la inexistencia de deberes en el estado de naturaleza y puntualiza que son los derechos los naturales, que provienen graciosamente de la naturaleza, con los que el hombre nace. En cambio, los deberes son artificiales.

Por su parte, John Locke postula la existencia del hombre propietario que fomenta la cosificación de las relaciones personales: “la relación del hombre consigo mismo es una relación de propiedad: el ser humano es dueño de su ser, de su cuerpo y de su espíritu, y por ello también es dueño de lo que produce su ser, es decir, de su trabajo y del fruto de éste. La relación del hombre consigo mismo es la del propietario con la cosa; el hombre es así un medio, una cosa, para sí mismo. Su vida también es de su propiedad. Llevando la argumentación al final con lógica aplastante podemos ver aquí justificado el derecho al aborto y el derecho al suicidio⁹ (claro que esta justificación es falaz, pues ambos derechos no tienen justificación alguna).

En relación a la pérdida del sentimiento de obligatoriedad en la civilización occidental como consecuencia de la preeminencia del individualismo racionalista no podemos hacer caso omiso de la observación de Gregorio Robles, en el sentido de que la concepción de los derechos humanos desvinculada de la idea de deber y de valor, ha

También nos dice que “la teoría de los derechos humanos, como teoría desconectada de los deberes y de los valores, es obra sobre todo de dos grandes ideólogos ingleses que rompieron con la escolástica: Thomas Hobbes y John Locke”.

6 Robles, Morchón, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, pág. 84.

7 Robles, Gregorio, *opus cit.*, pág. 50.

8 Robles, Gregorio, *opus cit.*, pág. 33.

9 Robles, Gregorio, *opus cit.*, págs. 36 y 45.

Es de observarse cómo Gregorio Robles enfatiza al individualismo como factor determinante que origina “el crepúsculo del deber” en la cultura occidental moderna. He aquí un argumento más: “si el pensamiento escolástico parte, en su reflexión, del hombre en comunidad sometido a un poder que viene de Dios, la filosofía política individualista toma como punto de partida al hombre abstracto, desligado de todo vínculo social y, por tanto, desvinculado de todo deber”.

desembocado en un proceso de desmoralización de la vida pública y a la larga también de la vida privada como efecto de la pérdida del sentido del deber.¹⁰

Es de observarse cómo Gregorio Robles enfatiza al individualismo como factor determinante que origina “el crepúsculo del deber” en la cultura occidental moderna. He aquí un argumento más: “si el pensamiento escolástico parte, en su reflexión, del hombre en comunidad sometido a un poder que viene de Dios, la filosofía política individualista toma como punto de partida al hombre abstracto, desligado de todo vínculo social y, por tanto, desvinculado de todo deber”.¹¹

Cerramos nuestra cita del pensamiento del autor hispano que estamos comentando con el siguiente texto extractado de *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual* por ser sumamente ilustrativo de la importancia del deber para una civilización que quiera evitar su colapso.

“Lo que nos interesa resaltar de todo lo precedente es, sencillamente, la idea de que de los dos elementos, derechos y deberes, son estos últimos los constitutivos de la sociedad. El sentimiento del deber es el sentimiento básico dentro del grupo. La vida de éste depende de la fortaleza de aquél, aunque también es cierto que si el sentimiento del deber se impone absolutamente, no dejando margen a los derechos, estaremos ante una sociedad represiva que, a la larga, sucumbirá ante las aspiraciones de los individuos a su propia felicidad. La sociedad que queremos ha de combinar sabiamente ambos elementos, equilibrando el sentimiento del deber y el sentimiento de los derechos. El primero es básico para mantener el orden social; el segundo, para que, dentro de un orden social, los individuos puedan alcanzar las mayores cotas de felicidad. Orden y libertad son los dos polos en virtud de los que puede medirse el grado de “salud” de una sociedad o de un grupo social. Una sociedad con un exceso de orden es una so-

¹⁰ Robles, Gregorio, *opus cit.*, pág. 34.

¹¹ Robles, Gregorio, *opus cit.*, pág. 37.

Nuestras sociedades han liquidado todos los valores sacrificiales, sean éstos ordenados por la otra vida o por finalidades profanas. La cultura cotidiana ya no está irrigada por los imperativos hiperbólicos del deber, sino por el bienestar y la dinámica de los derechos subjetivos; hemos dejado de reconocer la obligación de unirnos a algo que no seamos nosotros mismos.”

ciudad represiva, donde los hombres difícilmente pueden ser felices; una sociedad en la que la libertad individual se haya transformado en capricho y arbitrariedad, es también una sociedad dislocada y en ella los hombres tampoco pueden ser felices, pues una condición de la felicidad es vivir en un orden social con el que, en gran parte, nos identificamos.¹²

En el principio la moral era Dios

Gilles Lipovetsky, por su parte, haciendo referencia a lo que él llama en su libro homónimo *El crepúsculo del deber*, también ubica la causa del eclipse de la obligación a partir de la filosofía de la Ilustración que ataca los tres fundamentos del derecho y de la ética, a saber: la revelación, la tradición y la naturaleza. A manera de contraste, como para acentuar más la obra demoledora de la moral religiosa llevada a cabo por la Ilustración, el autor francés nos pinta de manera elocuente el estado real de la moral que prevalecía antes de la embestida de los “modernos”, con estas palabras:

“En el principio la moral era Dios. En el Occidente cristiano hasta el alba de la Ilustración, son raros los espíritus que recusan este axioma: Dios es el alfa y el omega de la moral; sólo por su voz se conocen los mandamientos últimos, sólo por la fe reina la virtud. Sin el auxilio del las Sagradas Escrituras y el temor de Dios, no puede haber más que extravío y vicios, ya que la virtud puramente profana es inconsistente y falsa: la moral, en las épocas premodernas, es de esencia teológica, no se concibe como una esfera independiente de la religión”...además, agrega: “No podría existir virtud sin el conocimiento y el amor al verdadero Dios. El motivo que debe incitar a la práctica de la virtud no es el respeto moral del hombre, sino la voluntad y la gloria del Altísimo. En la continuidad de una tradición milenaria, la moral no es más que una parte del culto que el hombre debe rendir a Dios; lejos de ser la

¹² Robles, Gregorio, *opus cit.*, pág. 79.

“El motivo que debe incitar a la práctica de la virtud no es el respeto moral del hombre, sino la voluntad y la gloria del Altísimo. En la continuidad de una tradición milenaria, la moral no es más que una parte del culto que el hombre debe rendir a Dios; lejos de ser la exigencia suprema, los deberes hacia los hombres solo vienen después de los que se relacionan con la adoración al Creador.

exigencia suprema, los deberes hacia los hombres solo vienen después de los que se relacionan con la adoración al Creador”.¹³

Contra esta moral teocéntrica, se inicia lo que se ha dado en llamar el proceso de “secularización de la moral”, es decir, la concepción de una moral sin dogmas, desvinculada de la revelación y liberada de los miedos y de los premios y castigos en las moradas de ultratumba. Este proceso de secularización, según Lipovetsky, constituye la “ofensiva antirreligiosa que estableció la primera ola de ética moderna laica que podemos fechar, para dar referencias concretas, de 1700 a 1950”.¹⁴

Como consecuencia de este proceso surgen los tres ciclos de la moral laica:

1. El primero que funciona como una religión del deber laico pero que finalmente disuelve el deber mismo.
2. Después de esto, viene el “segundo umbral” de la secularización ética, es decir, la época del pos deber, que Lipovetsky explica así:

En esto reside la excepcional novedad de nuestra cultura ética: por primera vez, ésta es una sociedad que, lejos de exaltar los órdenes superiores, los eufemiza y los descredibiliza, una sociedad que desvaloriza el ideal de abnegación estimulando sistemáticamente los deseos inmediatos, la pasión del ego, la felicidad intimista y materialista. Nuestras sociedades han liquidado todos los valores sacrificiales, sean éstos ordenados por la otra vida o por finalidades profanas, la cultura cotidiana ya no está irrigada por los imperativos hiperbólicos del deber, sino por el bienestar y la dinámica de los derechos subjetivos; hemos dejado de reconocer la obligación de unirnos a algo que no seamos nosotros mismos”.¹⁵

3. El tercer ciclo de la moral secularizada, es decir, desteologizada, se identifica con las llamadas “sociedades posmoralistas”, que se caracterizan por el acomodo a una ética débil y mínima, sin obligación ni sanción, que sólo otorga crédito a las normas indoloras de la vida ética, que repudia el deber austero y que “corona los derechos individuales a la autonomía, al deseo y a la felicidad”.¹⁶
4. Como última referencia al libro de Lipovetsky nos permitimos citar algunos breves pensamientos de este autor, que despejan la falsa creencia de que los tiempos actuales están viviendo una vuelta a la ética. Hoy se habla mucho de moral, ya sea en relación con las profesiones, con la administración pública, con los negocios, con la educación y este he-

¹³ Lipovetsky, Gilles, *opus. cit.* pág. 21.

¹⁴ Lipovetsky, Gilles, *opus. cit.* pág. 11.

¹⁵ Lipovetsky, Gilles, *opus. cit.* pág. 12.

¹⁶ Lipovetsky, Gilles, *opus. cit.* pág. 13.

cho nos produce la ilusión óptica de que el hombre de nuestro tiempo, se aferra a la moral como el náufrago a su tabla de salvación. Las cosas, sin embargo, es triste reconocerlo, no son así. Lipovetsky refrenda estos pensamientos con una afirmación contundente: “digámoslo de entrada”: atacamos como falsa la idea falsamente evidente del “retorno”... nuestra época no restablece el reino de la “antigua buena moral sino que se libra de ella”.¹⁷



III. EL DEBER EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Nada tiene de novedoso que en la filosofía y teoría jurídicas, se toque el tema del “deber”, pues éste constituye un tópico esencial en ambas disciplinas. En efecto, mucho se ha escrito al respecto y existen enjundiosos desarrollos elaborados por eminentes iusfilósofos y juristas.

Sin embargo, nuestro propósito de hacer una breve alusión al tema del deber tiene otra finalidad, es decir, evidenciar cómo en la iusfilosofía actual han surgido algunas corrientes cuya pretensión es la propuesta de “derechos sin deberes”, hecho este que nos revela que el “eclipse del deber” no sólo se da en el ámbito de la ética, sino también en el mundo de lo jurídico.

En el desarrollo de este apartado haremos referencia al iusfilósofo argentino Carlos Ignacio Massini Correas, quien en el tomo primero de su *Filosofía del derecho* analiza brevemente el pensamiento del moralista australiano J. L. Mackie y M. G. Singer, quienes niegan la correlación entre derechos y deberes.

El primero de los autores, afirma Massini Correas, dice que “los derechos son algo que uno desea tener”; los deberes son fastidiosos (Irkosome). Podemos estar contentos de que ciertos deberes le sean impuestos a los demás, pero sólo (salvo que seamos completamente crueles) en

¹⁷ Lipovetsky, Gilles, *opus cit.*, pág. 10.

“No hay, pues, derecho sin deber porque “en realidad, todo derecho se origina en el deber que otro tiene para con nosotros, de lo contrario no habría “ius”. De esto hemos hablado. Ahora agregamos que todo derecho implica un deber para su mismo titular. El derecho a enseñar implica el deber de veracidad, el derecho a ser juez implica el deber de imparcialidad, el derecho a mercar exige a poner el justo precio, hasta el derecho a una donación pide el deber de gratitud”.

beneficio de la libertad, protección y otras ventajas que los deberes de las otras personas aseguran a nosotros y a nuestros amigos. Por lo tanto —afirma Mackie—, la razón de tener deberes debe estribar en otra parte; el deber por el deber mismo es un absurdo, pero no los son, los derechos por los derechos mismos. El deber es —concluye—, tal como lo afirma Wordsworth, la estricta hija de la voz de Dios y, si negamos que haya un dios, su parentesco se transforma en altamente dudoso.¹⁸

M. G. Singer niega también, como ya dijimos, la correlación entre derechos y deberes invocando algunos contraejemplos que, según él, son determinantes para dejar sin fundamento la tesis de que todo derecho supone un deber correlativo en otro sujeto jurídico. Massini Correas cita el contraejemplo y expresa su refutación:

“Uno de ellos es el siguiente: si un sujeto A promete a B pagar una suma a C, el derecho a reclamar el pago corresponde a C y no a B, aunque A tenga un deber para con B; de este modo, no existiría correlatividad entre el derecho de C y el deber de A. No caben dudas de que este argumento es claramente falaz; en efecto, la correlatividad entre deberes y derechos no supone que los sujetos de la relación de derechos hayan de ser sólo dos; además, es bien claro que el deber de A es correlativo del derecho de C, pues este último no tendría derecho alguno de no existir un deber jurídico en A; y en tercer lugar es también evidente que B tiene derecho de exigir el cumplimiento de su deber por parte de A, entre otras cosas porque esté interesado en el pago que éste ha de hacer a C ya que de lo contrario no habría pactado con A.”¹⁹

La verdad es que cuesta trabajo digerir que autores como Mackie y Singer sean tan homenajeados, aunque sostengan afirmaciones tan aberrantes como fundar derechos sin sus correlativos deberes. La razón es obvia. En efecto, para poder hablar del derecho como conducta jurídica necesariamente hay que hacer referencia a una con-

¹⁸ Massini, Correas, *opus cit.*, pág. 102.

¹⁹ Massini, Correas, *opus cit.*, pág. 102.

ducta debida u obligada. Ahora bien, hay que tener presente que la palabra deber es tanto como una obligación y que ésta proviene de la palabra latina *obligare*, que es un derivado de *ligare*, que significa “atar, anudar, enlazar, vincular”. O como bien afirma Massini Correas: “esto significa que el derecho—conducta aparece solo cuando una conducta humana, exterior y referida a otro, resulta deónticamente necesaria...”²⁰

En torno al tema sobre derecho y deber, Edgardo Fernández Sabaté es muy explícito y categórico cuando dice que: “pensar únicamente en términos de derechos olvidando los deberes es un halago inútil, fatuo y peligroso; es convertir al hombre en un Narciso que contempla únicamente su propia hermosura; Narciso es el enemigo del Ágape, de la comunidad de amor. EL LIBERALISMO INDIVIDUALISTA (las mayúsculas son nuestras) ha creado continentes que han perdido el rastro del vero amor y los han sustituido por la baratija del sentimentalismo o la grosería genital”.²¹

No hay, pues, derecho sin deber, porque “en realidad, todo derecho se origina en el deber que otro tiene para con nosotros, de lo contrario no habría ius. De esto hemos hablado. Ahora agregamos que todo derecho implica un deber para su mismo titular. El derecho a enseñar implica el deber de veracidad, el derecho a ser juez implica el deber de imparcialidad, el derecho a mercar exige a poner el justo precio, hasta el derecho a una donación pide el deber de gratitud”.²²

IV. EL DEBER EN LA ÉTICA O FILOSOFÍA MORAL

Hemos venido insistiendo en este trabajo que la causa última y determinante de la “crisis de la legalidad”, es decir, del alejamiento de una comunidad respecto de todo el sistema de leyes y normas que la rigen, así como de sus valores morales, es consecuencia directa de la “pérdida del sentido del deber” y que, por lo mismo, para restaurar una vigorosa cultura de la legalidad, es necesario primero inculcar de nuevo el sentido del deber que, dicho sea de paso, constituye junto con los conceptos de persona y responsabilidad tres elementos fundamentales de la ética.

Hemos afirmado también que el “oscurecimiento” del deber en la cultura moderna es consustancial a la inflación de la actitud reivindicatoria o de exaltación de los derechos. Y aunque es cierto que al mismo tiempo que se habla, por ejemplo, de los derechos del niño, también se le señalan algunas obligaciones, pero la verdad es que tales señalamientos son en su mayoría muy débiles, carentes de fuerza persuasiva,

Por su parte, Benlloch Ibarra y Tejedor Campomanes nos enseñan que el deber es una fuerza que nos apremia a hacer u omitir algo, una necesidad interior, es decir, espiritual, que obra sobre nuestra voluntad, imponiéndose a ella de un modo imperativo; es decir, mandando y exigiendo, aunque naturalmente puede ser desobedecido. El deber es la expresión de un orden moral y una ley.

²⁰ Massini Correas, *opus cit.*, pág. 47.

²¹ Fernández Sabaté, Edgardo, *Filosofía del derecho*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1984, pág. 349.

²² Fernández Sabaté, Edgardo, *opus cit.*, pág. 350.

Una auténtica cultura de la legalidad debe sustentarse en un proceso educativo que desarrolle en el educando el sentimiento del deber, es decir, aquel que acompaña al acto de entendimiento llamado conciencia moral, por el que juzgamos la bondad o malicia de nuestros actos y conocemos nuestra obligación moral.

pálidos destellos de una auténtica obligación moral o, como diría Enrique Rojas, expresión de una ética light” vacía de valores trascendentes semejante a meras reglas de urbanidad.²³

El concepto del deber

Ahora bien, y siguiendo el consejo de Maertinck de que “El primero de nuestros deberes es poner en claro nuestra idea del deber”, se impone una reflexión sobre el significado del término deber. Con este propósito haremos, pues, referencia a la etimología de dicho término y así tenemos que desde el punto de vista etimológico: “el término deber (del latín *debere*, derivado de *debeo*, ser deudor, o de *deo*, ligar), significa la necesidad o la obligación moral de ejecutar algo o de abstenerse de alguna cosa. Así que por su etimología, el vocablo sugiere la idea de vínculo, por estilo del que liga moralmente al deudor con el acreedor. Es un vínculo moral, es decir, que radica en el alma, en la voluntad y que, por lo mismo, no guarda relación con vínculo material o físico de ninguna clase.

En esta forma, el deber o la obligación (de ligo, yo ato), es una imposición moral que la razón nos presenta como consecuencia de nuestra naturaleza de seres racionales y libres, imposición inseparable del logro de nuestro destino”.²⁴

Por su parte, Benlloch Ibarra y Tejedor Campomanes nos enseñan que el deber es una fuerza que nos apremia a hacer u omitir algo, una necesidad interior, es decir, espiritual, que obra sobre nuestra voluntad, imponiéndose a ella de un modo imperativo; es decir, mandando y exigiendo, aunque naturalmente puede ser desobedecido. El deber es la expresión de un orden moral y una ley.

Ambos autores también nos dicen que: “el fundamento real del deber no puede ser otro que la naturaleza misma del hombre. El hombre recibe una naturaleza “por hacer”, que ha de perfeccionar en sí misma y en la realización de un destino trascendente (fin último); además, el hombre es un ser sociable, que ha de vivir para los demás y que ha de perfeccionarse viviendo en sociedad. Este es, por tanto, el fundamento de todos los deberes individuales y sociales del hombre. Lo mismo se puede formular de otro modo: la *Ley Natural* y, en último término la *Ley Eterna*, son el fundamento de todo deber humano”.²⁵

De todo lo anterior se infiere que todo ser humano, por razón del término, o la persona a quien nos liga el deber, los deberes que tenemos son para con Dios, para con nosotros mismos y para con nuestros semejantes.

23 Rojas Enrique, *El hombre light, una vida sin valores*, Editorial Planeta Mexicana, S.A., de C.V. 5ta. reimpresión, México, 2007.

24 Vargas Montoya, Samuel, *Ética o filosofía moral*, Editorial Porrúa, S.A., México 1960, págs. 115-116.

25 Benlloch Ibarra, E.; Tejedor Campomanes, C. *Filosofía*, Ediciones S.M., Madrid, 1966, págs. 228-229.

No hay duda, pues, que la educación es el medio idóneo para incentivar el sentimiento del deber o de obligatoriedad. Esto no tiene vuelta de hoja. Lo que sí impone una breve consideración es, sin embargo, el problema relativo a los contenidos de la educación, ya que si éstos son insulsos, carentes de profundidad, resultado de prejuicios teofóbicos, de repudio a los valores milenarios en que se cimentó la grandeza de la civilización occidental, sinceramente no vemos ninguna posibilidad de detener el proceso destructivo del sentido del deber fomentado por el individualismo y, en consecuencia, de restaurar una cultura de respeto y obediencia a la ley justa.

De estas breves consideraciones sobre el concepto del deber queda claro por qué no basta para sustentar una cultura de la legalidad con a conocer la ley sin haber desarrollado previamente en el sujeto destinatario el sentimiento del deber o de la obligación moral. Pretender que una persona va a observar el cumplimiento de las leyes sólo porque las conoce es caer en el simplismo del intelectualismo ético, que supone que ser virtuoso o vicioso está en función del conocimiento o de la ignorancia de la ley, respectivamente. Claro que esto no significa negar la importancia del conocimiento de la ley para cumplirla. Sólo hemos dicho que no es suficiente. Hace falta algo previo, es decir, cultivar en los niños y en los jóvenes el sentimiento del deber.

Una auténtica cultura de la legalidad debe sustentarse en un proceso educativo que desarrolle en el educando el sentimiento del deber, es decir, aquel que acompaña al acto de entendimiento llamado conciencia moral, por el que juzgamos la bondad o malicia de nuestros actos y conocemos nuestra obligación moral. Además, José P. Bulnes nos dice que también es conveniente educar los siguientes sentimientos:

- a) El de religiosidad, que corresponde a la idea de dependencia de Dios.
- b) El de respeto, que tiene sus raíces en nuestra dependencia y en los derechos de los demás.
- c) El de honor, que se manifiesta, entre otros modos, en el hábito de veracidad y produce la noble emulación; se funda en la idea de libertad y en el deseo de perfección propia.

El oscurecimiento del deber en la cultura moderna es consustancial a la inflación de la actitud reivindicatoria o de exaltación de los derechos. Desde temprana edad se le enseña al niño a reclamar derechos, pero no se le infunde un hábito vigoroso del cumplimiento del deber.

d) El de pudor y honestidad, que es fruto de la libertad y dignidad humana y de la idea de sanción.²⁶

Es Gregorio Robles, sin embargo, en su libro tantas veces citado, el que mejor desarrolla una sólida filosofía educativa para sustentar más que una cultura de la legalidad una ética del cumplimiento del deber.

El pensamiento del iusfilósofo hispano para incentivar el sentimiento de obligatoriedad, puede resumirse en los siguientes puntos:

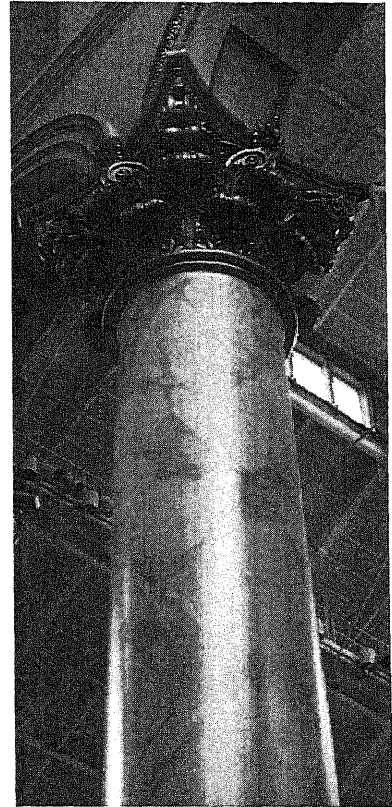
1. La obligatoriedad de las normas sociales surge en la conciencia del individuo bajo la forma de un sentimiento.
2. Los sentimientos morales son producidos, sobre todo, por la educación. Ésta implica un largo proceso, puesto que se extiende, desde el nacimiento a lo largo de toda la vida, si bien hay que reconocer que, de ordinario, la etapa de la formación de la personalidad (esto es, infancia y adolescencia) es la decisiva.
3. El grupo social modela las conciencias individuales transmitiéndoles en el proceso educativo el patrimonio de valores que les es propio.
4. El único peligro real es, en mi opinión, que esa sociedad no sea consciente de su papel en el mundo, O QUE ABANDONE LOS VALORES SOBRE LOS QUE HA SIDO CONSTRUIDA. EN DIFINITIVA QUE DEJE DE TENER FE EN SÍ MISMA (las mayúsculas son nuestras).
5. ...La situación general de competencia en que viven los humanos y la gran extensión de la envidia, son las principales causas del debilitamiento del sentimiento de compasión, de piedad verdadera hacia los demás. Y, en consecuencia, también se debilita el sentimiento de obligatoriedad para con los demás que, en principio, podría estar anclado en la compasión. Ante tal debilitamiento del sentimiento solidario, la sociedad no tiene más remedio que imponer las medidas precisas para desarrollar dicho sentimiento hasta lo máximo que sea posible.
6. ...Incentivación y represión son las dos funciones complementarias que todo grupo adopta para reforzarse a sí mismo. Ambas, la incentivación y la represión, tienen una raíz común consistente en generar motivos de evidencia a las pautas de conducta deseada, lo que en el terreno psicológico se traduce en la obligación del sentimiento de obligatoriedad.
7. La incentivación se produce mediante los premios y la represión, mediante los castigos. El grupo ayuda psicológicamente a sus miembros a comportarse de determinada manera, que juzga

²⁶ Bulnes, José P., *Psicología*, Editorial Razón y Fe, S.A., Madrid, 1966, pág. 133.

especialmente relevante para su propia vida, y para ello otorga premios a quienes cumplen tal conducta.

El mecanismo premios–castigos, represión–incentivación, refuerza el sentimiento de obligatoriedad... el miedo al castigo ayuda a convencer internamente al individuo de que la conducta exigida es además la conducta “buena”... Aunque suene paradójico, el miedo colabora en impulsar el sentimiento de solidaridad.²⁷

No hay duda, pues, que la educación es el medio idóneo para incentivar el sentimiento del deber o de obligatoriedad. Esto no tiene vuelta de hoja. Lo que sí impone una breve consideración es, sin embargo, el problema relativo a los contenidos de la educación, ya que si éstos son insulsos, carentes de profundidad, resultado de prejuicios teofóbicos, de repudio a los valores milenarios en que se cimentó la grandeza de la civilización occidental, sinceramente no vemos ninguna posibilidad de detener el proceso destructivo del sentido del deber fomentado por el individualismo y, en consecuencia, de restaurar una cultura de respeto y obediencia a la ley justa.



V. CONCLUSIONES

1. Crisis de la legalidad y cultura de la legalidad son dos conceptos correlativos para hacer referencia a un fenómeno preocupante, que consiste en el rechazo del hombre moderno a toda forma de legalidad, es decir, de rebelión a toda normativa ética o jurídica.
2. La crisis de la legalidad es un fenómeno mundial cuyo efecto letal inexorable es, por una parte, el colapso de la civilización; y por la otra, la generación de una situación de ingobernabilidad con grave deterioro del estado de derecho.
3. La crisis de la legalidad, o mejor dicho, de toda vinculación ética o jurídica, tiene su causal profunda en la pérdida del sentido del deber, que se ha venido gestando paulatinamente en el decurso del pensamiento occidental con la irrupción del individualismo que concibe al hombre como un ENTE ABSOLUTAMENTE AUTÓNOMO que no soporta ningún tipo de ataduras, ni autónoma ni heterónoma.
4. La causa del eclipse del sentido del deber o del sentimiento de obligatoriedad, se acentúa por obra de la filosofía de la Ilustración que ataca los tres fundamentos del derecho y de la ética, a saber: la revelación, la tradición y la naturaleza. Se inicia así la obra demoledora de la moral religiosa y ya no es Dios el fundamento último del deber.
5. Este proceso de disolución del sentimiento del deber, se da en la filosofía del derecho con las teorías del moralista australiano J.L.

²⁷ Robles, Gregorio, *opus cit.*, págs. 71-79.

Mackie y de M.G. Singer, quienes niegan la correlación entre derechos y deberes.

6. El oscurecimiento del deber en la cultura moderna es consustancial a la inflación de la actitud reivindicatoria o de exaltación de los derechos. Desde temprana edad se le enseña al niño a reclamar derechos, pero no se le infunde un hábito vigoroso del cumplimiento del deber.
7. El deber es una fuerza espiritual que nos apremia a hacer u omitir algo, cuyo último fundamento reside en Dios.
8. Una auténtica cultura de la legalidad debe sustentarse en un proceso educativo que desarrolle en el educando el sentimiento del deber. Tal educación debe entroncarse en su contenido axiológico con los valores cristianos que sirvieron de sustento a la civilización occidental, teniendo presente el consejo de Bodino: “la religión es el principal fundamento del poder de los monarcas y señores, de la ejecución de las leyes, de la obediencia de los súbditos, del respeto por los magistrados, del temor de obrar mal y de la amistad recíproca de todos”.²⁸

Sin embargo, secularizada la moral, los valores cristianos son sustituidos por valores profanos. La caridad, es decir, el amor al prójimo por amor de Dios, es suplantada por la filantropía; y Dios, como el alfa y el omega de la moral, según expresión de Lipovetsky, es usurpado por el Estado. Las virtudes cardinales: justicia, prudencia, templanza y fortaleza brillan por su ausencia en la nueva moral, “inconsistente y falsa”, de las instancias educativas que enseñan a los niños en sus libros de texto una ética débil y mínima, sin obligación ni sanción. En suma: una ética “light” e “indolora”.

9. Como punto final de estas consideraciones, una prevención: que la “cultura de la legalidad” no devenga en una manipulación de conciencias para la sumisión a leyes injustas o inicuas, que atenten contra la naturaleza de las cosas humanas.

Recuérdese el consejo de Montesquieu a los legisladores: que no se debe legislar contra la naturaleza de las cosas.²⁹ ¿Por qué?, nos preguntamos, porque lo que no puede ser, no puede ser. Es imposible.

²⁸ Bodino, Juan, *Los seis libros de la república*, Editorial Tecnos, libro 4, capítulo 7, 1992, pág. 208.

²⁹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro XXIX, México, Delma, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- Bodino, Juan, *Los seis libros de la república*, Editorial TECNOS, 1992, Libro 4, capítulo 7.
- Bulnes, José P., *Psicología*, Editorial Razón y Fe, S.A., Madrid, 1966.
- Benloch Ibarra, E. y otro, *Filosofía*, Ediciones S.M., Madrid, 1966.
- Fernández Sabaté, Edgardo, *Filosofía del derecho*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1984.
- Lipovetsky, Gilles, *El crepúsculo del deber, la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Editorial Anagrama, Barcelona 2008
- Massini Correas, C.I., *Filosofía del derecho*, tomo I, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro XXIX, México, Delma 1999.
- Ramírez Santiago, O.P. *Introducción al tratado del hombre, suma teológica de Santo Tomas de Aquino*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1959.
- Robles Morchón, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1997.
- Rojas, Enrique, *El hombre light, una vida sin valores*, Editorial Planeta Mexicana, S.A. de C.V., 5ta. reimpresión, México, 2007.
- Vargas Montoya, Samuel, *Ética o filosofía moral*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1960
-



El amor, jurídicamente hablando

Jorge Antonio Álvarez Compeán*

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué es el amor, jurídicamente hablando? la pregunta que nos formulamos no es sencilla, ya que tanto nuestra Carta Magna como las leyes secundarias expresan el término *amor*, que en el lenguaje común representa afecto, atracción y hasta obsesión. Nuestra legislación omite precisarlo, por lo que para conocer sus alcances tenemos que acudir a la definición lexical del Diccionario de la Real Academia Española, que es: “Sentimiento que mueve a desear que la realidad amada, otra persona, un grupo humano o alguna cosa, alcance lo que se juzga su bien, a procurar que ese deseo se cumpla y a gozar como propio el hecho de saberlo cumplido”.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus interpretaciones tampoco nos ha definido el término *amor*, tan sólo lo ha clasificado, cuando nos dice que “Según los principios fisiopsicológicos, las pasiones se clasifican en dos categorías: una consistentes en movimientos violentos del alma que se manifiesta por impulsión como el medio y la cólera, otras son estados de ánimo resultante de deseos no reprimidos como el *amor*, la avaricia, los celos, la ambición, el odio, la perversión, etcétera”.¹

* Profesor adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas. Doctor en materia fiscal por la UD

1 *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala: Informe de 1955, Amparo directo 137/53. Jesús Martínez Hernández. 24 de enero de 1955, Registro: 813721.

Primeramente, debemos referirnos a las clases de amor que legalmente encontramos determinadas o recogidas mediante precedentes judiciales, para lo cual encontramos, entre otros, el amor a la patria, el amor filial, el amor conyugal y el amor libre.

Este sentimiento o estado de ánimo no está legalmente definido, por lo que trataremos de encontrar el sentido de la ley, buscando la mayor precisión de este concepto, que indiscutiblemente tiene un importante espacio en muchas de nuestras normas legales.

II. DERECHO A AMAR

Los mexicanos tenemos capacidad legal para *amar* y *ser amados*; es un derecho universal reconocido para todos los seres humanos, consagrado como una garantía constitucional,² por lo que cualquier restricción a este derecho quebrantaría nuestra dignidad humana al anular o menoscabar nuestros derechos y libertades. La Convención Americana sobre Derechos Humanos,³ reconoce los derechos de los individuos a la integridad personal, así como a la protección de la honra y de la dignidad,⁴ y nuestras leyes secundarias nos reconocen el sentimiento de *amor* como parte de nuestro patrimonio afectivo, el que no puede ser perturbado, ya que de lastimarse éste, se causa un daño moral que produce consecuencias jurídicas.

III. OBLIGACIÓN DE AMAR

Primeramente, debemos referirnos a las clases de *amor* que legalmente encontramos determinadas o recogidas mediante precedentes judiciales, para lo cual encontramos entre otros, el *amor* a la Patria, el *amor* filial, el *amor* conyugal y el *amor* libre.

2 Artículo 1º constitucional.

3 Adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

4 Artículo 5º. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Artículo 11.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

A. Amor a la patria

Nuestra Constitución federal establece 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 y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”,⁵ y este precepto persigue el *amor patriae*, para que los mexicanos mediante la educación logremos *amar* a nuestra patria, para que tengamos lazos afectivos con México y tal vez de esa manera seamos mejores mexicanos. Realizará entonces un acto de *desamor* quien traicione a la patria, aquel que realice actos contra nuestra independencia, soberanía o integridad con la finalidad de someterla a persona, grupo o gobierno extranjero.⁶

B. Amor filial

El *amor* filial entre padres e hijos, es un *amor* o vía en un solo sentido, ya que los hijos no están obligados a *amar* a sus padres, y al contrario, los padres están obligados a *amar* a sus hijos menores de edad, deber que tutela nuestra Constitución y los tratados celebrados por México,⁷ ya que bajo el Principio 6º de la Declaración de los Derechos del Niño, “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita *amor* y comprensión”.⁸ Con abundancia nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido a este *amor* ineludible de los padres para con sus hijos, ya que en destacados precedentes se reconoce este derecho de la prole como aquel que reconoce el “supremo derecho que tienen los niños de ser *amados* y respetados, sin condición alguna, (y que) sus progenitores deben ejercer la guarda y custodia en un ambiente de comprensión, *amor* y máximo respeto [...] es menester que los aludidos menores sean protegidos, y que sus progenitores actúen honestamente en cuanto a sus sentimientos filiales, y así, prescindirán de egoísmos al disputarse la guarda y custodia, y en especial, en cuanto al derecho de los aludidos infantes a convivir con sus progenitores, fortaleciéndose entre ellos

5 Artículo 3º.

6 Artículo 123 del Código Penal Federal.

7 Artículos 1º, 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3.1, 7.1, 8.1, 9.1, 16.1, 19.1 y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); Principios 2º, 6º y 9º de la Declaración de los Derechos del Niño; 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador).

8 Adoptada por la Convención sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General de los países miembros de las Naciones Unidas, en resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Su artículo 1º establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”.

los lazos de *amor* y respeto”;⁹ o el derecho que establece que “para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño se requiere darle *amor* y comprensión”.¹⁰

C. *Amor conyugal*

El *amor* de los esposos, es sólo un *amor* ideal, ya que éste no es requisito para celebrar el contrato de matrimonio, pues bastará para ello que se procuren respeto y ayuda mutua. Porque, rompiendo con la tradición judeo-cristiana, que consagraba la procreación como el fin supremo del matrimonio, hoy la mayoría de los Códigos Civiles de la República ya no consagran esta exigencia. El estado de Chihuahua nos define el matrimonio como una “comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos”.¹¹ El Código Civil Federal sólo establece para el matrimonio la obligación “a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”.¹² El *amor* parece que legalmente no es uno de los fines del matrimonio, sin embargo, el *amor* como parte de esta comunidad, después de celebrado el matrimonio, reviste singular importancia, ya que, por ejemplo, el Código Civil de Jalisco establece como fines del matrimonio el afecto, el *amor* y la fidelidad.¹³

La Suprema Corte de Justicia —a pesar de no existir precepto legal aplicable— ha introducido el concepto *amor* como en elemento inherente al matrimonio cuando lo ha resuelto, entre otros, en tres importantes precedentes: el primero sostiene que “la fidelidad implica la observancia constante de una conducta altruista de fe, cariño, *amor*

9 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis: II.2°.C.520 C, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Registro: 169914.

10 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis: II.3°.C.70 C, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Registro: 173762.

11 Artículo 134. El matrimonio es el acuerdo de voluntades entre un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Este acto debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige.

12 Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

13 Artículo 259. En la relación matrimonial, se deben considerar los siguientes fines: V. En las relaciones conyugales tiene manifestación la complementariedad de los seres humanos en los aspectos afectivo y biológico, ningún cónyuge es superior al otro y con la unión se hace posible el desarrollo de la potencialidad humana; VI. El hijo debe ser la expresión del amor de sus padres; VIII. En la familia debe buscarse el afecto y la fidelidad, así como darse apoyo recíproco; y IX. El afecto familiar es reconocido como una dignidad, no como un sometimiento de un ser a otro, sino como un perfecto entendimiento sobre los valores de existencia humana.

y respeto que un cónyuge debe al otro”;¹⁴ el segundo nos dice que “el matrimonio descansa en el vínculo del *amor*, la confianza y el deseo de ayuda mutua”;¹⁵ y el tercero sostiene que “el *amor*, la comprensión o la ayuda mutua son aditamentos del matrimonio”.¹⁶

Por su parte, la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, nos dice que los tipos de violencia contra las mujeres son: “La violencia psicológica. Cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica de la mujer, que puede consistir en negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio”.¹⁷ Este ordenamiento legal nos permite deducir que el *desamor* puede representar, en contra de las mujeres, una violencia psicológica que exija la aplicación de las medidas de protección establecidas por esta ley.

D. Amor libre

El concubinato puede reconocerse como *amor libre*, porque si bien representa una vida en común, es unión sin cadenas porque no crea todos los derechos inherentes al matrimonio. De acuerdo a la Suprema Corte de Justicia, bajo este régimen “ni siquiera puede operar el principio de la fidelidad, que es uno de los principios básicos sobre los que se sustenta el matrimonio”.¹⁸ También puede considerarse *amor libre*¹⁹ cualquier relación íntima entre personas capaces, que no genera las consecuencias jurídicas del matrimonio o el concubinato, pero de ella sí pudieran derivarse las responsabilidades de la filiación.

IV. OBLIGACIÓN DE PROMOVER EL AMOR

El imperativo de la Constitución federal que exige que la educación fomente el *amor* a la patria, corresponde cumplirlo a las autoridades de educación, pero de acuerdo a la Suprema Corte de Justicia, esta

Este ordenamiento legal nos permite deducir que el desamor puede representar, en contra de las mujeres, una violencia psicológica que exija la aplicación de las medidas de protección establecidas por esta ley.

14 *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo en revisión 585/84, Francisco Agustín Mateos Millares, Registro: 249131.

15 Tesis: III.3º.C.178 C, Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, junio de 1991, Registro: 222724.

16 *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito Amparo directo, 497/2002, Julio González García, 13 de noviembre de 2002, Registro: 184619.

17 Artículo 6, I.

18 *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Tercera Sala, Cuarta Parte, Amparo directo 7168/57, Amalia Escalona viuda de Romero, 20 de marzo de 1959, Registro: 272072.

19 *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, Amparo penal directo 2263/47, Gómez Isaura, 18 de febrero de 1948, Registro 302370.

responsabilidad recae primariamente en los mentores —quienes tienen el contacto con sus alumnos—, cuando nos dice: “el profesor de educación primaria tiene la obligación de fomentar en el educando el *amor* a la patria y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia”.²⁰ La Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, dispone que “Los establecimientos de Educación Militar, tendrán por objeto la educación profesional de los miembros del Ejército y Fuerza Aérea, para la integración de sus cuadros, e inculcarles la conciencia de servicio, *amor* a la Patria, la superación profesional y la responsabilidad social de difundir a las nuevas generaciones, los conocimientos que se les hubieren transmitido”.²¹

V. AMOR SIN DERECHO

Cuando el *amor* se representa de manera carnal, la ley establece ciertas prohibiciones legales a este *amor*, ya que nos arrastra a una tradición que admite consideraciones éticas, religiosas y genéticas, entre ellas, el *amor* carnal con la persona casada, el *amor* carnal con descendientes y hermanos, el *amor* carnal entre menores de edad, o entre un menor y un mayor y el *amor* carnal con persona del mismo sexo.

JL Adulterio

El adulterio no es aceptable en nuestra sistema jurídico, porque para la Suprema Corte de Justicia, “revela la conducta desleal permanente que no sólo hiere de manera transitoria y actual el *amor* carnal de un hombre traicionado, sino que hiere, sobre todo, de manera permanente en el futuro a la honra de la familia, sobre la que descansa por entero en nuestras sociedades la suprema dignidad del vivir humano, evidentemente que cometeríamos un error imperdonable en lo ético, en lo sociológico y en lo jurídico”.²²

B. Amor incestuoso

Esta prohibición a una persona de tener *amor* carnal con descendientes y hermanos,²³ si bien no es universal, deviene de nuestra cultura occidental agobiada por esta práctica, y representa un antiguo tabú cuya

20 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Sala, Tesis: 4ª./J. 41/94, Octava Época, Contradicción de tesis 17/94 entre el Cuarto y Primero Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo del Primer Circuito, 15 de agosto de 1994, Registro: 207676.

21 Artículo 122.

22 Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, Amparo penal directo 2877/46. Palma Moreno Guillermo, 23 de agosto de 1948, Registro: 301703.

23 Código Penal Federal, Artículo 272. Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

controversial prohibición se ha apoyado en múltiples argumentos, y que nuestra Suprema Corte de Justicia ha considerado que esta conducta “acrecienta la natural repugnancia que todas las sociedades humanas, incluso las primitivas, han tenido por las relaciones incestuosas que atentan contra el orden familiar, la familia exogámica y aun en ocasiones contrarían el interés colectivo eugenésico”.²⁴

C. Entre menores de edad o entre un menor y un mayor

El Código Civil Federal establece que sólo pueden celebrar esponsales el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce,²⁵ precepto que recogen la mayoría de las entidades federativas, contrastando con el Decreto Juarista de 1859 que establecía que “ni el hombre antes de los catorce años, no la mujer antes de los doce, pueden contraer matrimonio”,²⁶ y bajo este parámetro, tal vez hoy, se castiga penalmente la cópula con una persona menor de doce años de edad.²⁷

Hoy los tipos penales han protegido a los menores de dieciocho años, considerándolas similares a las personas que no tienen capacidad para comprender el aspecto sexual. El Código Penal Federal, en su definición del tipo penal de pederastía, sanciona “a quien se aproveche de la confianza, subordinación o superioridad que tiene sobre un menor de dieciocho años, derivada de su parentesco en cualquier grado, tutela, curatela, guarda o custodia, relación docente, religiosa, laboral, médica, cultural, doméstica o de cualquier índole y ejecute, obligue, induzca o convenza a ejecutar cualquier acto sexual, con o sin su consentimiento”.²⁸

D. Entre personas del mismo sexo

El Código Civil del Estado de Chihuahua, como otros estados de la República, establece que “El matrimonio es el acuerdo de voluntades entre un hombre y una mujer”,²⁹ no admite entonces el matrimonio entre personas del mismo sexo. El Distrito Federal dispone que el “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”.³⁰

24 *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Sexta Época, Amparo directo 5548/58, Francisco Rosas Rodríguez, 14 de noviembre de 1958, Registro: 801805.

25 Artículos 140 y 148.

26 Artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil del Presidente Benito Juárez, de fecha 23 de julio de 1859.

27 Código Penal Federal, Artículo 261.

28 Artículo 209 bis.

29 Artículo 134.

30 Código Civil del Distrito Federal, Artículo 146, reformado por Decreto publicado en la *Gaceta* del 29 de diciembre de 2009, en vigor el 04 de marzo de 2010.

El amar o no amar genera consecuencias jurídicas. La ley expresamente determina sus efectos, entre los cuales destaco que por amar se tiene derecho a recibir estímulos laborales; por amar, a quedar eximido de la obligación de testificar en contra del amado; y por amar, no se es imputable por el delito de encubrimiento. Pero no permitir ser amado se puede sancionar con la pérdida de la patria potestad; y por no amar, obtener el divorcio y la reparación del daño moral; y por no amar a la patria, la pérdida del empleo público.

Ya antes se había admitido la relación legal entre dos personas del mismo sexo por la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal, reconociendo al acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, generando entre sí derechos y obligaciones entre otros, el derecho a *heredar* mediante las reglas de la sucesión legítima intestamentaria, a recibir alimentos en caso de necesidad y a la *tutela* legítima de su pareja.³¹ Posteriormente, en el estado de Coahuila se introduce la figura del Pacto Civil de Solidaridad, como un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común como compañeros civiles, quienes se deben ayuda y asistencia mutua, consideración y respeto, así como deber de gratitud recíprocos, y tendrán obligación de actuar en interés común y de igual manera, tendrán derecho a alimentos entre sí.³²

Hoy, a pesar de que varios entes de gobierno y sectores sociales se ha pronunciado en contra de estos ordenamientos legales, estas figuras jurídicas, aunque no contempladas en las otras legislaciones locales, tienen aplicación en toda la República porque son actos jurídicos reconocidos por una ley estatal, en los que se expresan voluntades capaces de crear derechos y obligaciones, y se cumplen las formalidades exigidas, por lo que, lo acepten o no los gobiernos de las entidades que las rechazan en virtud de estar todas sometidas al pacto federal³³ que

31 Aprobada el día 9 de noviembre del 2006 por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y entra en vigor el 16 de marzo del 2007.

32 Decreto 209 del Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza; expedido el 11 de enero del 2007, que reforma y adiciona su Código Civil para introducir el Pacto Civil de Solidaridad en su artículo 385-1.

33 Artículo 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de

consagra nuestra Constitución, tienen plena validez y obligatoriedad en toda la República.

VI. EL AMOR Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El *amar* o no *amar* genera consecuencias jurídicas. La ley expresamente determina sus efectos, entre los cuales destaco que por *amar* se tiene derecho a recibir estímulos laborales por *amar* quedar eximido de la obligación de testificar en contra del amado y por *amar*, no se es imputable por el delito de encubrimiento. Pero por no permitir ser *amado* se puede sancionar con la pérdida de la patria potestad; por no *amar*, obtener el divorcio y la reparación del daño moral, y por no *amar* a la patria, la pérdida del empleo público.

A. *Por amar, derecho a recibir estímulos laborales*

Puede ser una manera de calificar al servidor público, ya que, por ejemplo, la Ley de Ascensos de la Armada de México dispone que “El Mando Supremo, a propuesta del Alto Mando, podrá ascender al personal de la Armada de México, por méritos especiales [...] Efectuar actos en los que se demuestre un alto valor, espíritu de cuerpo o *amor* a la patria.”³⁴

B. *Por amar, quedar eximido de la obligación de testificar en contra del ser amado*

El Código Federal de Procedimientos Penales dispone que “No se obligará a declarar [...] a los que estén ligados con el inculpado por *amor*, respeto, cariño o estrecha amistad”.³⁵

C. *Por amor, a ser inimputable por el delito de encubrimiento*

El Código Penal Federal establece que no cometen el delito de encubrimiento “Los que estén ligados con el delincuente por *amor*, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.”³⁶

D. *Por no permitir ser amado, pérdida de la patria potestad*

Si a un menor el padre o la madre le impide recibir el *amor* filial al que tiene derecho, este acto se considera violencia familiar, que pudiera dar mérito a sanciones, inclusive la pérdida de la patria potestad, ya que la Suprema Corte de Justicia ha determinado que esto representaría un “acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén,

.....
los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes.

34 Artículo 41.

35 Artículo 243.

36 Artículo 400.

abandono o actitudes devaluatorias que provoquen en quien las recibe alteración autocognitiva y autovalorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona. Así, cuando un padre, a través de conductas de acción u omisión, separa injustificadamente a su hijo de meses de edad de su progenitora, ejerce en perjuicio del infante violencia familiar, en su modalidad psicoemocional, porque lo somete, domina, controla y prohíbe tener *amor*, alimentación y cuidados de su madre, así como relacionarse con la familia materna”.³⁷

E. Por no amar el divorcio

Como hemos visto, legalmente en el matrimonio no se exige darse entre los cónyuges *amor* recíproco, salvo el estado de Jalisco, donde el *amor est vitae*. En este caso concreto, la Suprema Corte de Justicia ha determinado que si el *amor*, la comprensión o la ayuda mutua son aditamentos del matrimonio, pero no es el matrimonio en sí, luego, la falta de éstos no hace que la referida institución sea ilegítima, sino en todo caso podría dar lugar a alguna de las causales de divorcio.³⁸

F. Por no amar, la reparación del daño moral

El Código Civil Federal establece que “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.”³⁹. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia dispone que se considera violencia contra las mujeres “Cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público”.⁴⁰

No *amar* a una mujer, pudiera causarle un daño en sus sentimientos, afectos y un sufrimiento psicológico, que convierte al sujeto indiferente en un agresor, responsable directo de un hecho ilícito civil, y la ley lo obliga a reparar económicamente el daño moral que hubiera ocasionado.

37 *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Tesis: I.7°.C.118 C., Amparo directo 647/2008, 16 de octubre de 2008, Registro: 168241.

38 *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Amparo directo 497/2002, Julio González García, 13 de noviembre de 2002, Registro: 184619.

39 Artículo 1916.

40 Artículo 5º fracción IV.

G. Por no amar a la patria, pérdida del empleo público

Los servidores públicos, en especial los integrantes de las fuerzas armadas, diplomáticos y cuerpos de seguridad, deben *amar* a la patria. No hacerlo es una causal para terminar la relación laboral con el gobierno mexicano. Los miembros del Ejército y Fuerza Aérea deben amar a la patria y su falta de afecto a ésta puede causarles su baja por violentar su conducta militar;⁴¹ y los marinos militares,⁴² por no poder cumplir con sus obligaciones militares, ya que tienen el deber de defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria y el supremo deber de honrar con fidelidad la bandera nacional y defenderla inclusive con su vida.

VII. CONCLUSIONES

Hemos abordado brevemente varios temas sobre el *amor*, lo que nos ha dejado más dudas que respuestas, ya que el *amor* lo reconocemos cotidianamente como un acto, sentimiento volitivo, pero en nuestro orden jurídico es una pasión que hasta debe expresarse de manera ineludible, porque se nos exige bajo sanción *amar* a la Patria, a nuestros hijos y a nuestro cónyuge y promover el *amor*, porque de no hacerlo se crean consecuencias jurídicas.

Dejar de amar también es un tema importante que hay que destacar, porque cada vez más la ley tutela el patrimonio afectivo de las personas, teniendo actualmente el menor de edad y la mujer una substancial protección legal, ya que *no amar* o *dejar de amar* a éstos, la indiferencia, el abandono o descuido de ser *amado*, indiscutiblemente afecta y daña a este sector, al ocasionarles sufrimiento psicológico, celotipia, afectación en sus sentimientos, afectos, creencias; humillación y marginación.

En las prohibiciones legales en el *amor* carnal encontramos una serie de prejuicios, tabús y falsas creencias. Merecen una seria reflexión para adecuar la ley a nuestra realidad actual. Debemos aplicar los derechos a la igualdad y la libertad, para así garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona y desterrar preceptos que atenten en contra de la dignidad humana y que tengan por objeto anular o menoscabar esos derechos y libertades de los mexicanos.

El *amor*, desde el punto de vista legal, entonces no es un tema trivial, es un derecho que como sentimiento o afecto lo reconocemos en nuestra experiencia propia, pero que la ley no nos define y sus intérpretes lo atienden con cortedad, particularmente en las controversias familiares, pero sin que hayan expresado sus elementos para permitirnos conocer con precisión sus alcances. Por ello, este trabajo no es concluyente, habremos de perseguir mejores resultados en otra investigación; hoy, tan

*En las prohibiciones
legales en el amor
carnal encontramos
una serie de prejuicios,
tabús y falsas creencias.
Merecen una seria
reflexión para adecuar
la ley a nuestra
realidad actual.*

41 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, Artículo 170, II, D.

42 Ley Orgánica de la Armada de México, Artículo 85, III, B.

sólo hemos logrado interesarnos y tal vez interesar a otros juristas en este tema que de ninguna manera consideramos frívolo e intrascendente, por el contrario, puede ser tan apasionado como el *amor* mismo.



El control social del virreinato novohispano: *las dos majestades en el dispositivo judicial*

Samuel Rico Medina*

Con afecto y admiración al iushistoriador Juan Carlos Abreu y Abreu

Durante el virreinato, la principal finalidad de los medios de control social era regular las relaciones de los grupos humanos, para lo cual trataban de evitar y resolver conflictos que alteraran el orden público a través de un aparato complejo, integrado por mecanismos de seguridad social, el sistema judicial y el dispositivo religioso. En términos generales, la seguridad social era posible gracias a que el gobierno se encargaba de la beneficencia pública, por ejemplo los *montepíos* (casas de empeño) y de las *alhóndigas* reales o pósitos, donde se almacenaban granos básicos.

Los pósitos y alhóndigas hacían menos sensibles los efectos de la escasez y limitaban el alza de precios y la especulación. Una época de malas cosechas incidía en problemas graves de mendicidad y desempleo. En situaciones críticas, ni los templos se salvaban de la plaga del bandidismo. Fue por ello que el robo a mano armada y en despoblado fue sancionado durante mucho tiempo con el castigo de la marca de fuego, pero en 1699 se aplicó una pena más severa: la mutilación de pie o mano. Durante el siglo XVIII, al agudizarse el problema, se intentó en 1703 enviar a los vagabundos a la península de Yucatán, y en 1706, se instruyó a la justicia ordinaria que aplicara sumaria pena de muerte al delincuente descubierto en flagrancia. La creación del Tri-

* Profesor de Historia de México y de Historia del Derecho, en la UACJ. Asignado a las Coordinaciones de Historia y Derecho, del ICOSA

Los estudios históricos realizados en México y en España demuestran que sólo una minoría de acusados fueron llevados a declarar ante los jueces, por lo que muy pocos de ellos fueron llevados a la picota.

bunal de la Acordada en 1719 significó un avance notable en el control de los cuatrerros y asaltantes de caminos.

Por otro lado, los colegios religiosos contribuían con servicios de asistencia de los hospicios, hospitales, casas de *recogidas* o arrepentidas,¹ orfanatorios (casas de la cuna) y otras obras pías. Cabe señalar que el Hospital de San Hipólito, fundado por Fray Bernardino de Álvarez en 1567, fue dedicado a dar atención a los enfermos mentales. En suma, la caridad y asistencia quedaban a cargo de las órdenes religiosas. De las donaciones y diezmos que la iglesia recibía, destinaba una parte a asistir con granos básicos a los necesitados durante las crisis agrícolas.²

Por su parte, los gremios de artesanos se protegían de eventualidades desafortunadas con el establecimiento de cajas de ahorro, destinadas a la ayuda mutua para cuando los agremiados sufrieran de alguna enfermedad o, en caso de que fallecieran, su familia no quedara desamparada. Los gremios también se organizaban en cofradías, las cuales estaban ligadas a la Iglesia a través de un santo patrono. En la sociedad virreinal, las personas no eran nadie si no pertenecían a un orden corporativo y sólo se sentían seguras si estaban afiliadas a la agrupación correspondiente.

En este periodo, el sistema judicial novohispano aplicaba sanciones e imponía las penas, destacándose sobre todo el trabajo forzado en obras públicas, zanjas, salinas, fortalezas, presidios, acueductos, desagües y obrajes. El trabajo forzado era temporal como pena y no significaba privación de la libertad. El castigo de galeras, es decir el servicio en la marina real estipulado en los primeros tiempos, no se aplicó cabalmente por las condiciones de la realidad novohispana. Coincidió con Salvucci cuando afirma que la pena de muerte era un último y excepcional recurso. Los estudios históricos realizados en México y en España demuestran que sólo una minoría de acusados fueron llevados a declarar ante los jueces, por lo que muy pocos de ellos fueron llevados a la picota.

La conversión de los obrajes en prisión la motivaron, por una parte, las leyes españolas que mandaban a los justicias a encarcelar a los vagos y desocupados, y por otra, las disposiciones que obligaban a los delincuentes a reparar el daño causado y cubrir los costos del juicio y del encarcelamiento. El trabajo en los obrajes fue una combinación de trabajo forzado, peonaje por deudas y prisión.³

1 Josefina Muriel (†2008) publicó una obra pionera en la materia: *Los recogimientos de mujeres. Respuesta a una problemática social novohispana* (UNAM, 1974). La autora analiza los mecanismos de protección de mujeres indefensas y corrección de mujeres rescatadas de la prostitución. Por lo regular, esta asistencia era proporcionada por las monjas conventuales.

2 Señala Eric. P. Thompson que en la Inglaterra del siglo XVIII "los motines de subsistencias eran provocados por precios que subían vertiginosamente, por prácticas incorrectas de los comerciantes, o por hambres". En *Tradición, revuelta y consciencia de clase*. Barcelona, Editorial Crítica, 1989., pp. 65-66.

3 Florescano, Enrique, "La formación de los trabajadores en la época colonial.

La venta de los servidos, de presos en la Nueva España se convirtió en castigo habitual para los indios que habían delinquido después de 1555- Los presos eran vendidos y distribuidos a su vez por la Real Sala del Crimen y posteriormente por el Tribunal de la Acordada. Los propietarios de los obrajes desconfiaban de estos presos ante el Consejo de Indias, manifestándose inconformes con estas medidas. El repartimiento de reos llegó a ser un negocio lucrativo para el gobierno. Lo obtenido por la venta se dividía entre autoridades municipales, funcionarios del tribunal, la policía y los conductores de la cuadrilla de reos. A fines de 1733 el repartimiento de los reos reportaba un saldo que oscilaba de 10 a 12 mil pesos anuales. Este sistema desplazaba los costos de encarcelación hacia los productores textiles, debido a la escasez de instalaciones penitenciarias. La oposición de los textileros al repartimiento de reos condujo a su abolición en 1767. En adelante, los reos fueron enviados regularmente a los presidios en lugar de los obrajes.⁴

En la Nueva España, el control social fue ejercido por el Santo Oficio, que como tribunal especializado procuraba vigilar el estricto apego de los fieles a las normas cristianas. Dependía jerárquicamente del Consejo de la Suprema y General Inquisición, constituido en 1483, bajo el dominio de los reyes católicos, siendo el primer inquisidor general el célebre Fray Tomás de Torquemada. La inquisición española reemplazó al único tribunal medieval que existió en Aragón desde 1283. Como no se tenía ningún otro precedente, los jueces inquisidores prosiguieron con los mismos procedimientos, usos de detención, juicios, procesos, confiscación y reclutamiento. De hecho, el clásico manual aragonés de Emeric, de 1376, fue aceptado como guía de acción. Podemos decir que la organización burocrática de la Inquisición dimanó de las Instrucciones de Fernando Valdés, publicada, en 1561.⁵

La escasez de personal y de tribunales dio por resultado el surgimiento de los *familiares*, figura que era conocida desde la época de la inquisición medieval. Se hicieron famosos como espías e informadores, pero ése no era su único fin, ya que las denuncias provinieron de otros sectores sociales. La Inquisición intentó reclutarlos de entre la población más influyente. A pesar de que la red de familiares estableció una presencia notoria de la Inquisición, no actuaba como control social, ya que no se podía esperar que éstos arriesgaran sus vidas para convertirse en informantes profesionales. En realidad, lo que hacía atractivo el cargo de familiar eran los privilegios corporativos que traía aparejados.

Los comisarios tampoco hacían el trabajo de indagar (inquirir), puesto que los denunciantes por excelencia serían los miembros de la

.....
1521-1750". En Florescano, Enrique, et.al., *La clase obrera en la historia de México*. México, Siglo XXI, 1986. Vol. I. De la colonia al imperio, p. 91.

4 Salvucci, Richard, *Textiles y capitalismo en México. Una historia económica de los obrajes, 1539-1896*. México, Alianza Editorial, 1992. Pp. 164-166.

5 Kamen, Henry, *La inquisición española*. México, Grijalbo-Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.1988. p. 185.

Las delaciones prosperaban porque los inquisidores garantizaban el anonimato de los testigos con la ocultación de los nombres de los denunciantes.

sociedad civil. De las regiones más apartadas acudían los mercaderes a la ciudad de México para solicitar audiencia ante el tribunal del Santo Oficio con el fin de delatar a los transgresores de la fe y de la moral sexual. El dinamismo de los comerciantes suplió con creces la falta de ministros del Santo Oficio en las regiones apartadas. De esta forma los inquisidores procedían a dar inicio los procesos, gracias a noticias recibidas de ellos, solicitando a los comisarios la averiguación de los hechos denunciados y proceder en contra de los presuntos infractores.⁶

Las delaciones prosperaban porque los inquisidores garantizaban el anonimato de los testigos con la ocultación de los nombres de los denunciantes. Desde el punto de vista judicial, los tribunales inquisitoriales comparten grandes semejanzas con los tribunales reales. El rasgo que distingue a los inquisidores era su discreción. Sus procedimientos se fundaban en el miedo y el secreto. La actividad pública del Santo Oficio se basaba en la premisa de que el miedo era el principal freno; fue así como operaron los edictos de la fe, documento que se leía desde el púlpito a la feligresía para hacerles saber sobre los detalles de los delitos imaginables. El miedo que infundió la inquisición es innegable. Inclusive las delaciones de hechos de poca importancia eran la regla. Tal era el miedo que generaba, que los fieles preferían autoinculparse, ante la certeza de que nada permanecería en el secreto y tarde o temprano serían denunciados.⁷

El concepto de cárcel, tal y como era concebido por la mentalidad de la época, dista mucho de la connotación y sentido de los tiempos modernos. No existe la cárcel como castigo; incluso el término de perpetuidad adquiere otros matices. De los varios grados de prisión mantenidos por el tribunal, el más riguroso era la cárcel secreta, destinada a largos confinamientos. Las prisiones secretas de la Inquisición se consideraban menos incómodas que las prisiones reales; eran más espaciales, más seguras y menos insanas. Los calabozos no eran antros del terror o de crueldad humana como sostenía el liberal Vicente Riva Palacio en su novela *Monja, casada, virgen y mártir*. A los presos se les daba de comer regularmente y de modo adecuado. Cuando al final los presos abandonaban el calabozo se les obligaba a jurar que no divulgarían nada de lo que padecieron allí. Las prisiones estaban pensadas sólo para la detención circunstancial y no como castigo en sí. Los inquisidores tuvieron especial cuidado de evitar la crueldad, la brutalidad y los malos tratos. El empleo de la tortura no fue considerado como un fin en sí mismo, era como la pena de muerte, un último recurso que rara vez se aplicaba.

Las instrucciones al respecto aconsejaban que en estos asuntos se actuara según "derecho, razón y buena conciencia".⁸ Las confesiones

6 Rico Medina, Samuel, *Los predicamentos de la fe. La inquisición en Tabasco*. Villahermosa, Gobierno del Estado de Tabasco/Instituto de Cultura de Tabasco, 1990. p. 156.

7 Kamen, H. *op.cit.* p. 214

8 Los jueces inquisitoriales eran por lo regular juristas muy experimentados, doctores especialistas en derecho romano y derecho teológico (letrados), por lo

obtenidas bajo tortura carecían de validez; se aplicaron exclusivamente para extraer información y no como castigo. Las torturas especiales y autorizadas a las que recurría la inquisición eran *la garrucha*, *la toca* y el consabido *potro*. Un secretario anotaba cada palabra y cada gesto del reo durante el procedimiento.⁹

El Tribunal de la Inquisición asignaba al acusado un abogado que lo defendiera durante el juicio plenario. Era una apariencia, pues el defensor era un fantasma.¹⁰ El acusado tenía varios medios de defensa para probar su inocencia. Podía llamar a testigos favorables y presentar objeciones o recusaciones a los jueces calificadores.

Los sistemas de castigo pueden agruparse en cuatro clases principales, por las que los acusados eran absueltos, penitenciados, reconciliados o quemados. Los penitentes eran condenados a castigos como portar San Benito, multas, destierro o galeras. Una condena perpetua jamás suponía una estancia de más de tres años en la cárcel la prisión irremisible a menudo significaba el confinamiento por ocho años. El porcentaje de ejecutados fue de menos del 2%. Los autos de fe se convirtieron en celebraciones públicas: el elaborado e impresionante ritual del procedimiento implicaba grandes gastos, por lo que eran esporádicos. En el caso de la Nueva España, señala Solange Alberro la reclusión no era la regla, sólo involucraba al 6% de los sentenciados, por carecer el Santo Oficio de infraestructura necesaria.¹¹

La Inquisición, el tribunal de Dios, al igual que las demás instituciones represivas del rey, no tenían en ese entonces los medios para asegurar el mantenimiento prolongado de los presos y no consideraban el confinamiento de por vida una forma de castigo. Los motivos que dieron origen el establecimiento de la cárcel perpetua a principios de

La Inquisición, el tribunal de Dios, al igual que las demás instituciones represivas del rey, no tenían en ese entonces los medios para asegurar el mantenimiento prolongado de los presos y no consideraban el confinamiento de por vida una forma de castigo.

que a diferencia de otros tribunales, el de Inquisición gozaba en España de mejor reputación, incluso entre la gente común, como se muestra en la novela picaresca: "Líbrate Dios de delito contra las tres santas: inquisición, hermandad y cruzada. Y si culpa no tienes, líbrate de la santa hermandad, porque las otras santas, teniendo, como tienen, jueces rectos, de verdad, ciencia y conciencia, son los ministros muy deferentes; y los santos cuadrilleros en general toda gente nefanda y desalmada, y muchos por muy poco juraran contra ti lo que no hiciste ni ellos vieron..." Mateo Alemán, *Guzmán de Alfarache*, Primera parte. 1599. Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1976, p. 65.

- 9 *Ibíd.* Kamen, H., *op. cit.* p. 232. La *garrucha* suponía el ser colgado de las muñecas de una polea fijada en el techo, con grandes pesos atados a los pies. En la *toca*, forzaban a la víctima a abrir la boca para meterle un paño o una toca y de esa manera obligarlo a tragar agua lentamente. En el *potro*, el procesado era sujetado a un bastidor con cuerdas pasadas en torno al cuerpo, que el verdugo iba apretando, en ocasiones a través de un torniquete. Cualquier otro tipo de tortura atribuido al tribunal inquisitorial es pura invención sin fundamento.
- 10 Ginzbug, Carlo, *El Juez y el historiador*. Madrid, Anaya y Mario Muchnik, 1993. p. 13. Sostiene, este máximo representante de la microhistoria italiana que a pesar de que la presencia de abogados defensores estaba prevista en los manuales inquisitoriales del siglo XVII, rara vez se ponía en práctica.
- 11 Alberro, Solange, *Inquisición y sociedad en México. 1571-1700*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 194.

Los sistemas de castigo pueden agruparse en cuatro clases principales, por los que los acusados eran: absueltos, penitenciados, reconciliados o quemados.

siglo XVII tienen que ver con la finalidad de garantizar la conversión de los herejes, para que en dicha cárcel fueran instruidos, reconciliados y se pudiera vigilar su conducta, observados por un alcaide y visitados por los inquisidores que deberían adoctrinarlos, confesarlos y comulgarlos las tres pascuas del año. Se estipuló una recomendación, la cual sólo quedó como un buen deseo de que el alcaide se encargaría de llevar a los reos a oír misa los domingos y fiestas de guardar.¹²

Al tomar declaración de los testigos, bajo el debido juramento, el notario realizaba acta sumaria de acciones instruidas durante el interrogatorio, solicitándoles la “re corrección de testigos”, para constatar que el nombre de éstos fuera el correcto y evitar cualquier confusión. En el transcurso de la fase plenaria del juicio, correspondiente al periodo probatorio, se hacía la publicación de testigos de descargo (abono) y testigos de cargo (tacha). En los juicios ordinarios al conteste se le llama también “repetidor”. De esta forma en la práctica forense se hacía la separación de los testimonios homogéneos (coincidentes, contestes) de aquellos que resultaban contradictorios.¹³

En los procedimientos judiciales del Tribunal de Inquisición, se recurría al secuestro de bienes de los procesados por parte del Real Fisco, ya que a través de su remate en subasta pública se obtenían los recursos para pagar los salarios de los funcionarios del Santo Oficio y favorecer el sostenimiento de dicha institución, que de hecho carecía de ingresos regulares. A través de los pregoneros se anunciaba el remate en almoneda pública de los bienes confiscados, a partir del momento de la captura del reo, ya que con el dinero recabado se pagaban los gastos de traslado, enjuiciamiento, condena, manutención y costas del procedimiento.

La aplicación de la penas por parte del Santo Oficio se hacía a través del llamado *brazo secular*. Se refería a la autoridad real o temporal que se ejercía a través de tribunales y magistrados reales. En la fase final del antiguo régimen, los estamentos de la sociedad española se denominaban “brazos”, como por ejemplo el “brazo” de la nobleza, cuerpo de la misma que era representado por sus diputados en las cortes. En los conflictos jurisdiccionales, el rey resolvía mediante el *recurso de fuerza*. Carlos III restableció los llamados recursos de fuerza, que era el derecho de atraer al fuero real los asuntos de quienes se sentían perjudicados por las decisiones de los tribunales eclesiásticos. De esa forma, los tribunales de las Audiencias revisaban si había vicios de procedimiento y, en el caso de haberlos, revocaban la sentencia de los tribunales eclesiásticos.

12 Alberro, S., *op.cit.*, p. 204. Sobre la forma de vida al interior de la cárcel secreta, recomiendo al lector consultar los capítulos XVIII, XIX y XX de la obra en comentario, dedicados a las comunicaciones de Cárceles (confesiones y soplonos, los esclavos y pequeños medios, grandes fines. pp. 229-251).

13 Para estudiar las etapas del procedimiento inquisitorial véase: Fernández Giménez, María del Camino, *La sentencia inquisitorial*. Madrid, Editorial Complutense, 2001.

Aun en esta época el control eclesiástico, ejercido a través del tribunal de Inquisición, es muy amplio, riguroso y su grado de intensidad penetra hasta la intimidad de la vida sexual de la pareja, lo cual nos permite conocer las realidades vitales de la convivencia de las diversas etnias. Más adelante, las reformas borbónicas delimitaron la influencia del clero en materia familiar, sobre todo de los tribunales diocesanos ordinarios que tenían jurisdicción exclusiva sobre delitos de bigamia y perversión sexual,¹⁴ por lo que el 10 de agosto de 1788, Carlos III emitió una real cédula que decretaba que la revisión de los procesos por delito de doble matrimonio o poligamia competía en lo sucesivo a la justicia real, dejando de pertenecer al fuero del brazo eclesiástico.

A través de los brazos se delimitaban los ámbitos de competencia de los tribunales reales, tribunales eclesiásticos y tribunales castrenses y se mediaba la colaboración de dichos cuerpos. Cuando el tormento y la ejecución de las penas se entregaban al brazo secular, se decía que se “relajaba”, por lo que los inquisidores se lavaban las manos como Poncio Pilatos y transferían a los penitentes y condenados a los auxiliares laicos: alguaciles, alcaldes, notarios consultores, que opinaban sobre los procesos y dictaban sentencias.

La observación de Speckman¹⁵ es acertada cuando señala que delito y pecado son dos caras de una misma moneda, porque no había distinción entre ambos. Ello indica que el poder de la Iglesia era avasallante, sobre todo en los siglos XVI y XVII, ya que la mayoría de los pecados eran castigados por la ley pues eran equiparables a un delito.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En el virreinato existió una pluralidad de leyes que obedecía a la existencia de tribunales especializados de acuerdo a la materia y a la condición social del acusado; dos de los tribunales que de alguna manera se complementaban fueron los pertenecientes a la administración real y el del Tribunal del Santo Oficio, sobre todo el en periodo de 1572 a 1733. Más tarde, durante las reformas borbónicas se recurrió al recurso de fuerza y el poder de la Inquisición fue limitándose al terreno religioso. Con las reformas borbónicas se creyó que las nociones de pecado y delito debían deslindarse. De esa manera dejaron de sancionarse las acciones que atentaban contra principios religiosos (herejías, idolatrías, magia, brujería, hechicería) o contra convicciones morales (transgresores sexuales como la bigamia, adulterio y la homosexualidad).

Era en la etapa del proceso plenario, al momento de la aplicación de los castigos, cuando se daban la mano los tribunales ordinarios, que

Más adelante, las reformas borbónicas delimitaron la influencia del clero en materia familiar, sobre todo de los tribunales diocesanos ordinarios que tenían jurisdicción exclusiva sobre delitos de bigamia y perversión sexual.

14 Farris, N. M., *La corona y el clero en el México colonial*. México, F.C.E., 1995. p. 93.

15 Speckman Guerra, Elisa. *¿Quién es criminal? Un recorrido por el delito, la ley, la justicia y el castigo en México. Desde el virreinato hasta el siglo XX*. México, Ediciones Castillo, 2006, pp. 9-10.

A partir de 1760 los ataques a la Iglesia serían más violentos, pero una medida sin parangón sería la expulsión de los jesuitas en 1767.

representaban a la majestad del real y el tribunal de la Inquisición, que era la personificación de la majestad divina.

Ambas majestades entraron en conflicto durante el proceso de laicización que se agudizó con las reformas borbónicas implementadas en la segunda mitad del siglo XVIII. En 1754 se prohibió a las órdenes religiosas que intervinieran en la redacción de testamentos. A partir de 1760 los ataques a la Iglesia serían más violentos, pero una medida sin parangón sería la expulsión de los jesuitas en 1767.

El control social se aseguraba cuando se respetaba la autonomía de cada uno de los órdenes novohispanos y cuando los miembros al interior de ella no rebasaban los límites impuestos por sus códigos preestablecidos y vigilados por el dispositivo judicial. Una sociedad jerarquizada como la novohispana no permitía la confusión de los grupos, de tal modo que en los autos de fe los mejores espacios de las gradas estaban destinados a las órdenes más preeminentes de acuerdo al rango de autoridad.



El sujeto en Alan Touraine: *notas para una crítica*

Ulises Campbell Manjarrez*

INTRODUCCIÓN

Para toda lógica el valor de verdad de la conclusión corresponde a que por lo menos la primera premisa que se plantea de nuestra argumentación, sea verdadera o se considere como tal. Generalmente, nos advierte Hegel en su *Fenomenología del espíritu* (1987), el conocimiento parte de la conclusión a la cuales hemos arribado con anterioridad sin realizar un análisis del devenir que ha seguido la misma. Es decir, la consideramos verdadera. De donde es importante, por lo menos, dar cuenta de las premisas, de las cuales parte toda argumentación y sirva en principio para un acercamiento al análisis del discurso o el concepto.

Con esa consideración en mente, el presente trabajo intenta examinar el concepto de sujeto que aparece en la obra de Alain Touraine de su obra *¿Podemos vivir juntos?* (1997). No se pretende cuestionar un concepto que abarca el desarrollo intelectual de este importante pensador, sino que el alcance es, a lo más, heurístico, pues considera el concepto "sujeto" y su consideración desde *la Fenomenología del espíritu*, de Hegel, por lo que resulta en mero ejercicio. Quiero advertir que seguramente pecamos de incompreensión. Lo contrario sería suponer que el documento de Alain Touraine está plagado de contrasentidos

* Docente-investigador adscrito al Departamento de Humanidades. Doctor en Ciencias Sociales en la especialidad de Relaciones de Poder, Cultura Política

Agotada la fe surge el individuo desgarrado gracias a la fuerza de su paso por la historia y por las creaciones del orden, a veces “natural”, de la razón o de la misma religión. Su reconstrucción pende de su apartamiento, más que de un desdoblamiento de los productos de la modernidad y de las fuerzas creadas por ella, que conducen a la desmodernización: del rechazo de la instrumentalidad y de la identidad.

teóricos, y cercano a la construcción de un absurdo; permitido, por su parte, por una suerte de “literatura”, lo que de ninguna manera se puede creer. Por ello, he preferido mantener, en algunos casos, más que aseveraciones, interrogantes y las respuestas, en todo caso, son tentativas. Conviene insistir en el carácter heurístico del presente trabajo.

EL SUJETO EN ALAN TOURAINE

2.1. Agotada la fe surge el individuo desgarrado gracias a la fuerza de su paso por la historia y por las creaciones del orden, a veces “natural”, de la razón o de la misma religión. Su reconstrucción pende de su apartamiento, más que de un desdoblamiento de los productos de la modernidad y de las fuerzas creadas por ella, que conducen a la desmodernización: del rechazo de la instrumentalidad y de la identidad. Fuerzas que finalmente se mantuvieron “replegadas sobre sí mismas” y donde el principio central “era la correspondencia de las instituciones y las motivaciones, del sistema y el actor” (Touraine, p. 65), para posteriormente —en otro momento y gracias a la separación histórica que mantienen—, retomarlas para sí.

2.2. La relación de lo anterior con los procesos de la conciencia hasta la autoconciencia, del proceso que conduce al espíritu, a extrañarse, y tomarse como sujeto y objeto de sí mismo, demandan el paso de aquel *ser allí*, que nos dice Hegel, se presenta con el carácter de inmediatez no conceptual y de indiferencia inmóvil (Hegel, p. 23) hasta la de un *ser para sí*, que —más como petición de principio que como condición estructural— no alcanza, en el caso de Touraine, la condición absoluta o un nuevo *ser en sí* y, consecuentemente, un nuevo *ser allí*: el sujeto resulta en contenido que se mueve, gracias a ser sólo testigo de su “libertad” y no dialécticamente como sería en el caso del concepto en Hegel.

2.3. La condición de desgarramiento demanda más el apartamiento que el desdoblamiento del espíritu, la exigencia de un individuo que no soporta el desgarramiento y vive angustiado por sus dependencias y, al igual que el espíritu en Hegel, “sólo conquista su verdad cuando es capaz de encontrarse a sí mismo en el absoluto desgarramiento” y se convierte en potencia cuando mira cara a cara a lo negativo y, por tanto, su muerte, (Hegel, p. 24). En otro sentido, “la muerte del Yo”.

2.4. En otro sentido, la transformación del individuo en Sujeto no es una condición inmanente, sino que responde a su develación paciente por el paso de la historia —tal y como sucede al espíritu en Hegel y que se pronuncia en denuestos (Hegel, p. 10)— de su condición degradada, que más que conducirnos hacia la conquista del espíritu de su sustancialidad, nos dirige a la conquista del Sujeto que se manifiesta por lo que hace.

2.5. Aquí la mercancía y la comunidad son expresiones no ya de la racionalidad, sino de un *ser allí*, que se ha convertido en saber inmediato o bien, intuición de aquella degradación del sujeto, que no alcanza la expresión de sí mismo en la conformación del actor de su propia historia (Touraine, 65). Y, aunque puede corresponder como patrimonio de todos, como entendimiento y puro “yo general”, está más cerca de “aquellos consagrados a describir la experiencia subjetiva, que insisten en la capacidad del individuo de proseguir un relato particular... de concebir su propia biografía en la continuidad de su experiencia en situaciones muy diversas, o de luchar contra los efectos de la ruptura de esta conciencia...” (Touraine, p. 68).

2.6. Sin embargo, el Sujeto aunque acepta diversos contenidos no acepta diferentes figuras a lo largo de su proceso de conformación del mismo. Parecería que se reduce a la necesidad del reconocimiento de sí mismo, sin aclarar cuál debiera ser su contenido en el sí mismo [Moi] más que en el Yo [Je] gramatical, al cual deben agregársele predicados o, peor aún, a una vacua felicidad por el placer. En otras palabras, a un existencialismo torcido.

2.7. Y si en Hegel el desarrollo completo de la forma permite determinar las diferencias y ordenarlas en sus relaciones dialécticas con Touraine “la construcción del sujeto no culmina nunca en la organización de un espacio psicológico, social y cultural perfectamente protegido. El apartamiento de la mercancía y la comunidad nunca termina; el espacio de la libertad es constantemente invadido y el Sujeto se constituye tanto por lo que rechaza como por lo que reafirma” (Touraine, pp. 70-71).

2.8. Una probable diferencia importante con lo anterior, para el caso de Touraine, es que el Sujeto no se convierte en la mediación de su devenir Otro; por el contrario, lo Otro siempre es externo a un sujeto delirante, y esto Otro no se piensa como un Sujeto. Es decir, no se convierte en la pura y simple negatividad; por ejemplo, Bacon

y Bataille pasan como algo o alguien que destruyeron al sujeto autoconsciente o la autoconciencia o dejaron pasar al Sujeto hacia el *ser allí* irreflexivo.

2.9. Pero si consideramos, muy por el contrario, esta formación y le atribuimos una razón, como un obrar en torno a un fin, encontramos que el Sujeto sólo se enfrenta a sí mismo y reivindicamos la importancia de la acción comunicativa o, como dice el propio Touraine, la interculturalidad, arrancada para el caso de la comunidad para que sea positiva. Así, la intersubjetividad cobra fuerza histórica y, como él mismo lo dice, significación política.

2.10. Por el contrario, la identidad cobra en su expresión formal y al presentar lo Otro como extraño, y no como extrañamiento, no puede entenderse como la entiende Hegel al plantarse como la reflexión en “ser otro en sí mismo”. Es decir, en el desdoblamiento de lo simple o de la duplicación que contrapone y que es sujeto.

2.11. Así, las intenciones de liberalizar al sujeto e independizarlo como sujeto de su propio devenir queda atrapado siempre en la necesidad esquizofrénica del apartamiento y, por lo tanto, de otras formas del Espíritu.

2.12. Esquizofrénicas pues la relación mercantil, la comunidad y la identidad no pueden ser más que expresiones de una única sustancia, a saber: el Sujeto. ¿O es que supone que los procesos de enajenación, cosificación y mediatización del individuo lo apartan de su realización y lo convierten en objeto?

2.13. De ser así, resulta vana la experiencia vivida en la sexualidad u olvidar la multiplicación de las subjetividades en la medida en que el objetivo es la felicidad de cada uno (Touraine, p. 70). En otro sentido, la necesidad que tiene el individuo de convertirse en actor se deriva del desgarramiento y de impedir el desgarramiento social y de la conciencia, y de ser posible *no* considerarse como objeto del mercado o de la comunidad. La infelicidad producida por éstos le imponen la tarea de la subjetivación y, con ello, de la búsqueda de la felicidad por cuenta propia. Felicidad que sólo se expresa en el reencuentro con los sucesos de la vida.

2.14. No obstante, como nos enseña Touraine, el sujeto no puede pasar más allá de su condición de sujeto. La incapacidad de producir una definición absoluta lo sujeta al eterno movimiento en el vacío y la nada (QSartre?) y lo convierte en un sinsentido o en un movimiento circular.

2.13. De ahí, se niega la capacidad de construcción y de servir como referencia del movimiento histórico. El sujeto sólo sirve para ser eso: sujeto. Entregado a dicha circularidad, sin una penetración en el mundo, el Sujeto sólo expresa el vértigo y su condición caótica. Aún más, el sistema se ve salvaguardado al ser el mercado y la comunidad límite uno del otro.

2.16. Dos citas, que apoyen lo dicho, convienen a este respecto, a saber:

La construcción del sujeto no culmina nunca en la organización de un espacio psicológico, social y cultural perfectamente protegido. El apartamiento de la mercancía y la comunidad nunca termina; el espacio de la libertad es constante invadido y el Sujeto se constituye tanto por lo que rechaza como por lo que reafirma (pp. 70-71).

¿Cómo se construye la felicidad y el Sujeto? ¿Cómo puede el individuo (o el grupo) crear el espacio de autonomía que le permita reconocerse a sí mismo?

O cuando se cuestiona:

¿Cómo se construye la felicidad y el Sujeto? ¿Cómo puede el individuo (o el grupo) crear el espacio de autonomía que le permita reconocerse a sí mismo? Mediante la mezcla de los dos universos que tienden con tanto vigor a separarse, el de la instrumentalidad y el de la identidad. Puesto que cada uno de ellos protege contra la degradación del otro. La apertura del mercado y las exigencias de las técnicas son la mejor protección contra la clausura comunitaria, pues ésta entraña ineluctablemente la irracionalidad de los fines y los medios, la incapacidad de usar idóneamente los recursos técnicos y económicos disponibles (p. 72).

2.17. Ahora, si lo que se pretende es un sistema autorreferencial y autopoieticos, es decir, de acoplamiento estructural —topológico— el asunto deja de ser teleológico y sus operaciones y reproducción son autónomas: sus relaciones con el entorno se establecen en la medida y forma en que opera. Es decir, entendemos que la topología la define como parte de la estructura el Sujeto, pero no cabe otorgarle sentido al mismo, sino función. De donde se puede comprender mejor la sugereencia hedonista —del placer— como fundamento de la felicidad y de la construcción práctica de la moral.

2.18. Una sociedad que sustenta su condición en los sentidos y sentimientos como el de la felicidad, el placer o la tristeza, por ejemplo, corresponde perfectamente a una sociedad que no se define por su moralidad [Touraine, pp. 69-73]. Pero entonces, ¿dónde queda el Sujeto como creador del sentido y del cambio, e igualmente de relaciones sociales e instituciones políticas y que Touraine convoca en la página sesenta y siete del libro al cual hacemos referencia y permite elevar al individuo a su condición de sujeto? Además, ¿dónde queda la orientación de las leyes, la organización de los sistemas o la inspiración de la acción? Si, finalmente, se actúa bajo una estructura y una relación con el entorno que, con una caja negra, no pueden crear principios de organización (Touraine, p. 90).

2.19. Maturana conceptualiza los seres vivos como autopoieticos y su relación con el entorno, la define como una estructura que, bajo una caja negra, sufre acoplamientos estructurales. Mas no un cajón negro nadie puede reclamarse como Sujeto y mucho menos reconocerse a sí mismo o mantener la idoneidad y la voluntad como determinación, en

La instrumentalidad es, de hecho, una condición de ciertas cosas, pero también de ciertos momentos.

el uso de la estructura y, por lo tanto, la conciencia y el sentido que le brinda su cultura (Touraine, p. 83).

3. NOTAS PARA UNA CRÍTICA: LA FENOMENOLOGÍA DEL ESPÍRITU, DE HEGEL

3.1. Sin duda debemos volver a la idea de Sujeto como un ser consciente de aquellas oposiciones que lo amenazan. Pero el texto, aquí tratado, niega cualquier tipo de principio exterior y la conciencia es o debe ser conciencia de sí mismo como Sujeto: ¿quiere decir esto que la acción del sujeto sólo puede comprenderse por la necesidad de mantenerse como tal, Sujeto y, por lo tanto, alejado de la enajenación de la instrumentalidad y la identidad, pero mantenerlas como único recurso para su reproducción?

3.2. La respuesta a la interrogante anterior sería más sencilla responderla si se contara con otro Sujeto que pretende la comprensión, pues no basta para diferenciarlo el decir que es parcialmente diferente (Touraine, p. 89). Sin embargo, podríamos decir que sólo nos encontramos frente a lo Otro, que busca aniquilar la subjetividad, funcionalizar al Sujeto o cosificarlo. Lo que, sin duda, el desarrollo de la reflexión de esta categoría y bajo la mira de la lógica fue hecho, previamente, por el propio Touraine. Aún más, se puede deducir que esta tautología es producto no de la historización del Sujeto, sino de negarla: el Sujeto sólo puede seguir siendo eso: Sujeto.

3.3 Pero si su condición es la muerte y expresarse como vida frente a lo otro que se presenta, como primer momento de la muerte, y plantearse como ruptura y, por lo tanto, como agente vacío de la liberalización gracias a su exposición ante los peligros, no cabe más que decir que con Touraine los muertos entierran a los muertos y el sujeto que pretende dar vida, muere, dramáticamente, a manos de él.

3.4 El problema de las absolutizaciones, sea de los sentidos o sea de la razón, el imperio que marcan éstos no puede estar vacío de contenido o de concepto. Así, como “del mismo modo que cuando digo: *todos* los animales, no puedo pretender que este enunciando sea la zoología, resulta fácil comprender que los términos de lo divino, lo absoluto, lo eterno, etc. [la felicidad, la tristeza, la depresión, la angustia, el placer, etc.] no expresan lo que en ellos se contiene y que palabras como éstas expresan realmente la intuición, como lo inmediato” (Hegel, p. 17).

3.5. Y aunque en términos lógicos no supere la condición existencial, el Sujeto de Touraine pareciera que él mismo se salva de las contradicciones del “modelo”, al reconocer que la categoría se introdujo no para defender el mundo vivido contra la acción estratégica, ya que esta introducción es precisamente esto: una estrategia en contra del mercado y la comunidad.

3.6. Ahora bien, como arma discursiva puede formar parte de la ficción, seguramente. Pero debemos prevernos que esto no sea una condición ontológica y, por ende, fundamental. Aunque sirva para favorecer las opiniones del Papa en turno o la vacuidad del mundo y con ello construir el Sujeto vacío, aunque sin el más mínimo pudor a renglón seguido declare que tiene contenido. (Touraine. p. 92). ¿Posibilita esto el regreso del imperio de la Iglesia católica?, pregunto. Aunque nuestro autor pretenda negarlo.

3.7. Ahora que, si en otro lado Touraine se ha pronunciado en contra del esencialismo conviene recordar con Hegel que la esencia se reconoce sólo cuando se ha vuelto *en sí*. Mejor hubiera sido que se pronunciara a favor del esencialismo, pues es evidente que como principio lógico la necesidad de que el sujeto sea el sujeto, es decir, de identidad, responde por igual al principio de contradicción y al del tercer excluso. Es decir, ontológica. Lo que declara la existencia sólo de una necesidad sin saber por qué. Y, no olvidar que una definición no permite que el significante pueda definirse por sí mismo sin implicar su significado, es decir, el concepto.

3.8. Ojalá que el autor aquí analizado no sea uno de aquellos elegidos que menciona Hegel “a quienes Dios infunde en sueños la sabiduría; pero lo que en realidad reciben y dan a luz en su sueño no son, por lo tanto, más que sueños” (Hegel, p.12) en los cuales, efectivamente y en el caso, no se encuentra ni Dios, ni el hombre.

CONSIDERACIONES FINALES

El continuar con la lectura de los textos en el libro *¿Podemos vivir juntos?*, de Alain Touraine, sólo ha venido a incrementar nuestra incompreensión sobre este autor. Su condición de historiador sin duda es manifiestamente buena. Sin embargo, como teórico alimenta más interrogantes que respuestas.

Si de alguna manera queremos realizar una interpretación de este autor, que lo comprenda, debe analizarse una de las premisas centrales de las que parte, a saber: de una división “ontológica” del hombre, es decir, del ser humano, por no referirnos a una antropología dividida. Por un lado, la de la instrumentalidad y, por el otro, la comunidad como fuerzas contrarias que permiten contribuir a esa curiosa “vía dos y media”.

Los estudios sobre la comunidad y comunitarismo son varios. Los de la condición instrumental convocan no sólo a la incompreensión, la duda, sino hasta la sospecha. Es decir, ¿es la anulación en una de las áreas de los valores lo que posibilita la condición amoral y de ahí la fundación de una nueva moral? Y aunque Touraine llega a plantear la necesidad de un Sujeto vacío, necesidad para él estratégica, también refiere al Sujeto como “único principio de construcción de un orden... moral” [Touraine, p. 93].

Aún más, e independiente a una contradicción menos radical a una inconsecuencia intelectual: ¿cómo se plantea la neutralidad o nulidad valorativa en los productos del hombre? Tal es el caso de la Coca-Cola, que cita en su presentación, para no ir más lejos.

La cosificación de una parte de nuestro ser no implica su salida del interés. O bien, por más que se presente semejante funcionalización no elimina a la antropología del consumo y a la demarcación de un bien o servicio, respecto a su valor de uso, más allá de las simples características “físicas” del mismo y su ampliación en un valor de uso social e histórico. De donde se comprende el que la cosificación implique la enajenación y la alineación.

Las cosas sin duda mantienen un espíritu y es el espíritu del hombre. Y aunque todavía al interior si se quiere de la modernidad, es el espíritu que se desdobra al ingresar a la “naturalidad” de los objetos: una silla, por ejemplo, no sólo sirve para sentarse, aunque ésta sea su función primaria. De otra manera el espíritu instrumental resolvería lo mismo sentarse en cual quier otra parte. Una silla pasa a formar parte de nuestro entorno y de nuestra forma de vida. Adquiere una suerte de condición vital. Pero además una silla de determinadas características indica perfectamente el nivel de ingreso de una familia y sus preferencias y gustos. Así, además de cumplir con la función, se convierte en representativo del concepto de belleza y bondad para la persona que los utiliza.

La instrumentalidad es, de hecho, una condición de ciertas cosas, pero también de ciertos momentos. Y se le adjudica presencia en la medida en que ha llegado a tener significación. Ni siquiera el pragmatismo, considerado vulgarmente como instrumental, alcanza su plenitud como forma de expresión social. Pues para poder ser instrumento de algo es necesario tener claro el fin que se quiere alcanzar con semejante instrumento. Es decir, que la condición de medio la define el fin.

Podríamos decir que, tomando otro ejemplo, una pinza sirve para quitar un tornillo y que su función es sólo ésa, quitar el tornillo. El instrumento en cuanto tal sólo puede ser definido por la finalidad que éste tiene. Es la única forma en que reconozco su cualidad. Pero aún más, al poder reconocer la utilidad sólo es posible si es parte de un *estar antes* y *estar después*. Es decir, de un cambio. Y es la única forma en que reconozco el que se realice semejante utilidad: en cuanto tal, la utilidad es un valor. De hecho, como valor primario, se distingue como valor de uso.

Ahora, si la instrumentalidad significa precisamente el concepto de una mentalidad utilitaria, ya no es posible separarla de una cultura y de ahí, de una comunidad de valores que se consideran relativos y equivalenciales, no sólo en términos económicos, sino como parte y forma de una relación social.

A veces no somos capaces de distinguir las necesidades analíticas del pensamiento en torno al devenir que, como bien señala Hegel, acercándose a la idea de sistema, la única verdad es el todo. Reconocer un

instrumento es reconocer un fin: igualmente, el reconocer su función, su utilidad primaria, no es posible separarla de su cualidad. Es decir, de las cosas o características que lo distinguen del resto.

Ahora que si lo que se quiere decir es que este encuentro entre las civilizaciones conduce a situaciones contradictorias, depresivas o hasta esquizofrénicas en el individuo, no lo conducen a vaciarse sino a transformarse.

Sin embargo, esto no niega la legitimidad que tiene el preferir o tener preeminencias culturales. Es decir, de preferir ciertos valores a otros, lo que, por su parte, habría que definir más como programa político que intentar elevarlo a condición antropológica u ontológica. Tampoco la condición de que los conceptos, su sentido y, por tanto, su significación puedan cambiar. Mas de ser así la única condición, elemental para una definición, como mínima condición ontológica del lenguaje es la parmenídica, a saber: la de ser o no ser. Lo que, en términos lógicos, se define en tres principios fundamentales: el principio de contradicción, el principio de identidad y el principio del tercer excluido. En pocas palabras, el de aquello de que no se puede decir de una cosa que es y no es al mismo tiempo, de que A es necesariamente A y de que no hay medio entre dos proposiciones contradictorias. Que por lo demás no implica, por ninguna parte, ningún esencialismo, sino por el contrario, una fenomenología o una forma de manifestarse.

Total, si la falta de definiciones aumentó nuestra incomprensión de un texto, posiblemente se deba a que utilizamos, sin duda, referencias distintas a las del autor. De ser así valga una disculpa por los prejuicios y las preferencias. De lo contrario, es decir, de estar en lo cierto —según entiendo las cosas—, valga por su parte una advertencia un tanto atrevida, a saber: que esperemos que la pérdida sospechosa de los valores no sea la “astuta idea” de introducir todo aquello con lo que estemos en lo personal de acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- Hegel, G. W. F. *Fenomenología del espíritu*. México: FCE, 1987.
Touraine, Alan. *¿Podemos vivir juntos?* México: FCE, 1997.
-



Política editorial de

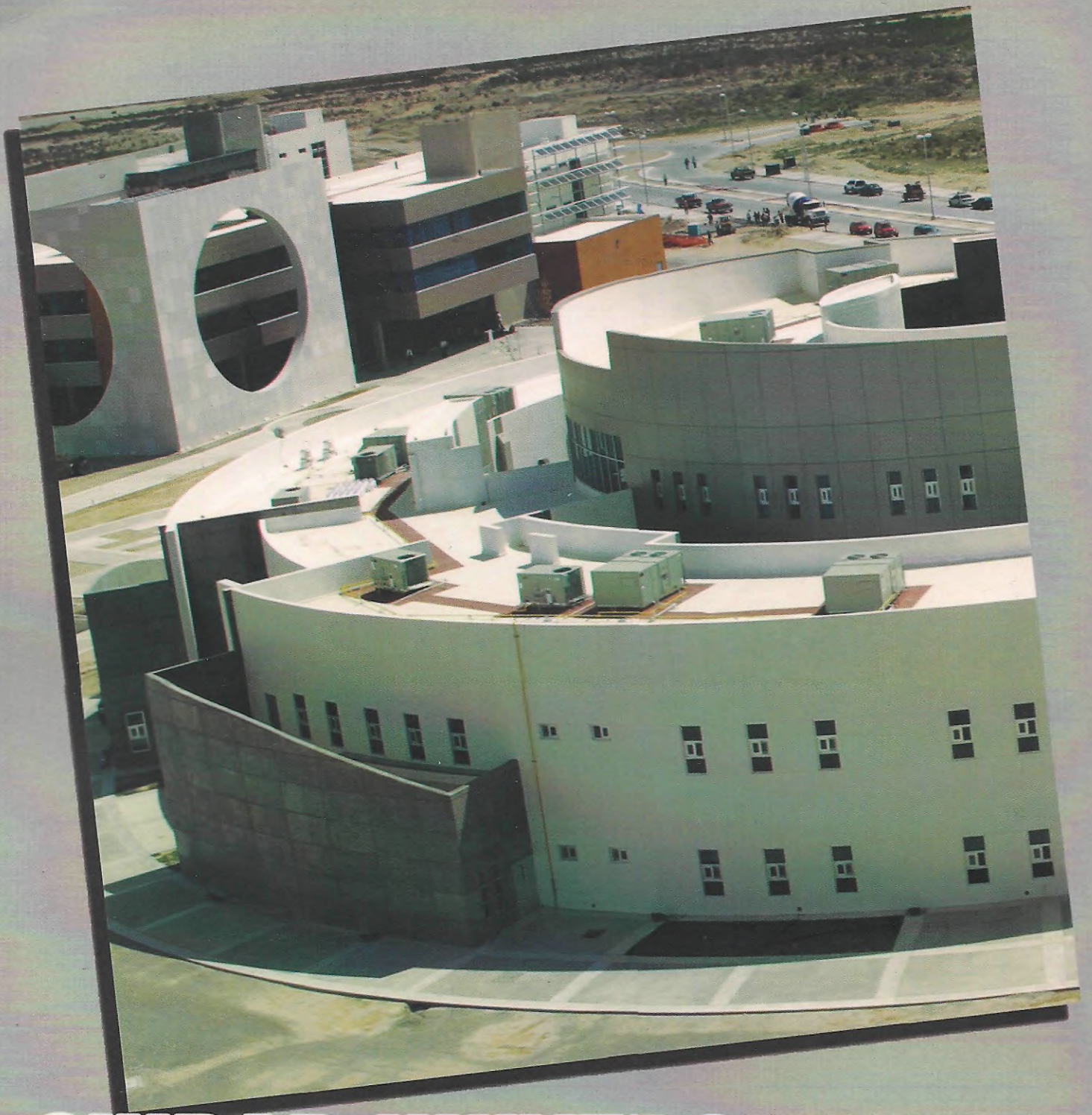
Herística

JURÍDICA

La revista tiene como finalidad difundir el conocimiento jurídico, predominantemente el generado en la UACJ.

REQUISITOS PARA QUE UN TRABAJO PUEDA SER DICTAMINADO PARA SU PUBLICACIÓN:

1. Los trabajos deben ser inéditos.
2. La extensión del trabajo será de mínimo tres y de máximo 25 cuartillas.
3. Los textos deben entregarse en letra arial de 12 puntos.
4. Los trabajos deben entregarse por un medio electrónico (correo o archivo de ese tipo).
5. Los trabajos contendrán:
 - a) Título.
 - b) Subtítulo (si lo hubiere, separado con un punto y seguido del título).
 - c) Nombre completo del autor o coautores.
 - d) Cargo del autor y programa al que está adscrito.
 - e) Las citas textuales deben aparecer entrecomilladas.
 - f) Notas a pie de página:
 - Apellidos del autor.
 - Nombre del autor.
 - Título de la obra en cursivas.
 - Editorial.
 - Lugar de edición.
 - Año de edición.
 - Número de la página.
 - Todo separado con puntos o comas.
6. Los apartados irán numerados o con letras negritas.
7. Si el trabajo contiene imágenes o gráficas, el autor del artículo será el responsable por los derechos de autor de los mismos.
8. El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva del autor o autores y no del comité editorial, ni del director de la revista ni de la universidad.
9. En caso de duda el comité editorial resolverá y su resolución será irrecurrible.
10. Correo electrónico: *hntmicajuridica@hotmail.com*



CIUDAD UNIVERSITARIA,

UNA ASPIRACIÓN CONVERTIDA EN REALIDAD.

HEURÍSTICA
JURÍDICA

ICSA