

AÑO 3, NÚMERO 4 • ENERO - JUNIO 2019

REVISTA

ESPECIALIZADA EN INVESTIGACIÓN

JURÍDICA



Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

Juan Ignacio Camargo Nassar
Rector

Daniel Constandse Cortez
Secretario General

Alonso Morales Muñoz
Director del Instituto de Ciencias Sociales
y Administración

Jesús Meza Vega
Director General de Comunicación Universitaria

Revista Especializada en Investigación Jurídica

EDITORES

Javier Ignacio Camargo Nassar
Wendolyne Nava González

COMITÉ EDITORIAL

Gisselle De la Cruz Hermida
Hugo Camarillo Hinojoza
Gerardo González Rentería
Joaho Acosta López
Rafael Enrique Valenzuela Mendoza
Jesús Abraham Martínez Montoya
Wendolyne Nava González
Javier Ignacio Camargo Nassar

COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR

Diego Barría Traverso
(Universidad de Santiago de Chile)
Rubén Omar Carrizo
(Universidad Nacional de Catamarca, Argentina)
Sergio Díaz Rendón
(Universidad Autónoma de Coahuila)
Rosangela Murcio
(Universidad Nacional Autónoma de México)

GESTOR EDITORIAL

Jorge Antonio Breceda Pérez

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Año 3 - Número 4 - Enero-Junio 2019

Es una publicación semestral arbitrada por pares y editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y Av. Heroico Colegio Militar (zona El Chamizal) s/n, C. P. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 688 38 00, ext. 3656.

Página web: <http://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/about>

Correo electrónico: reij@uacj.mx

Editor responsable: Javier Ignacio Camargo Nassar. Reserva de uso exclusivo No. 04-2017-040309333500-203, ISSN 2448-8739, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dirección General de Comunicación Universitaria, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 688 18 24, ext. 1974. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total de los contenidos e imágenes, siempre y cuando se cite la fuente.

AÑO 3-NÚMERO 4 · ENERO-JUNIO 2019

REVISTA ESPECIALIZADA EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA

ISSN: 2448-8739

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

EDITORIAL

Activos virtuales en la Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera –(primera parte)

JAVIER IGNACIO CAMARGO
NASSAR
ORCID: 0000-0002-2846-7193

6

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Derecho Constitucional Consuetudinario y Acto Constituyente

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

22

Actividades jurídicas realizadas para precisar la línea fronteriza en la zona de El Chamizal

JORGE ALBERTO SILVA SILVA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
CIUDAD JUÁREZ
ORCID: 000-0003-0809-5916

59

¿Es violatorio de la Organización Mundial del Comercio el incremento arancelario de Estados Unidos al acero y aluminio por motivos de seguridad nacional?

JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ
MAGISTRADO PRESIDENTE
DE LA PRIMERA SALA
ESPECIALIZADA EN MATERIA
DE COMERCIO EXTERIOR
DEL TRIBUNAL FEDERAL DE
JUSTICIA ADMINISTRATIVA
ORCID: 0000-0003-0345-2072

82

Reconceptualizacáo do positivismo jurídico: analisis comparativo da heranca comteana no Brasil e direito constitucional francês

MERYL THIEL. SENIOR LECTURER
EN LA UNIVERSIDAD DE KUALA
LUMPUR. INVESTIGADORA
ASOCIADA A SCIENCES PO AIX-
EN-PROVENCE.
ORCID: 0000-0002-6574-6191

101

El derecho a la salud en Venezuela. Una mirada desde el enfoque de los Derechos Humanos

ANDY DEL VALLE DELGADO
BLANCO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE
VENEZUELA
ORCID: 0000-0002-1528-1285

116

**Análisis de las directrices
para la construcción de
tipos penales en México**

XÓCHITL GUADALUPE RANGEL
ROMERO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
SAN LUIS POTOSÍ

ORCID: 0000-0002-0543-2852

LIZZETH ALEJANDRA DÍAZ DE
LEÓN ALFARO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
SAN LUIS POTOSÍ

ORCID: 0000-0002-3089-9104

137

**¿Es la prueba de informes
una prueba documental?**

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ
UNIVERSIDAD NACIONAL

AUTÓNOMA DE MÉXICO

ORCID:0000-0003-2393-3527

156

**Los mecanismos de
exclusión al Derecho a
una vivienda adecuada en
México**

ALEJANDRO DÍAZ PÉREZ
ABOGADO DE LA COMISIÓN
NACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS

ORCID: 000-0003-0160-9355

ISABEL ANAYANSSI ORIZAGA
INZUNZA

ABOGADA DE LA COMISIÓN
NACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS

ORCID: 0000-0002-9227-5495

184

**La disputa por el agua en la legislación
mexicana: bien común o mercancía. Un
vistazo a los decretos privatizantes**

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO
INSTITUTO POLITÉCNICO NACIONAL

ORCID: 0000- 0001-8720-9787

207

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

**José Guillermo Vallarta Plata (Coordinador)
2016. Paradigmas del Derecho
Constitucional en el siglo XXI**

RAFAEL ENRIQUE VALENZUELA MENDOZA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ.

ORCID: 0000-0002-5898-9590

231

Activos virtuales en la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera

Primera Parte

JAVIER IGNACIO CAMARGO NASSAR¹

El nueve de marzo de 2018 se publicó el decreto por el que se expide la *Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera*² (conocida como Ley Fintech), que organiza actividades de tecnología financiera, reforma y adiciona distintas leyes relacionadas con la materia.

Las instituciones de tecnología financiera se caracterizan por el uso de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en la prestación de sus servicios, a diferencia de las instituciones que lo hacen por medios tradicionales (presenciales). El concepto *Fintech* es un acrónimo de las palabras *Financial Technology* (Tecnología Financiera).

De la lectura de esta ley podemos observar que su objeto es regular dos tipos de entidades financieras (financiamiento colectivo y pagos electrónicos) y contiene algunas disposiciones relativas a las operaciones con *activos virtuales*, así como con *modelos novedosos*, por medios informáticos, pero no contiene una reglamentación específica sobre monedas virtuales o criptomonedas, que es lo que considero debería hacer dado el creciente

1 Editor de la Revista Especializa en Investigación Jurídica. Profesor Investigador de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Notario Público en Ciudad Juárez, Chihuahua, México.

2 Dado el carácter técnico de esta Ley, para mayor comprensión, he transcrito en algunos casos el contenido de distintas disposiciones de la Ley.

número de transacciones que a nivel mundial se están realizando y que han generado una gran expectativa entre el público en general, sobre todo por su carácter *especulativo*.

Este fenómeno de especulación a través de monedas virtuales no reguladas es de tal magnitud que el Banco de México y distintas entidades gubernamentales a nivel mundial han publicado advertencias a los usuarios para que se abstengan de realizar este tipo de operaciones. A través de este tipo de monedas, según entidades gubernamentales, se llevan a cabo acciones de carácter ilícito (compraventa de armas o sustancias prohibidas) que ponen en riesgo la estabilidad social. Asimismo, es imposible identificar a las personas que intervienen en este tipo de actos, en virtud de que operan en el anonimato, dentro de sistemas informáticos que no están regulados por ninguna entidad gubernamental. Aun bajo estas circunstancias, la ley que aquí se comenta no contiene un apartado específico al respecto, apenas la Unidad de Inteligencia Financiera establece algunas medidas.

De acuerdo con el contenido de la Ley Fintech, esta se basa en los principios de inclusión e innovación financiera, promoción de la competencia, protección al consumidor, preservación de la estabilidad financiera, prevención de operaciones ilícitas y neutralidad tecnológica. Más que principios propiamente dichos, son conceptos que reflejan la preocupación del Estado en la atención de estos rubros dentro de la economía y de la sociedad, dado el creciente avance de intercambios económicos; compra o venta de bienes o servicios o adquisición de los llamados “activos virtuales” por medios electrónicos. Considero que más apropiadamente la mencionada ley pretende reconocer y regular el intercambio económico a través de procesos de innovación financiera; promover la competencia entre los entes públicos y privados que realizan este tipo de operaciones; proteger a los consumidores que puedan resultar víctimas de engaños por parte de terceros; preservar la estabilidad financiera de las entidades encargadas de prestar estos servicios y de los usuarios, así como prevenir operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Para organizarse y operar como Institución de Tecnología Financiera (ITF) se requiere autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.³

Este tipo de instituciones pueden ser de dos clases:

- a) Institución de financiamiento colectivo o,
- b) Institución de fondos de pago electrónico.

³ La limitante que establece el Artículo 15 de la LRITF, respecto de la necesidad de obtener la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, se refiere solamente para el caso de aquellas actividades que establece el Artículo 16 de la misma ley, es decir, medios de financiamiento, no a la compraventa de activos virtuales.

Veremos a continuación cuál es la función de cada una de ellas.

A. Institución de Financiamiento Colectivo

Estas instituciones, dice la ley, podrán realizar actividades destinadas a interconectar a personas del público en general, para que por medio de la misma institución, los clientes obtengan o proporcionen financiamientos mediante alguna de las siguientes operaciones, que son consideradas actos de comercio:

- a) Financiamiento colectivo de deuda, con el fin de que los inversionistas otorguen préstamos, créditos, mutuos o cualquier otro financiamiento causante de un pasivo directo o contingente a los solicitantes.
- b) Financiamiento colectivo de capital, con el fin de que los inversionistas compren o adquieran títulos representativos del capital social de personas morales que actúen como solicitantes, y
- c) Financiamiento colectivo de copropiedad o regalías, con el fin de que los inversionistas y solicitantes celebren entre ellos asociaciones en participación o cualquier otro tipo de convenio por el cual el inversionista adquiera una parte alícuota o participación en un bien presente o futuro o en los ingresos, utilidades, regalías o pérdidas que se obtengan de la realización de una o más actividades o de los proyectos de un solicitante.

Todos estos mecanismos son medios para obtener recursos y financiamiento bajo esquemas distintos a los tradicionales. Por ejemplo, estas instituciones operan como prestadoras de servicios para obtener recursos a fin de financiar proyectos independientes que buscan aportaciones para su desarrollo. Mediante plataformas electrónicas permiten a sus usuarios registrar proyectos que requieren de financiamiento y después de evaluar su viabilidad se publicita también en forma electrónica y se pone a disposición de cualquier persona interesada en hacer aportaciones, de manera electrónica, a cambio de un incentivo económico o participación en el desarrollo del proyecto (*Startup o crowdfunding*).

Veremos entonces la posibilidad, de acuerdo con esta ley, de celebrar en general contratos de crédito, de naturaleza civil o mercantil, inversión en el capital de empresas o contratos de asociación en participación, en los que la institución de financiamiento colectivo actúa como intermediaria. La función de esta consiste en establecer la comunicación por medios electrónicos de los inversionistas y solicitantes de los recursos. Para los efectos de esta ley, se considera 'inversionistas' a aquellas personas físicas o morales que aporten

recursos a los solicitantes, y ‘solicitantes’ a las personas físicas o morales que hubieren requerido tales recursos.

Lo significativo de estas operaciones es que serán realizadas a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier otro medio de comunicación electrónica o digital.

La ley establece a cargo de las instituciones de financiamiento colectivo diversas obligaciones, entre las que se encuentran “proporcionar a los clientes los medios necesarios para lograr la formalización de las operaciones”, sin especificar con claridad la forma que se dará a estos actos jurídicos, pero debemos suponer que será por medios electrónicos, *salvo los casos en que se constituyan garantías que conforme al derecho común o la legislación mercantil deban constar por escrito o bien, otorgarse ante la autoridad del notario público.*

De acuerdo con el Artículo 16 de la ley, los actos jurídicos que se realicen para la celebración de las operaciones a que se refiere ese artículo (financiamiento colectivo) se reputarán actos de comercio, y por eso deben ser regulados conforme a la legislación mercantil.

Debemos tener presente que el Código de Comercio permite la celebración de actos jurídicos por medios electrónicos, por lo que no resulta extraño que algunas de estas operaciones de crédito, incluyendo contratos de crédito o asociación en participación, sean plenamente válidos cuando son celebrados por medios electrónicos.⁴

Recordemos que el Artículo 93 de Código de Comercio establece la posibilidad de cumplir con el requisito de la forma escrita y la firma de un documento, siempre que se cumpla con tres requisitos: (1) Que la información del mensaje de datos se mantenga íntegra; (2) accesible para posterior consulta; (3) atribuible a las partes,⁵ y este objetivo puede lograrse con el uso de la firma electrónica avanzada que todos conocemos.

Del artículo 19 de la Ley se desprende el carácter de intermediarias de las instituciones de financiamiento colectivo para interconectar a los solicitantes y inversionistas, pues establece que podrán llevar a cabo únicamente las siguientes actividades:

4 Para mayor información vea: Camargo Nassar, Javier Ignacio, *Actos jurídicos celebrados por medios electrónicos y su valor judicial*, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2016.

5 Artículo 93. Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que este sea atribuible a dichas partes.

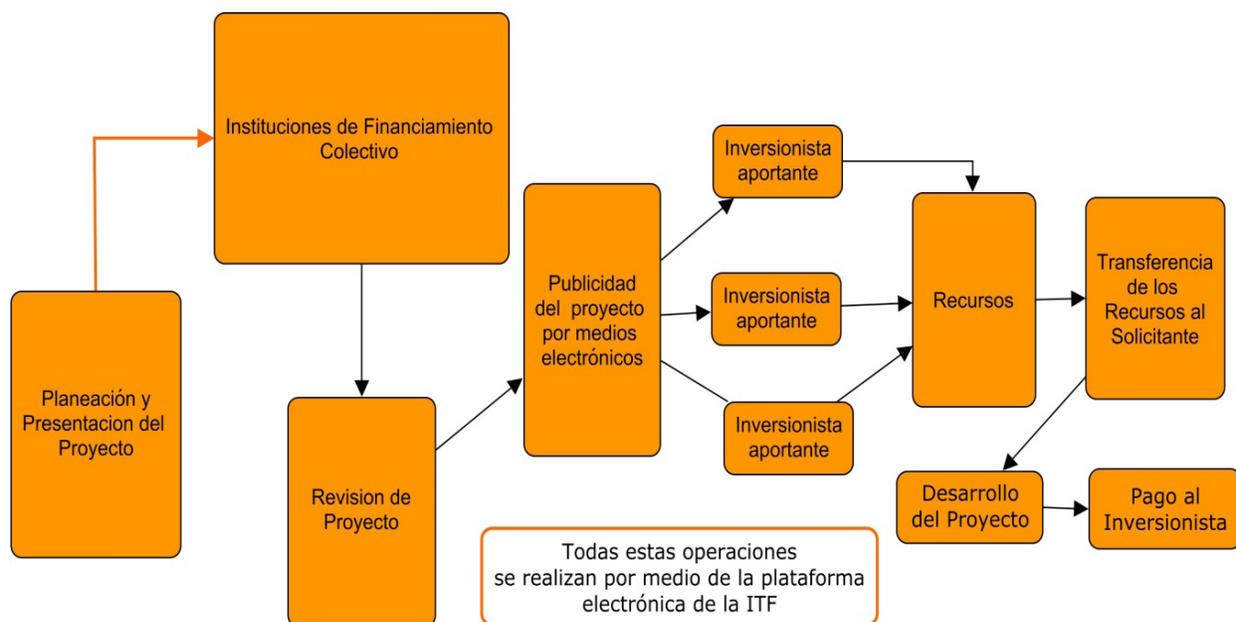
- I. Recibir y publicar las solicitudes de Operaciones de financiamiento colectivo de los solicitantes y sus proyectos
- II. Facilitar que los potenciales inversionistas conozcan las características de las solicitudes de Operaciones de financiamiento colectivo de los solicitantes y sus proyectos.
- III. Habilitar y permitir el uso de canales de comunicación electrónicos mediante los cuales los inversionistas y solicitantes puedan relacionarse.

Todas estas actividades se realizan a través de la interfaz, página de internet o medio de comunicación electrónica o digital.

- IV. Obtener préstamos y créditos de cualquier persona, nacional o extranjera, destinados al cumplimiento de su objeto social.

Las operaciones se harán en moneda nacional —bajo las condiciones que establezca el Banco de México—, en moneda extranjera o con *activos virtuales*.

Figura 1. Financiamiento Colectivo



B. Instituciones de Fondos de Pago Electrónico

Las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico realizan de manera habitual y profesional la emisión, administración, redención y transmisión de fondos de pago electrónico a tra-

vés de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier otro medio de comunicación electrónica o digital. (Artículo 22)

Para prestar sus servicios las instituciones fondos de pagos electrónicos podrán realizar los siguientes actos:

1. Abrir y llevar una o más cuentas de fondos de pago electrónico por cada cliente, en las que se realicen registros de abonos equivalentes a la cantidad de fondos de pago electrónico emitidos contra la recepción de una cantidad de dinero, en moneda nacional o extranjera, *o de activos virtuales determinados*;
2. Realizar transferencias de fondos de pago electrónico entre sus clientes mediante los respectivos abonos y cargos en las correspondientes cuentas a que se refiere la fracción anterior.
3. Realizar transferencias de determinadas cantidades de dinero en moneda nacional, extranjera o de *activos virtuales*, mediante los respectivos abonos y cargos en las cuentas a que se refiere la fracción primera, entre sus clientes y aquellos de otra institución de fondos de pago electrónico, así como cuentahabientes o usuarios de otras entidades financieras o de entidades extranjeras facultadas para realizar operaciones similares.
4. Entregar una cantidad de dinero o *activos virtuales* equivalentes a la misma cantidad de fondos de pago electrónico en una cuenta de fondos de pago electrónico, mediante el respectivo cargo en dicha cuenta.

La función principal de estas instituciones es permitir el pago de obligaciones y transferencia de dinero por medios electrónicos (Internet) no bancarios tales como las que actualmente conocemos (PayPal, Oxxo, etcétera).

Entre las novedades interesantes que encontramos en la regulación de esta ley, es la posibilidad de que este tipo de instituciones realicen operaciones con *activos virtuales*.

C. Activos y monedas virtuales. Marco teórico legal

El tema central para el análisis de la ley que contiene este artículo, se basa en “los activos virtuales”, incluyendo las monedas virtuales, y para este propósito veremos las disposiciones legales que regulan estos conceptos.

El artículo 31 de la ley en el apartado relativo a los Activos Virtuales establece la posibilidad de que las ITE, sin distinción, adicionalmente a las actividades especificadas, realicen operaciones de compraventa o enajenación de activos virtuales. Al Banco de México co-

rrresponde definir las características de tales activos, así como las condiciones y restricciones de las operaciones y demás actos que se pueden realizar con dichos activos

Para operaciones con los activos virtuales, las ITF deberán contar con la previa autorización del Banco de México. Las instituciones de crédito también podrán realizar operaciones con activos virtuales, previa autorización del Banco de México. Ambas entidades solo podrán operar con los activos virtuales que sean determinados por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general.

Veremos ahora qué se entiende por *activos y monedas virtuales* de acuerdo con las disposiciones a las que meas adelante me refiero:

La Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera (LRITF), en el Artículo 30 y la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI), según la reforma al Artículo 17, fracción XVI, (publicada el 9 de marzo de 2018 en vigor el 10 de septiembre de 2019) establecen el concepto legal de un activo virtual de la siguiente manera:

Para los efectos de la presente Ley, se *considera activo virtual la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago* para todo tipo de actos jurídicos y *cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos*. En ningún caso se entenderá como activo virtual la moneda de curso legal en territorio nacional, las divisas ni cualquier otro activo denominado en moneda de curso legal o en divisas.

Aquí encontramos un elemento importante distintivo de los activos virtuales que debemos destacar: se trata de la *representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago*, pero no se considera como tal las monedas de curso legal en México (pesos mexicanos), ni otro tipo de divisas (dólares o euros), es decir, no se trata de lo que comúnmente conocemos como “dinero”. ¿Entonces qué es un activo virtual? La respuesta es un poco más confusa: se trata de un activo digital especulativo.

La LRITF no contiene una definición de “monedas virtuales”, sin embargo, es necesario conocerla para establecer si existe alguna diferencia entre este concepto y el activo virtual.

El Grupo de Acción Financiera (GAFI), que es un ente intergubernamental que desarrolla y promueve políticas, entre otras cosas, para proteger el sistema financiero global contra el lavado de activos, define las monedas virtuales de la siguiente manera:

Moneda virtual es una *representación digital de valor que puede ser comerciada digitalmente* y funciona como (1) un medio de cambio;⁶ y/o (2) una unidad de cuenta;⁷ y/o (3) un depósito de valor,⁸ pero no tiene curso legal (es decir, cuando se ofrece a un acreedor, es una oferta válida y legal de pago) (sic) en ninguna jurisdicción. No es emitida ni garantizada por cualquier jurisdicción y cumple con las funciones anteriores solo por acuerdo dentro de la comunidad de usuarios de la moneda virtual.”

Aquí encontramos nuevamente un elemento importante distintivo de las monedas virtuales: tampoco se trata de monedas de curso legal ni divisas.

Como apreciamos, según lo apuntado, podemos establecer la siguiente diferencia entre ambos conceptos: el activo virtual es la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público *como medio de pago* para todo tipo de actos jurídicos y *cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos*, en tanto que la moneda virtual es una *representación digital de valor que puede ser comerciada digitalmente* y funciona como (1) un medio de cambio; (2) una unidad de cuenta; (3) un depósito de valor, es decir, se establece la posibilidad de que la moneda virtual tenga diversas funciones, no solamente un medio de pago para cumplir obligaciones derivadas de un acto jurídico como el activo virtual.

La Unidad de Inteligencia Financiera en México reconoció la existencia de los intercambios comerciales con este tipo de moneda y en su página de Internet, en la Sección de Noticias y/o Comunicados,⁹ desde septiembre de 2015 incluyó la prohibición señalada en el Artículo 32 de la LFPIORPI para dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones (sin especificar monto, lo que parece ser una medida preventiva en tanto entra en vigor la reforma a que adelante me refiero) *mediante activos virtuales*, en los supuestos señalados en dicho artículo, tales como constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, vehículos, metales preciosos, etcétera.

A contrario sensu, podemos considerar que sí es posible realizar operaciones para la adquisición de bienes o servicios distintos de los enunciados en el Artículo 32 utilizando acti-

6 Medio de cambio, significa que con este tipo de monedas es posible realizar transacciones comerciales para la venta y adquisición de bienes y servicios.

7 Unidad de Cuenta, significa que es una referencia reconocida para establecer el precio de los bienes y servicios que se intercambian en la economía.

8 Depósito de valor, significa que este tipo de monedas es un medio que permite conservar determinado valor económico de manera que sea posible adquirir dentro de un plazo determinado los mismos bienes o servicios que se pueden adquirir ahora con tales recursos. También se refiere a la entrega a una entidad financiera para su administración y custodia.

9 <https://sppld.sat.gob.mx/pld/interiores/noticias.html#diesciocho> (Consulta: 24/06/2018).

vos virtuales. Aquí encontramos un elemento que debe ser considerado para establecer la legalidad de las operaciones a que me refiero en este apartado, siempre que sean distintas a las señaladas en el Artículo 32 citado.

Para tales efectos, la UIF considera activo virtual, en singular o plural:

... al conjunto de datos almacenados en medios informáticos susceptibles de transmitirse electrónicamente que, sin ser moneda de curso legal en jurisdicción alguna, se utilizan como medio de cambio o unidad de cuenta para realizar operaciones de tipo comercial o económico o, en su caso, efectuar pagos.

Por otra parte, el 9 de marzo de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma al Artículo 17, fracción XVI de la LFPIORPI, en vigor el 10 de septiembre de 2019, que considera como *Actividades Vulnerables* y, por tanto, objeto de identificación y en algunos casos de Aviso, en los términos del Artículo 18 de la misma ley, las que a continuación se enlistan:

XVI. El ofrecimiento habitual y profesional de *intercambio de activos virtuales por parte de sujetos distintos a las Entidades Financieras*, (sin especificar monto) que se lleven a cabo a través de plataformas electrónicas, digitales o similares, que administren u operen, facilitando o realizando operaciones de compra o venta de dichos activos propiedad de sus clientes o bien, provean medios para custodiar, almacenar, o transferir activos virtuales *distintos a los reconocidos* por el Banco de México en términos de la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera.

En este Decreto se establece además que serán *objeto de Aviso* aquellas operaciones de compra o venta por una cantidad igual o superior al equivalente a seiscientos cuarenta y cinco UMA (equivalente a \$51 978.00 moneda nacional), agregando que la Secretaría de Hacienda podrá determinar mediante disposiciones de carácter general, los casos y condiciones en que las actividades sujetas a supervisión no deban ser objeto de Aviso, *siempre que hayan sido realizadas por conducto del sistema financiero*.

En esta disposición implícitamente se reconoce la posibilidad de realizar operaciones con activos virtuales *distintos a los reconocidos* por el Banco de México y *por parte de sujetos distintos a las Entidades Financieras*, pues las considera como Actividad Vulnerable sujeta de identificación y Aviso cuando rebase el monto establecido (645 UMA) en los términos, dice, de lo que establece la LRITF. En esta última ley, no encuentro ninguna disposición

que prohíba a los particulares realizar operaciones de compraventa de activos virtuales o criptomonedas, pues solamente establece la prohibición de realizar las operaciones que se mencionan en la misma sin contar con la debida autorización, es decir, financiamiento colectivo y sistema de pagos electrónicos. Por lo que se refiere a los activos virtuales, establece que las ITF *podrán realizar* operaciones con esta clase de activos, pero no parece ser limitativo de este tipo de entidades.

En el mismo sentido, la LRITF establece que las Instituciones de Tecnología Financiera solamente podrán operar con los activos virtuales que sean autorizados por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general y que para ello deberán contar con autorización previa del Banco de México, agregando que únicamente recibirán recursos de sus Clientes que provengan directamente de cuentas de depósito de dinero abiertas en una Entidad Financiera autorizada para recibir dichos depósitos, es decir, que no pueden recibir dinero en efectivo para realizar este tipo de operaciones.

Este tipo de activos virtuales, a diferencias de las criptomonedas como Bitcoin, Litecoin, Ethereum que conocemos,¹⁰ y no se encuentran reguladas por ninguna institución gubernamental, tienen una característica especial: las ITF que los operen deben entregar a sus clientes el monto en moneda nacional correspondiente al pago recibido de la enajenación de los activos virtuales que corresponda, es decir, el valor de los activos virtuales debe ser cubierto en moneda nacional cuando lo solicite el interesado.

De esta manera, si bien la ley reconoce la existencia de los activos virtuales y la posibilidad de realizar a través de ellos actos de comercio, no contempla el gran número de operaciones “alternas” que se realicen a través de activos virtuales y las criptomonedas distintos a las que regula el Banco de México.

D. Modelos novedosos y otras disposiciones

La ley a que me he referido contempla la posibilidad de que se conceda autorización por las autoridades financieras, tanto a los particulares como a las Entidades Financieras, ITF o demás personas sujetas a su supervisión, para operar con *modelos novedosos* a los cuales define como aquellos que para la prestación de servicios financieros utilicen herramientas o medios tecnológicos con modalidades distintas a las existentes en el mercado al momento en que se otorgue la autorización temporal en términos de esta ley. Para ese objetivo, propuso la creación del Grupo de Innovación Financiera, que es la instancia que tiene por objeto establecer un espacio de intercambio de opiniones, ideas y conocimiento

¹⁰ Según el Banco Central Europeo, moneda virtual es “un tipo de dinero digital no regulado, el cual es emitido y generalmente controlado por sus desarrolladores, y usado y aceptado entre los miembros de una determinada comunidad virtual”.

entre los sectores público y privado para conocer innovaciones en materia de tecnología financiera y planear su desarrollo y regulación ordenados.

Finalmente, contiene un sinnúmero de disposiciones de carácter administrativo relativas a la operación de las instituciones de tecnología, así como un amplio catálogo de sanciones y de conductas consideradas como delito, tanto para resguardar el patrimonio de estas entidades como el de los particulares.

E. Definición de conceptos

Como podemos observar, existe una gran confusión sobre diversos conceptos, dado que unos y otros son utilizados en forma indistinta. Ahora trataré de establecer una definición para cada uno de ellos, la cual servirá al menos para clarificar un poco el contenido de este artículo:

1. Moneda o dinero digital, es en general, cualquier medio de intercambio monetario o económico por un medio electrónico. Se refiere a una representación digital de cualquier moneda virtual (no regulada) o de dinero electrónico (de curso legal). Cuando pago o enviamos unidades de valor sin intercambiar físicamente monedas o billetes, se utiliza dinero digital.
2. Dinero electrónico, es una representación digital del dinero utilizado para transferir electrónicamente un valor representado en moneda de curso legal. Cuando pagamos una obligación transfiriendo dinero de curso legal de una cuenta bancaria a otra, o depositamos a un tercero para que a su vez trasfiera a una persona su importe, se hace utilizando dinero electrónico.
3. Activos virtuales. Es un conjunto de datos almacenados en medios informáticos susceptibles de transmitirse electrónicamente que, *sin ser moneda de curso legal* se utilizan como medio de cambio o unidad de cuenta para realizar operaciones de tipo comercial o económico o, en su caso, efectuar pagos. (UFI) Es decir, cualquier bien almacenado electrónicamente, económicamente aceptado como medio de pago, sin ser moneda de curso legal, es un activo virtual.

El activo virtual es el género, y tiene diversas especies, como el Bitcoin, el Éter (Ethereum) y Litecoin en su acepción de criptomonedas, así como cualquier otro instrumento de pago reconocido por un determinado grupo de personas, almacenado electrónicamente y que solamente pueda ser transferido por ese medio.

Un grupo determinado de personas puede crear algún activo virtual, si entre ellas reconocen como medio de pago el contenido electrónico de un mensaje de datos distinto

a la moneda de curso legal. Esto dependerá del valor que ese grupo asigne a ese bien intangible, para ser utilizado como unidad de cuenta. Los activos virtuales pueden ser regulados o no regulados.

4. Moneda virtual, es una especie de activo virtual, se trata de la representación digital de un valor que no existe físicamente y solo puede ser comercializado digitalmente. A diferencia del activo virtual, funciona como medio de cambio; y/o unidad de cuenta; y/o (3) depósito de valor, pero no tiene curso legal. Ningún país o entidad emite o garantiza estas monedas y cumple con las funciones mencionadas por común acuerdo de la comunidad de sus usuarios.

Pueden utilizar distintos mecanismos para su operación. De ahí que existan las criptomonedas, que son una especie de moneda virtual, que se caracterizan por el sistema criptográfico que utilizan para garantizar su seguridad. Puede existir otro tipo de monedas virtuales que no utilicen sistemas criptográficos, y entonces pertenecen a otra clasificación.

5. Criptomonedas, las criptomonedas o criptodivisas son monedas virtuales (por lo tanto no reguladas) *que se caracterizan porque utilizan cifrado digital para su operación*. Estas monedas digitales utilizan criptografía de claves públicas y privadas. Ejemplos: Bitcoin,¹¹ Éter (Ethereum) y Litecoin.
6. Blockchain (cadena de bloques). Las transacciones de compraventa de criptomonedas como Bitcoin,¹² se basan en un sistema informático denominado Blockchain (cadena de bloques) para garantizar su seguridad. El sistema a su vez opera a través de una función informática conocida como Función Hash, que permite identificar la autenticidad de cada una de las operaciones realizadas.

Este programa o plataforma electrónica (Blockchain) es la que se encarga de garantizar la eficacia de las operaciones que se realizan con criptomonedas por medios electrónicos. Se considera altamente seguro, porque es un sistema abierto en el que participan todos los usuarios (no pertenece a una entidad específica). No es privativo de este tipo de operaciones comerciales, puesto que puede ser utilizado para garantizar la autenticidad de cualquier acto u operación celebrada por medios electrónicos.

11 Una referencia del valor económico especulativo de esta moneda virtual es la siguiente: En diciembre de 2017 alcanzó un valor de \$ 19,500.00 Dólares, (tipo de cambio peso dólar = \$ 19.00 m.n.) en junio de 2018 estuvo por debajo de los \$6,000.00 dólares (tipo de cambio peso dólar = \$ 19.66 m.n.) Representa una pérdida económica del 64.10% (-\$ 12,500.00 Dólares)

12 El 3 de enero de 2018 se realizaron 425,000 operaciones con este tipo de monedas. El promedio durante este año ha sido de 200,000 operaciones diarias.

La autenticidad de las operaciones realizadas mediante esta plataforma electrónica queda respaldada por la aprobación de todas las personas involucradas en un acto determinado.

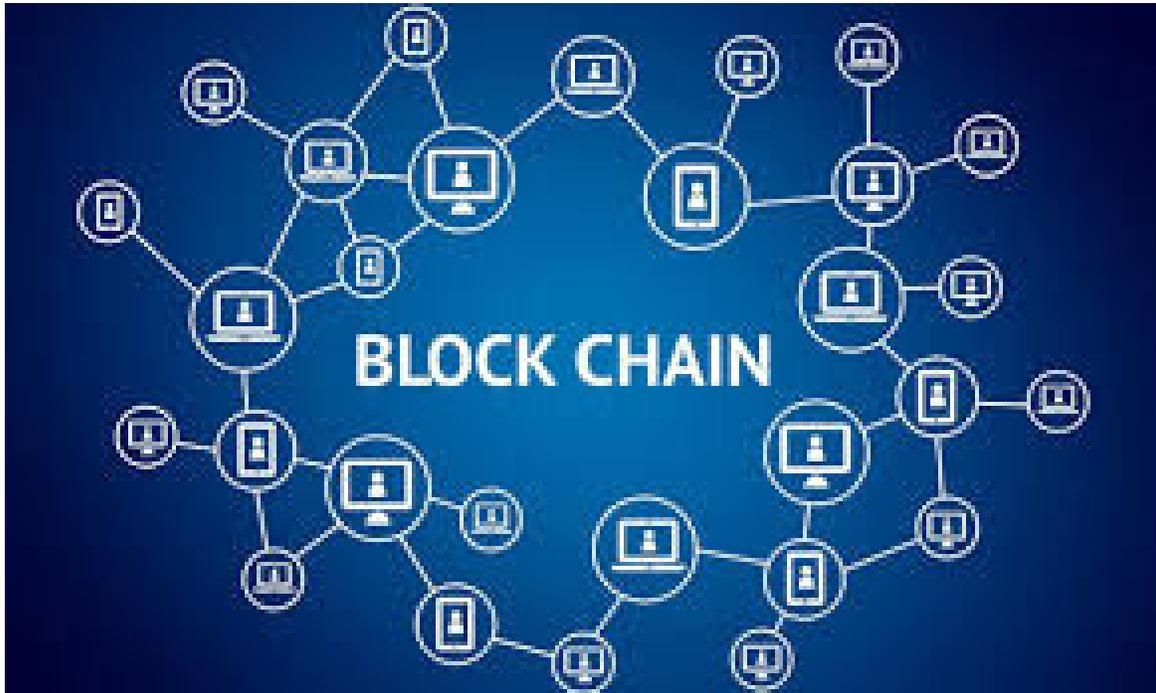
Una explicación muy elemental de la forma como funciona, sin mayores pretensiones que la de tener una breve idea de su operación, es la siguiente:

El sistema requiere en principio establecer los siguientes elementos: elaborar el registro compartido para realizar operaciones o transacciones (conocido como ledger o libro mayor) que es la referencia a partir de la que se revisan todas las operaciones; la aceptación de los usuarios para que sean verificadas esas operaciones; determinar las reglas para el funcionamiento de las operaciones y el uso de un sistema criptográfico. Cada usuario que ingresa al sistema forma un “bloque” (por eso se denomina cadena de bloques) que se encuentra a su vez conectado entre sí con el resto de los bloques que operan en el sistema y por medio de la función hash obtiene un número de identificación, derivado de aplicar al contenido del bloque un resultado alfanumérico que lo identifica en razón de su contenido. Si el contenido del bloque se altera, entonces cambia el número de identificación alfanumérico. Cada vez que se genera un nuevo bloque, a éste se agrega el número de identificación que corresponde al anterior y así sucesivamente, de manera que para alterar el contenido de un bloque es necesario alterar el contenido de todos los anteriores, lo cual resulta prácticamente imposible dado el número de bloques que participan en la operación.

Cada usuario recibe en su dirección electrónica información sobre los diferentes bloques y su balance, (por eso se asemeja a un libro mayor de contabilidad) así como la cadena de bloques para comprobar su autenticidad y esto le permite verificar cada una de las operaciones que se realizan en el sistema. Cada una de las operaciones que se realizan en cada uno de esos bloques, son a su vez supervisadas y autorizadas por el resto de los participantes, por lo que no requiere de una autoridad central que los apruebe.

Es un sistema parecido a las operaciones que se realizan en el sistema bancario: cuando se envía una transferencia electrónica de dinero, el sistema informático del banco verifica que contemos con fondos suficientes para hacerlo y si es así, aprueba la transferencia solicitada, enviando de una cuenta a otra el importe solicitado, haciendo la operación de cargo y abono en cada una. Esto se hace también por medios informáticos, no hay una persona que físicamente revise nuestra cuenta y apruebe la operación. La diferencia consiste en que en el caso a que se refiere el párrafo anterior, son los propios usuarios, mediante una red abierta, interconectada, los que aprueban la opera-

ción, y en el último caso, es la institución de crédito la que actúa como autoridad para validar la transacción.



F. Una consideración final

Antes de concluir este breve artículo quiero hacer una consideración sobre las disposiciones legales antes apuntadas que establecen que *en ningún caso se entenderá como activo virtual la moneda de curso legal en territorio nacional, las divisas ni cualquier otro activo denominado en moneda de curso legal o en divisa* (lo que comúnmente conocemos como dinero) a pesar de que reconocen que pueden ser utilizados como *medio de pago para todo tipo de actos jurídico* y aquellas que en su definición hacen referencia al concepto de dinero.

Analicemos por ejemplo el caso del contrato de compraventa. De acuerdo con el Código Civil del Estado de Chihuahua, este contrato se define de la siguiente manera:

Artículo 2132. Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos *un precio cierto y en dinero*.

Entonces, en el caso de que adquiera un bien y cubra el precio a través de activos virtuales o monedas virtuales ¿Cuál será la naturaleza de este contrato? Se tratará entonces de una “permuta” y no de una compraventa porque el precio no se ha cubierto en dinero.

Otro ejemplo interesante es el que contempla la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando hace referencia al contrato de Apertura de Crédito, que se define de la siguiente manera:

Artículo 291. En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una *suma de dinero* a disposición del acreditado ... quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga ...”.

Será entonces que no pueden celebrarse contratos de apertura de crédito sobre activos virtuales, o bien, que tenemos dos opciones: iniciar a considerar a los activos y monedas virtuales como *dinero* o modificar el concepto de algunos contratos como los que he mencionado y de tantas otras disposiciones legales que hacen referencia a este concepto, para incluir los *activos virtuales*. Diríamos entonces: “Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos *un precio cierto y en dinero* o en *activos virtuales*”.

En el caso del mutuo, cuya definición según el Código Civil del Estado de Chihuahua es la siguiente, también encontramos el concepto *dinero*:

Artículo 2280. El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una *suma de dinero o de otras cosas fungibles* al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Aquí la respuesta la encontramos en la posibilidad de que este contrato aparte de dinero pueda versar sobre “*otras cosas fungibles*” y para el caso considero que los activos virtuales pueden ser considerados desde luego como bienes fungibles.

Con esto doy por terminada la primera parte de este artículo.

La razón por la que este artículo ha sido dividido en dos partes, es debido a que si bien se publicó la Ley que Regula a las Instituciones de Tecnología Financiera, la propia ley contiene en sus artículos transitorios una serie de disposiciones y lineamientos que deben

ser emitidos por el Banco de México o la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para el funcionamiento de estas Instituciones.

Una vez que se publiquen trataré de concluir este discreto estudio.

SUMARIO: I. La legislación ‘constitucional’ y su eficacia. II. La ineficacia y sus consecuencias. III. La validez de la constitución. IV. El establecimiento del órgano constituyente *Grundnorm* y “pacto social”. V. Los dioses y el gobierno de los hombres. VI. El advenimiento de no/moj. VII. El significado de no&moj. VIII. Fu/sij vs. no&moj. IX. Homo mensura y el desvanecimiento de los dioses. X. La asunción del “estado de naturaleza” y del “pacto social”. XI. Los clásicos modernos. XII. La policitación³ de determinado orden jurídico. XIII. El carácter consuetudinario del procedimiento. XIV. Quasi historia. XV. Creación regular o irregular. XVI. La modificación constitucional contra legem. XVII. Los elementos persistentes en estos procedimientos. XVIII. Referencias.

Resumen

Este es el capítulo de un trabajo más ambicioso, me propongo señalar de qué manera el proceso consuetudinario de creación de normas afecta el establecimiento, modificación o sustitución de la constitución (y, en general, de cualquier legislación), con objeto de determinar el papel que juegan la *consuetudo* y la efi-

1 Parte de lo que aquí expongo apareció en mi artículo “El derecho consuetudinario y la constitución”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (Ed.), *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977; y en el capítulo XI: *El establecimiento de la constitución* de mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, México, *cit.*, pp. 269- 292. *Vid. etiam*: Orozco Henríquez, J. Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.

2 Profesor investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correspondencia: Circuito Mario de la Cueva s/n, Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Del. Coyoacán, 04510, México, Ciudad de México. Correo electrónico: irnerius@mx.inter.net.

3 Del latín *pollicitatio* (-onis): “Promesa que no ha sido aceptada todavía”. Cf.: *Diccionario de la Lengua Española*, edición digital, Planeta, 2017.

cacia en estos procesos. En otras palabras, intento probar de forma plausible cómo se establece una constitución (material) y cuáles son las relaciones que guarda con el documento denominado: “constitución escrita”.

Palabras clave: Proceso consuetudinario, creación de normas, constitución escrita, constitución escrita.

Constitutional consumer right and constituent act

Abstract

This is the chapter of a more ambitious work, I intend to point out how the customary process of creating standards affects the establishment, modification or substitution of the constitution (and, in general, of any legislation), in order to determine the role who play consuetudo and effectiveness in these processes. In other words, I try to prove plausibly how a constitution is established (material) and what are the relationships it has with the document called: “written constitution”.

Keywords: Customary process, creation of standards, written constitution, written constitution.

I. La “legislación constitucional” y su eficacia

Por legislación constitucional se entiende la constitución escrita o parte de ella (excluyendo las declaraciones jurídicamente irrelevantes). Pues bien, la así llamada

legislación constitucional padece de los mismos problemas que enfrenta la legislación ordinaria,⁴ concretamente en lo que a su eficacia respecta.⁵ ¿Qué efecto producen los predicados de eficaz o ineficaz aplicados, correctamente, a la legislación constitucional?

Si partimos de la idea de que eficaz quiere decir conformidad del comportamiento con lo prescrito por una norma, entonces una legislación es eficaz si la conducta de los destinatarios se conforma con lo prescrito, por el texto legislativo, *i.e.*, si observan o aplican (ejecutan). Por lo contrario, una legislación no es eficaz cuando lo prescrito en la legislación no es observado ni aplicado (ejecutado). Haciendo caso omiso de situaciones límite, se puede sostener que el texto legislativo que no es observado ni aplicado (ejecutado) por nadie, en ningún lugar, por un tiempo prolongado, pierde su validez: deja de ser norma.⁶

¿Qué ocurre a la desaparición de la legislación por desuetudo (*i.e.*, ineficacia)? Necesariamente se produce un cambio en

4 A este respecto es necesario insistir en que la relación que existe entre una disposición y los actos que la aplican, es exactamente igual a la que ocurre en cualquier otro momento del de la creación sucesiva del orden jurídico.

5 “...*quae ipsa [iura] sibi quaque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu...*” (*Inst. Just.*, 1, 2, 11 “... *ut leges non solum sufragio leges latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*” D. 1, 3, 32, 1 *in fine*).

6 *Vid.*: Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 10; (*Id. Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 24. *Vid. etiam: Id., General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 119; (*Id. Teoría general del derecho y del Estado*).

el orden jurídico (originando un nuevo orden “jurídico momentáneo”); en otras palabras: el orden jurídico momentáneo anterior es sustituido por uno posterior. Como expresa la célebre máxima: *Lex posterior derogat priora*.

Quizás sea oportuno abundar sobre la distinción, mencionada anteriormente, entre orden jurídico, propiamente dicho y un orden jurídico momentáneo. Por orden jurídico momentáneo entiendo “un subsistema del orden jurídico total”. Para cada orden jurídico momentáneo existe necesariamente un orden jurídico (total) que lo comprende. En tanto el orden jurídico momentáneo son actos de creación y aplicación (ejecución) de normas, no existe un orden jurídico que no contenga un sistema jurídico momentáneo. El derecho es, insisto, un continuo de actos de creación y aplicación (ejecución) de normas, actos que son condición de su existencia. No existen órdenes jurídicos que sin que hayan sido puestos por actos de creación y seguidos u observados por actos de aplicación (ejecución).

La continuidad de un orden jurídico reside en el proceso de sustitución de un orden jurídico momentáneo a otro; proceso que no es más que el *continuum* de actos de creación y aplicación (ejecución) de sus normas.

¿Cuál es el derecho que existe cuando una legislación ha dejado de ser eficaz? ¿Cómo se puede determinar? Es claro que el derecho que emerge después de que una legislación deja de ser eficaz (por *desuetudo*) tiene que haber sido puesto (creado) por un procedimiento consuetudinario *contra legem*.

II. La ineficacia y sus consecuencias

Sobre el particular pueden señalarse dos diferentes situaciones: la ineficacia indirecta y la ineficacia directa.

a. Ineficacia indirecta

Si tenemos en cuenta que una legislación pertenece, a un orden jurídico, entonces resulta que una legislación es tal si, y solo si, el orden jurídico al cual dicha legislación pertenece, efectivamente existe. Esto, *ab obvo*, se aplica también a la legislación constitucional. En efecto, es condición de validez de la legislación constitucional que el orden jurídico que propone exista efectivamente, que sea un orden jurídico histórico, del cual tal constitución es, efectivamente, su primer acto de creación.

Una legislación constitucional (constitución escrita) es materialmente constitucional, constitución, propiamente dicha (*i.e.*, conjunto de normas que establece el primer acto creador de un orden jurídico), si el orden jurídico que propone se aplica y existe históricamente. En el resto de este trabajo voy a asumir que la legislación constitucional es, o pretende ser, constitucional en sentido material. De esta manera, si no existe un orden jurídico que la observe o aplique (ejecute), *i.e.*, si no existe un orden jurídico creado de conformidad con las facultades que confiere la legislación constitucional, entonces dicha legislación no será sino un texto, una hoja de papel (con mayor o menor relevancia política); su función normativa desaparece, ¿qué hay entonces?

b. Ineficacia directa

Existe ineficacia parcial si parte de la constitución escrita (una o varias disposiciones “constitucionales”) no es seguida u observada por los destinatarios ni hecha efectiva por los órganos de aplicación. Si este es el caso deja de ser eficaz (o nunca lo fue).

La pérdida de la eficacia puede ser referida solo a ciertas disposiciones de la legislación, aunque el sistema al que tales disposiciones pertenece, sea mayormente eficaz. Esta pérdida de eficacia puede presentarse en dos formas:

- (i) Cuando nunca se da acto alguno que observe o aplique (ejecute) la disposición “constitucional” en cuestión. En este caso existe una ineficacia de origen.
- (ii) Cuando la pérdida de eficacia se produce después de que la disposición “constitucional” ha sido eficaz durante cierto tiempo. En este caso existe una ineficacia superveniente.

Como quiera que la ineficacia se produzca, nos encontramos con el problema siguiente: ¿Cómo determinar el derecho que existe a la desaparición de la legislación “constitucional”? (o parte de ella) y, en particular, ¿cómo determinar las normas que, por ausencia de la legislación ineficaz, funcionan como constitución (material, positiva) del orden jurídico?

Si la causa de la desaparición de la “legislación constitucional” no es debida a la aparición de una “legislación constitucional” posterior, su desaparición (o parte de ella), solo pudo haber resultado de un procedimiento consuetudinario (*consuetudo contra legem*), único procedimiento capaz de crear y derogar derecho (*scriptum*). El análisis de la pérdida de eficacia permite determinar que un derecho constitucional consuetudinario se generó paralelamente a la pérdida de eficacia de la “constitución escrita” (o parte de ella).

Si todo orden jurídico necesariamente tiene una constitución (material), la desaparición de la “constitución escrita” (o parte de ella) por no ser eficaz da paso, *eo ipso*, a una constitución no escrita, *i.e.*, consuetudinaria (total o parcial).

Con el objeto de determinar cómo surge esta constitución no escrita permítaseme explicar, brevemente, primero, cómo se establece una constitución (en sentido material). Por constitución material entiendo el conjunto de normas⁷ que establece el acto originario (constituyente) de un orden jurídico histórico, *i.e.*, positivo, que existe. En segundo lugar, describir, sucintamente, la función que en el establecimiento de la constitución realizan la consuetudo y la eficacia.

7 En el sentido de *Unselbständige Rechtsnormen*, *i.e.*, normas jurídicas no autónomas (*vid.*: Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, *cit.*, pp. 55-59; *id.*, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 67-70).

III. La validez de la constitución (algo sobre validez)

En las partes que preceden creo haber demostrado que x (prescripción, precepto o instrucción) es n , norma jurídica válida (o, no habiendo de otras, simplemente, norma jurídica) si es parte de una secuencia de facultamiento, de un orden jurídico positivo. De esto se desprende que un acto crea normas jurídicas si una norma jurídica faculta a un individuo –particular u órgano (O_R), *e.g.*: un juez– y si tal individuo (juez) dicta una sentencia observando y aplicando lo prescrito por tal norma para el ejercicio de las facultades así conferidas, entonces, la norma que lo faculta es válida (así fue considerada por el juez), *ergo*, fue eficaz y solo porque es eficaz es válida.

Es claro que este criterio de validez sistemática (en el sentido descrito) no conviene o no da cuenta de la “facultad” del órgano primario (constituyente) ni de la validez de las prescripciones que este establece, las cuales, por definición, no se conforman a ninguna norma jurídica. ¿Por qué este acto, el cual no se conforma a ninguna norma jurídica, se convierte en el acto constituyente del sistema? ¿Por qué las normas que establece son la constitución (material) de este orden? En otras palabras, ¿de dónde deriva su validez el acto constituyente? Voy a adelantar la respuesta que explicito a continuación: esta deriva de su eficacia.

La respuesta a este problema no es necesariamente difícil. En realidad, se encuentra implícita en la descripción del orden jurídico.

En la descripción de una secuencia de facultamiento se advierte que esta no presupone un *regresus ad infinitum*. En tal secuencia los actos que facultan tienen un punto final: a_1 es el acto primero, primario, de una secuencia de facultamientos, más allá del cual no es posible remontar; el acto con el que principia u origina la cadena normativa.

Cualquier análisis correcto de acto constituyente o constitución tiene, precisamente, que insertar estos eventos dentro de la cadena de actos de creación aplicación. Usando el aparato teórico de Ulises Schmill, podría decir que una adecuada descripción de acto constituyente o constitución requiere la “interiorización semántica de estos conceptos dentro de la noción de “norma jurídica” (en sentido estático) o de “creación jurídica” (en sentido dinámico), de otra forma no tendrían sentido”.⁸

El análisis de una secuencia de facultamientos revela que el acto constituyente no se encuentra aislado o por fuera de la secuencia; el acto constituyente forma parte de ella: es el primer acto de todas las secuencias de un orden jurídico. Si ese acto no es parte (el punto de partida) de

tales secuencias, entonces no es acto constituyente: no crea nada que pueda ser reconocido como perteneciendo a un orden jurídico.

De esta forma, cabe decir que ciertos actos son constituyentes si, y solo si, son el primer acto de un orden jurídico positivo (histórico), más allá del cual no es posible remontar.

Ahora bien, ser primer acto de las secuencias depende de que existan secuencias en las que funcione como acto primero (*i.e.*, a_1). Un acto es a_1 solo dentro de las secuencias que comienzan con él. Si no hay secuencias, no existe acto alguno que sea el primero; no existe acto que la origine.

De conformidad con lo anterior en cualquier cadena normativa y, necesariamente, en las cadenas que forman un orden jurídico total, existe un único acto primero, más allá del cual no es posible remontar: un acto primero, acto constituyente que, topográficamente (valga la expresión) es de fácil localización en los diagramas insertos. En el esquema que representa un orden jurídico, a_1 es el acto en que, metafóricamente, el orden jurídico *reposa*: el acto constituyente. Esto puede expresarse brevemente diciendo:

un acto x es a_1 si es el primer acto de un orden jurídico *que existe*.

Lo anterior, sin embargo, es solo parte de la respuesta sobre la validez de la consti-

⁸ Vide: Schmill, Ulises. *Teoría del derecho y del Estado*, México, UNAM/ITAM/Editorial Porrúa, pp. 19-22 y 29-44.

tución material. Permítaseme completar la respuesta.

Al explicar el condicionamiento sucesivo de los actos de facultamiento mostré que este se reduce a una relación entre los actos que crean una norma que faculta y los actos que la observan y aplican (ejecutan). La progresión de una etapa a otra de este condicionamiento sucesivo de facultamientos se produce cuando el así facultado realiza los actos de conformidad con lo dispuesto por la norma que faculta (por la norma que faculta sus actos de aplicación). Pero la conformidad solo se presenta cuando los actos facultados observan y aplican (ejecutan) las normas que les facultan. De ahí que no sea inconsistente afirmar que x es acto constituyente, si las prescripciones que establece son seguidas por actos que las observan y aplican, y si son observadas y aplicadas las normas que estos actos de aplicación, a su vez, establecen y, así, las etapas ulteriores. De ahí se sigue que la eficacia es, no solo condición necesaria, sino, también suficiente de la validez.

De lo anterior se desprende que x es a_1 , acto constituyente (acto originario del orden jurídico), si, y solo si, n_1 (las prescripciones que este acto constituyente establece) son hechas normas al ser observadas y aplicadas (ejecutadas), así como observadas y aplicadas las normas creadas, directa o indirectamente, por el acto constituyente, mediante las facultades

establecidas por la constitución (*i.e.* n_1).⁹ De esto se infiere que ciertas normas (*Unselbständige Rechtsnormen*) son n_1 , la constitución (material) de un orden jurídico, si n_1 es eficaz, *i.e.*, si se crea el orden jurídico que n_1 propone.

Esta respuesta no es sustancialmente diferente a la que da Kelsen. Ciertamente, sostiene que la validez de la constitución positiva (asumiendo que esta sea la primera constitución histórica) deriva de una norma fundamental no positiva: la *Grundnorm*. Sin embargo, Kelsen aclara:

La norma fundamental (*Grundnorm*), se relaciona, de manera *inmediata*, con una legislación determinada *que ha sido efectivamente establecida*, creada por *consuetudo* (*Gewohnheit*) o promulgada, que es mayormente y en general eficaz y, meditamente, [eficaz] con [respecto al] orden (jurídico) que ha sido creado de conformidad con esa constitución, *el cual es, en general, eficaz... La norma fundamental... no es... producto de una libre invención*. Si uno presupone la norma fundamental, *no es por decisión arbitraria... Solo cuando se está en presencia de una constitución eficaz, que crea un orden jurídico positivo, se puede presuponer una norma fundamental*.¹⁰

9 “Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se individualiza, y en tanto que se individualiza” (Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, pp. 250; *vide etiam*: *Teoría general del Estado*, *op. cit.*, p. 327).

10 *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, p. 204; *vide*, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp. 208-209).

Si prestamos atención a esta última oración claramente se entiende que el acto legislador y las prescripciones que establece, solo son acto constituyente y normas constitucionales jurídicamente válidas, si, de conformidad con lo por ellas prescrito, se observan y aplican (ejecutan) por sus destinatarios. Ahora bien, si la eficacia *es la única condición* para que ciertos actos sean constituyentes y las prescripciones que este establece una constitución (material) válidos, entonces la eficacia es condición necesaria y suficiente de su validez. En otras palabras: el hecho de la eficacia, prácticamente, faculta, al constituyente a establecer una constitución válida.

En otro lugar Kelsen declara:

La eficacia de todo el orden jurídico es una condición necesaria para la validez de cada norma particular... [incluida la constitución]. Son válidas... solo bajo la condición que el orden (jurídico) en su totalidad sea eficaz.¹¹

De manera contundente Kelsen, más adelante, afirma:

La norma fundamental de cualquier orden jurídico positivo confiere... [validez] únicamente a los hechos por los cuales

dicho orden es creado y aplicado, el cual es en su totalidad eficaz.¹²

De ahí que, solo se asume una norma fundamental, cuando estamos en presencia de un orden jurídico eficaz, *i.e.* únicamente, cuando se satisface la condición suficiente.

IV. El establecimiento del órgano constituyente. *Grundnorm* y “pacto social”

a. ¿Perplejidad o ignorancia?

Este segmento plantea una asombrosa (y, ciertamente reprobable) actitud. Muchos individuos “mesan sus cabellos y rasgan sus vestiduras” cuando “oyen” (porque nunca leen) que Kelsen postula una *Grundnorm* (norma básica o fundamental), presupuesta, como punto de partida de la explicación del derecho eficaz (positivo).

Quizás quepa recordarles que la ciencia postula (crea), presupuestos necesarios (axiomas, definiciones, teoremas) para la descripción y explicación racional de sus objetos. Los matemáticos de la India Antigua postularon la existencia del cero (aunque no nombrara ningún objeto) dando origen a los números irracionales, complejos e imaginarios; también postularon el número 24.10^{40} (veinticuatro por diez a la cuadragésima) como principio explicativo de su cosmogonía.

11 *General Theory of Law and State, op. cit.*, p. 119; *vide etiam, Teoría general del derecho y del Estado, op. cit.*, p. 139).

12 *General Theory...*, p. 120; *Teoría general...*, p. 141.

Thales de Mileto determinó la altura de la pirámide de Keops introduciendo el teorema de la “similitud de los triángulos”. Pitágoras postuló el claramente contraintuitivo teorema que lleva su nombre mostrando que la suma de los cuadrados construidos sobre los “catetos” es igual al cuadrado construido sobre la hipotenusa. Euclides, para construir su Geometría postuló que el mundo puede explicarse *als ob* (como si) fuera de tres dimensiones. Podríamos seguir con Zenón, con Eudoxo, con Arquímedes, quien postuló la “primera ley de la hidrostática”.

Podría proseguir con genios árabes, europeos del Renacimiento y más; simplemente agregaré a esta rapsodia “heurística”¹³ a Isaac Newton quien, en Trinity College, observó que una manzana se desprendía del árbol. A diferencia de sus congéneres, Newton no pensó en que las manzanas eran “cañbles en sí”. Se preguntó ¿por qué se dirige hacia abajo?, ¿por qué no sale disparada hacia un lado o hacia arriba? Se planteó un problema. Para resolverlo, asumió ciertos presupuestos: in-

13 Del griego *euri/skew*: idear, inventar, ingeniar, encontrar (Cf.: Liddell, Henry George & Scott, Robert, *Greek-English Lexicon*, *op. cit.*, pp. 729-730); “heuristic (noun): Scientific methods or techniques for research and learning; (ad.): related to, ‘a heuristic assumption’, ‘a heuristic argument’”, *Merriam-Webster Dictionary*, en *Encyclopædia Britannica, Ultimate Reference Suit, DVD, Edition*, 2014. *Vide etiam*: “heurística (nom. & ad.): Técnica o método científico de investigación’ y del sufijo: ‘tica’ (ad. rel.): lo relacionado con la heurística”. (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, edición digital, 2014).

trodujo conceptos de volumen, distancia y, en particular, magnitudes matemáticas. Resolvió el problema de la “manzana” creando un nuevo objeto del conocimiento: *la gravedad* (invisible, inodora, intangible, sin contacto corporal y que actúa a distancia), la cual explicó mediante la Ley de la gravitación universal.¹⁴

b. Resistencia

Ciertamente, alguien dirá que esos ejemplos en que se asumen o postulan principios o teoremas pertenecen al mundo de la ciencia (pensando que la ciencia se restringe a la matemática, a la física, o a la astronomía, *inter alia*); pero en asuntos humanos ¡tiene que ser distinto! Pero no. Charles Darwin (el Newton de la biología) enterró el mito de *imago dei*, el hombre cayó de su pedestal. El hombre y su comportamiento se conocen de la misma manera que el resto de los objetos de la ciencia.

Al superar la etapa del tropel, la especie *homo crea cosas con significado*: la cultura. Entre ellas se encuentra el vocabulario básico del comportamiento social y su “aceptación” mediante el único procedimiento que permite hacer que unos hagan que los otros hagan u omitan. Este vocabulario básico produjo las “reglas” cuya “aceptación”, como quiera que esta sea (derrota,

14 “Los cuerpos se atraen directamente proporcional al volumen de su masa e indirectamente proporcional al cuadrado de sus distancias (*vide*, Faller, James E. & Cook, Sir Alan H. “Gravity”, *Newton’s Law of Gravity*, en *Encyclopædia Britannica, op. cit.*; *vide etiam ibidem*: Westfall, Richard S., Newton, Sir Isaac.

sumisión, ingenuidad, conversión, prudencia), pero, de una u otra manera “aceptación”) genera *creencias compartidas*.

V. Los dioses y el gobierno de los hombres

a. Teogonías¹⁵

Esto lo hizo, primeramente, el “animismo primitivo”; luego, las teogonías; después, las cosmogonías. Se asumió (y se impuso) que las reglas de la vida social debían su origen a un evento fabuloso, mágico. Shamash, en famosa estela,¹⁶ entrega a Hammurabi las leyes para el pueblo de Shamash. Los hebreos se convirtieron en el “pueblo elegido” mediante un “pacto de alianza” celebrado entre Dios y Abraham,¹⁷ renovado en el Sinaí.¹⁸

La cosmogonía griega asumía que las *qe/mistej* eran decretos de los dioses (*Dio_j qe/mistej*)¹⁹ y el monarca (*basileuej*) recibía su cetro y con él las *qe/mistej* de Zeus, su prototipo celestial.²⁰ Homero usaba la palabra *qe/mistej* que parece significar ‘reglas’ o ‘regulación’ para designar la autoridad de

la costumbre y de la tradición oral.²¹ *Qe/mij* conoce el destino que pende sobre los dioses y los hombres; tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes reciban el nombre de *qe/mistej*, lo que, a su vez, explica el hecho de que la conducta que coincide con el derecho se expresa por la fórmula *h# Qe/mij eOsti*.²²

Las *qe/mistej* se convierten en el padrón para evaluar y regular el comportamiento. Así, en Hesíodo y Píndaro, las Horas (*ai9 W}rai*), hijas de *Qe/mij* (de ahí *qe/mistej*), son las diosas del bien estar (orden), la justicia y la paz: *Eu)nomi/a*, *Di/kh* e *Ei0rh/nh*.²³ No solo los hombres deben conformarse con la voluntad de Zeus sino, también, todas las cosas del mundo. Así:

el sol no podrá dejar el curso que se le había impuesto, pues en caso contrario las *E0rinu&ej* (las Furias vengadoras), servidoras de *Di/kh* lo castigarán.²⁴

Es necesario diferenciar la religión, o mejor dicho, las creencias religiosas y sus

15 *Qeogoni/a*, literalmente: “génesis de los dioses” (Cf.: Liddell y Scott, *op. cit.*, p. 361). “La teogonía es un intento de reducir todas las historias sobre dioses en un sistema unitario”, Burnet, John, *Early Greek Philosophy*, Nueva York, Meridian, 1964, p. 6.

16 Detalle de una estela proveniente de Susa, capital of Elam y capital administrativa del rey Darío I y sus sucesores desde 522 a. C. exhibida en el Museo del Louvre.

17 Génesis, 15, 18; 17, 2-21.

18 Éxodo, 32, 15; 34, 1 y 10.

19 Cf.: Liddell, y Scott, *op. cit.*, p. 789.

20 Vide: Jaeger, Werner W. *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 21, n. 6

21 *Ibid.*, pp. 20 y 55. Cf.: Liddell, *op. cit.*, p. 361.

22 Vide Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental* (Abendlandische Rechtsphilosophie), México, UNAM, 1962, p. 10. Cf.: Liddell, *op. cit.*, p. 361.

23 Bréhier, Emile, *Histoire de la philosophie*, París, Press Universitaires de France, 1965, t. I. Fasc. 1, p. 50.

24 *H#lioj ga_r ou)k u)perbh&setai metra ei0 de\ mh&, E0rinu&ej min Di/kej eOpikouroi eOceurh&sousin*. Heráclito, Frag. 94 (Diels, Hermann, *Die Fragmente der Vorsokratiker Griechisch und Deutsch*, Ed. Kranz, Walther), *op. cit.*, t. I, p. 96. En cuanto a la traducción, sigo la de Kathleen Freeman (*Ancilla to the Pre-Socratic Philosophers: A Complete Translation of the Fragments in Diels, Fragmente der Vorsokratiker*. Oxford, Basil Blackwell, 1962, p. 31).

ritos, de las teogonías propiamente dichas. En las religiones, los dioses son objeto de reverencia y adoración; en la teogonía, no. La *Teogonía* de Hesíodo es la mejor prueba de ello: es evidente que muchos de los dioses mencionados en ella nunca fueron adorados por nadie; algunos de ellos son meras personificaciones de fenómenos naturales o, inclusive, de pasiones humanas.²⁵ “Por ejemplo, nadie adoró a W)keano&j (Océano) ni a Thqu/j (Tethys) y aun menos puede considerarse a Fo&boj (Pánico) como dios en sentido religioso”.²⁶

La concepción que los primeros griegos tienen de la naturaleza se debe, en gran medida, a las ideas que tenían de la convivencia social. Los procesos naturales son descritos en términos tomados de la sociedad humana. En la antigüedad, la regularidad y constancia de la vida humana era, por mucho, más claramente percibida que la uniformidad de la naturaleza. El hombre vivía en un círculo de reglas y costumbres sociales rígidas, prácticamente inalterables, inmóviles. En cambio, el mundo que lo rodeaba era caótico,²⁷ por tanto, había que “ordenarlo”.

Fu&sij se encuentra sometida a un orden social similar al de la po&lij.²⁸ La naturaleza era entendida, básicamente, como regida por reglas similares a aquellas que

existen en una sociedad. Esto se debía muy probablemente al hecho de que, en un principio, los dioses que gobernaban la naturaleza eran antropomórficos y vivían dentro de una estructura social parecida a la de los hombres.²⁹ Fu&sij no era entonces, más que una vasta metáfora de la po&lij.³⁰

Durante largo tiempo las teogonías constituyeron la única respuesta al problema del comportamiento humano. Di/kh era una diosa poderosa; ninguno podía contrariar impunemente las bases sagradas de su autoridad:

implacable y venerada justicia [Di/kh], de la que Orfeo [...] dice que se encuentra sentada junto al trono de Zeus vigilando todo lo que les ocurre a los mortales.³¹

Los dioses griegos son seres magníficos. El hecho de que las qe/mistej fueran establecidas por ellos hace que estas participen de su magnificencia. Para todo griego la palabra di/kaion que, originalmente, significa: justo, lícito o, simplemente, derecho, transmite una impresión de valor (moral) positivo. El campo que cubre di/

25 Cf.: Burnet, John. *Early Greek Philosophy*, op. cit., p. 14.

26 *Ibid.*, p. 14, n. 2.

27 *Ibid.*, p. 9.

28 Jaeger, Werner W., *Paideia, los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 159.

29 Los dioses griegos viven como seres suprahumanos, pero de modo completamente parecido al de los hombres y se hayan jerarquizados como en una po&lij (vide, Schwab, G., *Las más bellas leyendas de la antigüedad clásica*, Barcelona, Labor, 1955, p. 770).

30 Bréhier, *Histoire de la philosophie*, op. cit., p. 76.

31 Orpheus [Ps. Demosth.]. Frag, 14 (vide, Diels, Hermann, *Die Fragmente der Vorsokratiker...*, op. cit.). La versión que doy en español sigue *mutatis mutandi*, la versión inglesa de Kathleen Freeman, op. cit., p. 3. Vide G. Giannantoni, R. Laurenti y otros, *I presocratici*, t. I, p. 19.

kaion es coexistente al que cubre el valor (moral) implicado. Así, resulta verdaderamente difícil para cualquier griego, sostener que la justicia (dikaiosunē) o lo justo (to dikaion) pueda ser mero interés o conveniencia.³²

b. Las cosmogonías

OiOkoumēnē (la tierra habitada) al origen, gobernada por dioses y demonios, paso a paso se emancipa de ese mundo mítico.

En la progresiva expansión del conocimiento racional, los dioses, de entes mitológicos, fueron convertidos, paulatinamente, en fuerzas de la naturaleza. Este proceso se observa desde las teogonías de Hesíodo hasta la consolidación del racionalismo sofístico. La necesidad aparece en el pensamiento presocrático como una fuerza cosmológica, aún con resabios míticos; pero, en el racionalismo jonio, alcanza su culminación en Leucipo y Demócrito, donde agathē deviene simplemente una fuerza natural inanimada.³³ En este orden de ideas, Aristófanes escribe:

A) gaganē llena las nubes con vapor y gobierna los movimientos por los cuales... causan truenos; el autor... ya no es Zeus... sino la rotación celeste.³⁴

32 Cf.: Guthrie, W.K.G., *A History of Greek Philosophy*, Cambridge, University Press Cambridge, 1969, t. III, pp. 92 y 94.

33 *Ibid.*, p. 100.

34 Oi ne/foi (*Las nubes*), 376 y ss. (Aristophanes, trad. al inglés por Benjamin Bickley Rogers, Harvard Univer-

Si A) gaganē gobierna fuésij, Di/kh, corolario de fuésij, es fatal e ineluctable. “El transgresor sufrirá porque U#brij (la infracción, la violencia, el ultraje) son perseguidos inevitablemente por Di/kh. Todo acontecimiento es kata_ fuési (por naturaleza), justas. Por tanto, los hombres tienen que respetar el equilibrio natural, puesto que es justo (to dikaion) por naturaleza.

Las comunidades humanas, como todas las cosas, se encuentran sometidas a las mismas reglas. El orden de las comunidades humanas es un di/kaion fu/sikon, (un derecho impuesto por la naturaleza). De este modo, las reglas de la vida social que habían sido transportadas para explicar fuésij, son convertidas en un orden inmutable y absoluto.

VI. El advenimiento de no/moj

A comienzos del siglo VII a. de C. se observa un desarrollo de po&leij que devienen ricas y poderosas. Las más brillantes son Mileto, Efeso y Halicarnaso. Ciertas islas, como Samos, guardan un lugar importante. Estas po&leij habían conocido un régimen monárquico, consuetudinario, constituido por la costumbre (h]qoj) y la tradición (no&mima).

A fines de este mismo siglo, sin embargo, aparecieron nuevas condiciones que conducirían a la destrucción de estas monarquías homéricas y de la concepción mítica

city Press, Cambridge, Mass. [Loeb Classical Library, vol. 3]). *Vide*, Guthrie, *A History of...*, *op. cit.*

del mundo. El fenómeno de la *stenoxwri/a*³⁵ es, por ejemplo, uno de esos acontecimientos que se encuentran en el origen del gran movimiento de colonización que habría de convulsionar a todo el mundo griego.³⁶ Los emigrantes o colonos (*oiikistai/*) tuvieron que proceder a la creación de nuevas instituciones. Sin embargo, a los *oiikistai/* se les presenta un problema aparentemente insuperable. Las *po&leij* que recién abandonaron, todo (incluyendo hombres e instituciones) se encontraba sometido a un *di/kaion fusiko&n*. Se era rey o súbdito; ciudadano o esclavo, “por naturaleza”. Conducirse así era justo, *i.e.*, conforme a derecho, puesto que natural.

Pero, entre los *oiikistai/* (grupo de desheredados que evadían el régimen de deudas e hipotecas) no se encuentran, obviamente, ni reyes, ni magistrados; no había, en suma, entre ellos alguien que, de acuerdo con el *di/kaion fusiko&n*, tuviera alguna característica que le permitiera mandar sobre los demás. En virtud de que los *oiikistai/* eran o, mejor, habían sido, todos, súbditos sin privilegios, deudores, quizás delincuentes,

se encontraban en un estado de *iõsonomi/a* (igualdad). De ahí que, si querían establecer reglas o pautas de comportamiento, era necesario recurrir a un instrumento, más que natural: artificial y humano.

Pues bien, estas pautas o reglas de comportamiento fueron establecidos por los *oiikistai/* mediante *no&moi* (leyes), cuyo nombre designa, primordialmente, la forma escrita de las reglas positivas, sin las cuales no podían existir las *po&leij* recién fundadas.

VII. El significado de *no&moj*

“Para los hombres de los tiempos clásicos con *no&moj* se nombra algo *nomi/zetai*, *i.e.* creado, practicando o mantenido como (jurídicamente) correcto”.³⁷ Al principio, como señalé, existía la vieja creencia en su origen divino: “En los poetas trágicos las *no&moi* son inequívocamente de origen divino”. Así, en Sófocles se lee: “Olimpo es [su] único creador, ninguna naturaleza humana mortal pudo hacerlos nacer”.³⁸ Asimismo, en Eurípides: “[...] puesto que nosotros los mortales adoptamos las *no&moi* de los dioses”.³⁹

Sin embargo, pasajes como estos no revelan propiamente que las *no&moi*, como actividad legislativa consciente, fueran de origen divino, sino que existían ciertos mandatos divinos no escritos (frecuente-

35 Literalmente, estrechez, falta de espacio (Cf.: Liddell y Scott. *Greek-English...*, *op. cit.*, p. 744.

36 Nuevas condiciones conducirían a la desaparición de este orden, primero, en Jonia y, después, en toda Grecia. A finales del siglo VII a. de C., la moneda hace su aparición; la división del trabajo entre la ciudad y el campo se acentúa y la comercialización de los productos agrícolas produce una revolución en el régimen de las tierras. Esto provocó la *stenoxwri/a* (la falta de tierras, que no es solo debida al crecimiento demográfico). Vide, Mossé, Claude. *Histoire des doctrines politiques en Grèce*, París, Presses Universitaires de France, 1969. pp. 7 y ss.

37 Guthrie, *A History of...*, *op. cit.*, p. 55.

38 O.T. 863 y ss. Cf.: Guthrie, p. 77.

39 *Ion*, 442, Cf.: Guthrie, pp. 77 y 78.

mente designadas con el término de *no/mima*,⁴⁰ y que no eran sino las antiguas *qe/mistej*).

El uso posterior de *no&moi* es bastante significativo. Por *no&moi* entienden los griegos: “obra consciente de legisladores” (Solón, Dracón, Licurgo, Clístemnes). En un principio, legislar, aunque una actividad humana, al principio se consideraba inspirada por la divinidad. Era vieja creencia, sometida a intensa crítica en la época del Iluminismo Sofístico. Ciertamente, dice Guthrie:

no necesitamos suponer que cuando Pericles invitó a Protágoras a redactar la constitución para la nueva colonia de Turio, ambos hubieran creído, realmente, que Protágoras actuaría bajo inspiración divina.⁴¹

El tercer significado –el más extendido–⁴² de *no/moj* es “acuerdo entre los hombres”. Las *no/moi* son meras convenciones (*ai su&nqesiaí*, o bien *su&nqh/xai*); en este sentido, deben su existencia a un acuerdo de la comunidad.⁴³ Este carácter convencional no es incompatible con ser resultado de actividad legislativa consciente. En una conversación de Sócrates con el

sofista Hippias –refiere Xenofonte– se admite que *no&moi* son pactos (*su&nqesiaí*, o bien, *su&nqh/xai*) celebrados por los propios ciudadanos sobre lo que debe hacerse, los cuales pueden ser enmendados o derogados; no son por naturaleza.⁴⁴

No&moj no es algo que el hombre encuentra al develar el orden cósmico, sino que es *establecida* en la asamblea del pueblo mediante una decisión mayoritaria, adoptada después de confrontar opiniones contradictorias de los hombres.⁴⁵

VIII. *Fu/sij* vs. *no&moj*

El carácter predominantemente artificial y humano de *no&moj* planteaba el problema de la relatividad⁴⁶ o mutabilidad de las reglas de la vida social. Lo “justo” consiste en conformarse a las reglas de la *po&lij*, *i.e.* las antiguas *qe/mistej*. Esta situación sufre una seria variación con el advenimiento de *no&moj*; *di/kaion* significa, entonces, “conformidad con las leyes establecidas por la asamblea”. *Di/kh*, a partir de entonces, se sabe una cuestión de convención humana.⁴⁷ “Lo ‘lícito’ y lo justo son lo mismo”.⁴⁸ Deja de ser absoluta y necesaria; la diversidad de *po&leij* y *no/moi* demuestran lo contrario.

40 *Ibid.*, p. 77.

41 *Idem.*

42 Cf.: Pohlenz, M., “Anonimus peri\ no/mon”, en *Nachrichten der königlichen Gesellschaft der Wissenschaften*, Ph. hist. Klasse, Göttinga, 1924, pp. 19-37, citado por Guthrie, *op. cit.*, p. 75.

43 Cf.: Guthrie, pp. 76 y 78.

44 Xenophon, *Memo*, 4. 4.12 y ss; Cf.: 4.6.6.

45 *Vide*, Verdross, *La filosofía del...*, *op. cit.*, p. 32.

46 *Idem.*

47 Cf.: Guthrie, *op. cit.*, p. 111.

48 Sócrates en Xenophon, (*Memo*, 4. 4, 12-13). En este mismo sentido Lysias: *a)nqrw&poij prosh/kei no/mow? o(ri/sai to_ di/kaion*. *Vide*: Guthrie, *op. cit.*, p. 111.

Sobre este particular comenta W. Greenleaf:

Los viajes de descubrimiento revelaron numerosos sistemas diferentes de licitud y de moralidad, ninguna de las reglas [*i.e.* no/moi] era absolutamente rígida... A ninguna de [ellas]... tan infinitas en contenido como en diversidad, se podría atribuir una autoridad permanente... En este sentido se consideraban meramente relativas, habiendo nacido para enfrentar las necesidades de un pueblo en particular en un espacio y tiempo determinados.⁴⁹

Así, los patrones y pautas de moralidad y legalidad no pueden ser por naturaleza; sino son claros productos de la voluntad humana cambiante y relativa.

Eurípides, muerto en 411 a. de C. no cesó de marcar el carácter humano, provisional y convencional de las reglas de la vida social.⁵⁰

Lo justo o lo injusto –sostiene Arquelaos– no son por naturaleza, sino por la ley convencional.⁵¹

Se ve bien –dice Claude Mossé–, cómo pudo, entonces, nacer la idea de que la naturaleza tiene sus propias leyes, que no son las de la convivencia de los hombres,

las cuales son puras convenciones”.⁵² No&moj se opone, así, como obra convencional (o contractual) a la naturaleza.⁵³

Los términos fu&sij y no&moj son claves en el pensamiento griego. En autores antiguos dichos términos no eran necesariamente incompatibles, antitéticos; pero en la temática intelectual del siglo v, eran considerados opuestos y mutuamente excluyentes: “lo que existía por no&moj, no existía por fu&sij”;⁵⁴ *i.e.*, lo que existe kata_ no&mon (*i.e.*, jurídicamente), no existe kata_ fu&sei, “por naturaleza”. Esta oposición fue una concepción corriente en el siglo v. Así surgió la hipótesis de que frente a la legalidad de la naturaleza existía otra; precisamente establecida por no&moi. Esto se evidenció por la existencia de diferentes derechos positivos en diferentes po&leij; la manifiesta inconsistencia y variedad de no&moi era aplastante evidencia. El carácter convencional de no&moj se oponía a a)na&gkh (la necesidad) que rige la naturaleza.

El carácter artificial de no&moj es constantemente evidenciado por el pensamiento griego del siglo v. Así, por ejemplo, Antifón, dice: “La justicia [di<kaiosu/nh] consiste en no transgredir las leyes (no&moi) de la po&lij... las cuales son acuerdos

49 Greenleaf, W. H., *Order, Empiricism and Politics. Two Traditions of English Thought, 1500-1700*. Oxford, Oxford University Press, 1964, pp. 197-199, citado por Guthrie, *op. cit.*, p. 59.

50 Guthrie, *op. cit.*, p. 71.

51 Diógenes Laertio, *Filosoefwn bi/oi*, II, 16.

52 Mossé, Claude. *Histoire des doctrines ...*, *op. cit.*, p. 24.

53 Bréhier, Emile, *Histoire de la...*, *op. cit.*, p. 74.

54 Guthrie, *op. cit.*, p. 55.

artificiales, carecen de la ineluctabilidad ... natural”.⁵⁵

Igualmente, Aristófanes no deja de señalar su carácter arbitrario:⁵⁶ “la legislación no tiene nada que ver con la naturaleza, [aquella] es siempre artificial...”.⁵⁷ Los griegos, en cierto sentido, consideraron esta distinción como un triunfo de la razón.

En Grecia –comenta Ernest Barker– hubo en cualquier momento varias y diferentes *po/leij*, coexistiendo y en íntimo contacto. Los hombres, al ver tantas interpretaciones en uso, fueron forzados a plantearse el problema de la verdadera naturaleza de la *po/lij*.⁵⁸

IX. Homo mensura y el desvanecimiento de los dioses

Panton xremaetwn me/tron eOsti\n a!nqropoj, tw~n me\n o!ntwn w)j e1stin, tw~n de\ ou)k o!ntwn w)j ou)k e1stin

Protágoras de Abdera⁵⁹

55 Cf.: OP 1364, frag. 1 (*Papyrus Fragments*), 44A, Diels, Hermann. *Die Fragmente der...*, op. cit., p. 346. Cf.: Guthrie, op. cit., p. 108.

56 Cf.: Guthrie, p. 114.

57 Cf.: *Ibid.*, p. 115.

58 Barker, E., *Greek Political Theory*. Nueva York, Routledge-Taylor & Francis Group, 1918/2010, pp. 4-5.

59 Frag. 1, Diels, Hermann, *Die Fragmente der...*, op. cit., p. 263: “De todas las cosas el hombre es la medida; de las que son, por lo que son; de las que no son, por lo que no son”. La versión que doy en español sigue *mutatis mutandi* la versión alemana de Diels; la versión de Maria Timpanaro Cardini citada en G. Giannantoni (Ed.), *I presocratici*, op. cit., t. II, p. 891. Vide, Freeman, Kathleen, *Ancilla to the Pre-Socratic...*, op. cit., p. 125.

peri\ me\n qew=v ouek e1xw eiOde/nai, ou1q7aw)j eiOsiOn ouek ou1q7Oo(poi=oi/ tinej iOde/an.

Protágoras de Abdera⁶⁰

Es importante señalar que estos problemas solo podían ser perceptibles dentro de un avanzado desarrollo cultural. Por supuesto, solo en el marco de un desarrollo espiritual acentuado es posible plantearse cuestiones sobre el comportamiento humano y la comunidad política. La irrupción del conocimiento científico (*episth/mh*) y su continua expansión fue el gran movimiento que preparó el humanismo del siglo v.

Cuando se supera la concepción mítica del mundo (y de la vida social se empezaron a sentir los beneficios de una ciencia de la cultura y conducta humanas. Las máximas ancestrales de conducta no fueron seriamente cuestionadas sino hasta que la antigua concepción de la naturaleza había sido superada.⁶¹

Con los sofistas se prosigue y, en cierto sentido, se consolida el movimiento intelectual⁶² que habría de expandir el mundo de la explicación racional a todas las áreas

60 Frag. 4, Diels, op. cit., t. II, p. 265: “Sobre los dioses no tengo la posibilidad de saber si existen o no existen, ni tampoco qué forma tienen, oponiéndose a esto muchas cosas: la obscuridad del tema y la brevedad de la vida humana”. La versión que doy en español sigue *mutatis mutandi* la versión inglesa de K. Freeman, op. cit., p. 126. Vide, Hermann. *Die Fragmente der...*, op. cit., la versión de Maria Timpanaro Cardini citado en Giannantoni, G., op. cit., t. II, p. 894.

61 Burnet, John, *Early Greek Philosophy*, p. 1.

62 Jaeger, Werner W., *Paideia, los ideales...*, op. cit., p. 263.

del saber (incluyendo las instituciones sociales, *e.g.*, no&moj). Con el movimiento sofístico el logro de la racionalidad es prácticamente irreversible. La afirmación de la razón y voluntad humanas es formulada con plena conciencia: “De todas las cosas el hombre es la medida...”.⁶³ Con ello se da el primer humanismo y el primer relativismo jurídico filosófico de la historia occidental.

La raíz de esta doctrina [está contenido] en la conocida frase: *homo-mensura*, *i.e.*, la medida de todas las cosas la proporciona el conocimiento, la razón del hombre. El mundo es inteligible gracias a la razón y es la razón la que crea y modifica las instituciones sociales. Esta divisa comprende las decisiones políticas. Idea que está ratificada en otra frase que Platón atribuye a Protágoras:

En la medida en que una *po&lij* se considera justa y buena a un hombre, lo es... pero solo mientras el hombre [y los que le siguen] conserva esa opinión.⁶⁴

Con este argumento Protágoras expresó: que es la decisión del hombre la que determina cuál debe ser el contenido del derecho. El derecho es el resultado de las convenciones de los hombres y este derecho se mantendrá hasta en tanto no exista

una nueva convención que establezca una opinión distinta.⁶⁵

Con ello el establecimiento de reglas (*i.e.* de normas) queda desvinculado del orden natural. Desde entonces, el establecimiento, aplicación, sustitución, estimación o crítica de las reglas o normas sociales reclamaron una explicación autónoma: una ciencia de la *po&lij*. Esta ciencia habría de construirse con la ética y, posteriormente, con la jurisprudencia. “La ciencia de la *po&lij* es una ‘teoría del Estado’; pero, también... una teoría moral y una teoría jurídica”.⁶⁶

X. La asunción del “estado de naturaleza” y del “pacto social”

Un momento significativo es cuando los hombres “asumen” concepciones más plausibles y universales para dar cuenta del origen de las diversas y distintas comunidades humanas, haciendo abstracción de las diferentes culturas. Esta es la idea de un estado anárquico de naturaleza; hipotético pacto o convenio entre los hombres para limitar sus inclinaciones, apetitos o pasiones naturales y establecer un gobernante⁶⁷ que centralizara el uso legítimo de la fuerza.

65 Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho*, *op. cit.*, pp. 33-34.

66 Barker, Ernest, *Greek Political Theory*, *op. cit.*, p. 7.

67 Del latín *gubernare* y este del griego *kuberna&w*: guiar, conducir, diciendo qué hacer (Cf.: Liddell y Scott, *Greek-English Lexicon*, *op. cit.*, p. 1004).

63 *Loc. cit.*

64 Platón, *Theaetetus*, 166d.

En tiempos primigenios, de acuerdo con la teoría, los individuos nacieron dentro de un estado de naturaleza anárquico (cruel o no; pero anárquico), los cuales, *haciendo uso de la razón*, establecieron una sociedad y un gobierno por medio de la celebración de un hipotético pacto o contrato entre ellos.

Aunque ideas harto similares pueden, con claridad, remontarse hasta los sofistas y otros filósofos griegos, como ya vimos, las teorías más influyentes en la jurisprudencia y en la teoría política tuvieron su mayor presencia en los siglos XVII y XVIII y están asociadas a los ingleses, Thomas Hobbes y John Locke y al ginebrino Jean-Jacques Rousseau. Lo que distingue a estas teorías era el propósito de entender la autoridad política sobre la base del interés individual y su “aceptación” racional.

Estas teorías, *inter alia*, se proponían demostrar que el gobierno organizado de una sociedad *civil*, el cual, sin duda era un estadio superior comparado con las serias desventajas de un hipotético estado de naturaleza, caracterizado por ausencia absoluta de gobierno y autoridad.⁶⁸

¿Qué significan los actos fuera de una comunidad? Nada. Pues bien, es necesario asumir ciertas hipótesis para pensar en un aparato semántico interpretativo *i.e.*, en “lector” del sentido de las conductas. De otra manera, ¿cómo habría “pecados”,

“delitos”, “bajezas”? Estas expresiones no tendrían significado sin un aparato semántico que así los califique; aparato semántico, que solo existe, si se presuponen ciertas premisas que lo hacen posible: asumir un Dios, un orden jurídico válido o una moral positiva.

Cabe subrayar que para que se adscriban significados a los actos humanos, primeramente tiene que haberlos. No existen pecados en sí, sino conductas pecadoras; tampoco delitos en sí, sino conductas ilícitas; en fin, no existe *mala in se*, sino solo *mala prohibita*. Existen solo los significados que los aparatos semánticos (míticos, religiosos o racionales) adscriben a tales conductas. Solo los actos humanos, pueden recibir, racionalmente, tales calificativos. No existen aves pecadoras, peces delincuentes, tampoco nematelmintos o anélidos que cometan bajezas o no cumplan sus promesas.

Es necesario tener presente que son únicamente los hechos los que reciben significados de esta índole (válido, lícito, legítimo, deudor, contumaz, *et sit cetera*). Un ejemplo contundente, harto común, es señalar que todo poder “legítimo”, para serlo tuvo que ser, primera y necesariamente, poder de *facto*. Así, todo orden jurídico convirtió ciertas prescripciones (o textos) en normas válidas conviniendo su observancia y aplicación. ¿Es eso difícil de entender?

68 “Social contrat (*Covenant*)”, en *Encyclopædia Britannica*, *op. cit.*

Individuos que participan de los mismos rituales y comparten el mismo credo, forman una e/kkhsi/a: todos son cófrades, hermanos; creen en un mismo panteón (así, los egipcios, sumerios, griegos, romanos) o en un solo Dios (hebreos, musulmanes). ¿No acaso es infinitamente más complicado imaginar entes metafísicos (*pancreatores*, omnipotentes, omniscientes y, peor aún, misericordiosos) dueños del universo, que en un simple postulado heurístico que dice “cuando ciertas prescripciones sean observadas y aplicadas (ejecutadas) se tendrá por derecho positivo todo el orden jurídico que propone”?

En el curso de las explicaciones que preceden se puede observar que el orden jurídico (su creación y funcionamiento) es una cuestión de hechos sociales: voliciones y actos humanos. Ahora bien, si en una determinada comunidad rige un conjunto de normas y si estas son establecidas por actos humanos, entonces, puede decirse, que las normas jurídicas de una comunidad son aquellas que, en última instancia, han sido convenidas, aceptadas por los miembros de la comunidad. Ciertamente, ‘convenir’ y ‘aceptar’ no son actos psíquicos, sino expresiones que significan “actos de los miembros de la comunidad que, por cualquier circunstancia que sea, observan o aplican el derecho”.

Puede ser por interiorizar el contenido del mandato o prescripción; simpatizar con el grupo dominante (haga lo que

haga); por creer en las bondades de su finalidad, por razones prudenciales (evitar la sanción) o cualesquiera otras. Quizás convienen o aceptan un orden jurídico porque las **únicas** alternativas serían derrocarlo, escapar de su ámbito de aplicación o, más fácil: suicidarse. Pero, siempre son ellos (no existen otros) quienes, en última instancia, convienen o aceptan el derecho que les rige.

En la base de cualquier orden jurídico positivo determinado se encuentra, así, una convención o aceptación, manifiesta solo en actos de conducta humana (actos de habla, conductas u omisiones). Son precisamente a la realización de estos hechos de conducta a los que llamamos “eficacia”. La ocurrencia de estos hechos es lo que hace que un *dictum* (*scriptum* o *non scriptum*) adquiera el significado de norma válida. Un ejemplo inobjetable es la validez dada a las prescripciones del primer acto constituyente. Estas no pueden ser jurídicamente válidas sino hasta que se aplican y solo porque se aplican.

Si esto es así, como es el caso, entonces la eficacia funciona no es solo como condición necesaria, sino, también, como condición suficiente de las normas jurídicas (*i.e.*, del derecho).

El hecho de pertenecer a una comunidad, y no a otra, implica “aceptar” (en el sentido aquí descrito) el orden jurídico de dicha comunidad. Esta pertenencia presupone la participación mayor o menor (aún

meramente pasiva) en el mantenimiento del derecho de esa comunidad. Tomando en consideración que todos los que pertenecen a una misma comunidad “aceptan” lo mismo, entonces puede decirse que “convienen” en aceptar un mismo orden jurídico (el cual se mantiene en razón de la realización de tales actos). Vuelvo a insistir que esta convención no es una comunión de voluntades psíquicas, la convención a la que me refiero es la convergencia de hechos de conducta humana que, por cualquier razón que sea, convienen en tener un mismo derecho.

XI. Los clásicos modernos

*Banwortung der Frage: was ist Aufklärung?*⁶⁹

Immanuel Kant

Traeré a colación algunos pasajes que no causan tanto estupor (salvo a las iglesias): las hipótesis heurísticas que explican el origen del Estado (*i.e.*, del derecho).

Kant en el recién mencionado es la respuesta a la pregunta “¿Qué es la Ilustración?”, que planteó el escéptico (o malévolo) clérigo Johann Friederich Zöllner, quien decía:

Esta pregunta sea tal vez tan importante como la pregunta: ¿qué es la verdad? [y] tiene que ser respondida antes que se

⁶⁹ Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración? en el Periódico *Berlinischen Monatsschrift*, 2, febrero 1784, pp. 481-494 dando respuesta a la pregunta que planteó el clérigo Johan Friedrick Zöllner: *was ist Aufklärung?* (¿Qué es la Ilustración?)

comience a Ilustrar y hasta el momento no he encontrado respuesta en ninguna parte.

La respuesta de Kant es contundente (dirigiéndose a la intención subliminar del clérigo), ilustración significa “la salida del hombre de la minoría de edad (*Unmündigkeit*)”. Tiene que emancipar. Esta emancipación se interpreta como autonomía para utilizar la mente asonar. Lo que es imposible conseguir con dejadez o cobardía, *Sapere aude*: ten la audacia de servirte tu propio entendimiento. Esta es la divisa de ilustración. La idea kantiana es no dejarte indocinar.⁷⁰

La ilustración fue un movimiento y un estado mental. El término, si bien representa una fe en la historia intelectual de Europa, sirve para designar programas de reforma; delinea objetivos específicos para criticismo y propuestas para la acción. La significación especial de la Ilustración radica en su combinación de principios y pragmatismo. Contrariamente a otros términos usados por los historiadores para describir un fenómeno que ven más claramente que sus contemporáneos. El término “Ilustración” fue usado y querido por todos aquellos que afirmaban el poder de la razón para liberar al hombre de creencias y *motos* indocinados. Revisando la experiencia, en 1784 (*Banwortung*

⁷⁰ Kant, Immanuel, disponible en http://de.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant.

der Frage: was ist Aufklärung?), Immanuel Kant afirmaba que la emancipación de la superstición e ignorancia constituía la característica esencial de la Ilustración.⁷¹

Esta idea de la asunción de una convención o presuposición de un “pacto social” (*the covenant*) son significativas en la filosofía política de los modernos. Al respecto, dice Ernst Cassirer:

*Um zu einer wirklichen Wissenschaft vom Staate zu gelangen: dazu ist nichts anderes erforderlich, als die kompositive und resolutive Methode, wie Galilei sie in der Physik zur Geltung gebracht hat, auf the Politik zu übertragen.*⁷²

Para llegar a una ciencia efectiva del Estado no necesitamos más que del método compositivo y resolutivo que Galileo aplicó a la física y que ahora [*i e.*, en la *Ilustración*] se aplica a la política. También aquí, para lograr un entendimiento del todo, es necesario volver a los elementos, a las fuerzas que originalmente los juntaron y a las fuerzas que las mantienen unidas.⁷³

En efecto, los conceptos de estado de naturaleza y contrato social hobbesianos

son, más que acontecimiento históricos, funciones explicativas:

Es –dice Max Weber refiriéndose a la teoría de Hobbes– una utopía racional, un concepto límite puro e ideal. Su función es heurística y su valor se mide en la fecundidad de investigaciones y de las interpretaciones que hace posible. Esta descripción –concluye Weber– conviene, punto por punto, o casi, a la descripción de Hobbes.⁷⁴

Hobbes expresamente indica que nunca existió tal estado de naturaleza:

It may peradventure be thought, there was never such a time, nor conditions of warre as this; and I believe it was never generally so, over all the world... However, it may be perceived what maner of life there would be, where there were no common Power to fear... But though there has never been anytime, wherein particular men were in a condition of warre one against another...⁷⁵

71 Russell Richards, Geoffrey, “The Enlightenment” y “The Aufklärung” en *Europe, History of Encyclopædia Britannica*, op. cit.

72 *Die Philosophie der Aufklärung*, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 1932, p. 267.

73 Para la traducción sigo de cerca la versión de Eugenio Ímaz: *Filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 3.^a ed., 1972, 7.^a ri., 2008, p. 283.

74 *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, pp. 190 y ss., citado por Polin, R., *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, París, Presses Universitaires de France, 1953, p. 89).

75 Traduzco: “Puede por ventura ser pensado que no hubo tal tiempo, ni condiciones de guerra como este; y pienso que en general nunca fue así en todo el mundo... Sin embargo, puede ser percibido qué forma de vida sería donde no hubiera un Poder común que temer... Sin embargo, aunque nunca hubo en ningún tiempo en que [el] hombre particular estuviera en condiciones de guerra” (Thomas Hobbes of Malmesbury. *Leviathan. Or the Matter, Forme & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Part. I, Cap. XIII: Of the natural condition of mankind, as con-

Este estado de rivalidad, de lucha y de miedo es interrumpido por el contrato –the covenant–, que substituye el mecanismo natural por un *mecanismo social artificial*. Pero no es el contrato mismo el que interesa a Hobbes, sino la consecuencia que de él se desprende. Producto de un cálculo analítico, el contrato resuelve un problema conceptual; no soluciona una situación histórica. El contrato (the covenant) revela el principio del Estado; no su origen histórico. Hobbes lo funda en la razón y no en los hechos... El contrato social aparece así... como el fundamento mismo de la edificación de todo Estado civil.⁷⁶

El contrato social de Rousseau tiene la misma función explicativa que el covenant de Hobbes. El contrato del que habla Rousseau:

[pone fin a un] estado que no existe más, que posiblemente nunca existió y que probablemente no existirá jamás, pero del cual es necesario tener una idea precisa para formarse una idea de nuestro presente estado.⁷⁷

Rousseau se sirve del estado de naturaleza y del contrato social como criterios o esquemas de interpretación y es ahí donde reside el valor metodológico de la doctrina:

cerning their felicity, and misery, Cap. XIII: Sec. The incommunities of such a War, Parts. 3-4).

76 Polin, *Politique et Philosophie...*, op. cit., p. 93.

77 Cf. Rousseau, Jean Jacques. *Discours sur l'inegalité* [Preface] de Rousseau. Œuvres complètes, Paris, Aux Éditions du Seuil, 1967 (Collection l'intégral).

na: no es necesario –dice Rousseau– hacer caso de las investigaciones con las cuales se puede entrar en materia sobre el asunto, por medio de las verdades históricas: valgámonos solamente de razonamientos hipotéticos y condicionales.⁷⁸

En otro lugar dice:

Existe, pues, la necesidad lógica de un contrato social, la “necesidad de retroceder a una convención primitiva”.⁷⁹

El estado de naturaleza y el contrato originario constituyen, en Immanuel Kant, el camino hipotético que va a conducirnos al “Estado civil” y al derecho positivo. Al respecto, Kant insiste, particularmente, sobre el hecho de que el estado de naturaleza no es una conclusión desprendida de la historia. No es la historia la que nos ha enseñado que, antes de la aparición de un poder legislativo externo, los hombres no conocen otra máxima [más] que la violencia, sino que resulta *a priori*, de la idea racional de un Estado que no es lícito, sino hasta el establecimiento de un Estado jurídico.⁸⁰

78 Cf. *Idem* (sección que se encuentra entre el Preface y la primera parte).

79 Vide Rousseau, Jean Jacques, *Contrato social*, libro I, capítulos V y VI.

80 Cf. Kant, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en Kant, Mikes International 2001-2005, en línea http://www.federatio.Org/mi_bibli/BartokGyorgy_Kant.pdf, II, 1. 2. *Staat und Illegalität*. Reimpresión de la edición de Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1797. Existe versión en línea en español: *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, II, 1.^a secc. 2: Estado de ilegalidad. http://www.libros-dehumanidades.net/html_bura/ficha/arams/title/principiosmetafisicosdeladoctrinadelderecho.

La hipótesis del “estado de naturaleza” tiene por única misión hacernos comprender la posibilidad de una voluntad común que no se cumple más que como voluntad estatal,⁸¹ “todo Estado debe ser considerado como si estuviera deducido de un contrato original”.⁸²

Pues bien, la presunción de la *Grundnorm*, presunción condicionada por los actos de observancia y aplicación (ejecución) de lo prescrito por el “constituyente”, responde *mutatis mutandi* al concepto romano de una *publica sponsio* o de un contrato social como fundamento del Estado. “En el fondo –dice Kelsen– se trata de la misma necesidad teórica que permite comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas. [...] En último término, toda integración social no es posible sino en virtud de un compromiso”.⁸³

Esta convención permite determinar cuál es el órgano que constituye; determinación que puede ser descrita por la siguiente fórmula:

x es Rex (primer legislador,
órgano constituyente)

81 *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Die Objectivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, pp. 190 y ss., citado por Polin, R., *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, París, Presses Universitaires de France, 1953, p. 89, núm. 1).

82 Kant, Immanuel. *Rechtsphilosophie Reflexionen, Handschriftlicher Nachlas*, núm. 7641, p. 568, citado por Vlachos, A., *La pensée politique de Kant*, París, Presses Universitaires de France, 1962, p. 329.

83 Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, pp. 250 y 324; *id.*, *Teoría general del Estado, op. cit.*, pp. 327 y 413.

si, y solo si, x es habitualmente
obedecido⁸⁴

En otras palabras: los actos de x son los actos constituyentes de un orden jurídico siempre que las prescripciones que establece sean habitualmente obedecidas (*i.e.*, sean eficaces).

XII. La policitación⁸⁵ de determinado orden jurídico

Todo acto que prescribe pretende ser obedecido. Cuando estas prescripciones son establecidas, sus autores esperan que lo que ordenan, prohíben y permiten sea obedecido (*i.e.*, observado y aplicado). Ahora bien, si los actos que prescriben esperan ser seguidos u obedecidos, entonces estos actos proponen el establecimiento de un determinado derecho; proponen el establecimiento de un específico orden jurídico. Detrás de todo acto que prescribe, existe la propuesta de un específico derecho.

84 Esta formulación debe mucho al concepto de soberano de John Austin (*vide, The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970, reimpresión de la edición póstuma: Londres, Dumond, 1861, p. 169. The Uses of the Study of Jurisprudence, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Hart (Intr.), Indianapolis, Hackett Publishing Company, Inc., 1998, reimpresión de la edición de Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1954/1971, pp. 370-371). Para una breve explicación de la doctrina de John Austin, *vide*, capítulo IV, “Teoría del derecho de John Austin” de mi libro *Juris Prudentia: More geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, pp. 115-141.

85 Del latín *policitatio(onis)*: Promesa que no ha sido aceptada todavía. Cf.: *Diccionario de la lengua española*, edición digital, 2014.

Esta propuesta produce una disyunción inescapable, que puede mostrarse así:

$$[D_0] \downarrow Pi [Di]$$

Donde D_0 nombra el *statu quo* (cualquier momento de un orden jurídico o, bien, el momento jurídico “cero”); Pi , el acto que propone cierto derecho; lo que se encuentra entre los corchetes, Di , indica el contenido de la propuesta, *i.e.*, un nuevo derecho así propuesto.

Esta expresión gráfica se lee: ‘preservar el *statu quo*, comportándose como hasta entonces: (jurídicamente: D_0) o, bien, comportándose como prescribe Di , el derecho propuesto por Pi , substituyendo el derecho hasta entonces existente.⁸⁶

A este respecto es importante señalar que la propuesta que contiene Di no necesita presentarse de manera explícita, es decir, hecha de manera a informar o convencer. Esta propuesta puede ser explícita o implícita, brusca o imperceptible, violenta o pacífica, *et sit cetera*; pero siempre es un acto que propone establecer un nuevo derecho.

¿A quiénes se dirige esa propuesta? La pregunta no tiene más que una respuesta: se dirige a todos aquellos cuya conducta puede observarla o aplicarla (ejecutarla), *i.e.*, todos aquellos que se encuentren dentro de sus ámbitos de aplicación. Son ellos

⁸⁶ La sustitución de D_0 por Di es resultado de que, por definición, Di es diferente de D_0 ; son disyuntos recíprocamente excluyentes.

los que decidirán, comportándose de conformidad, si establecen el orden jurídico contenido en Di .⁸⁷ En suma, la propuesta es dirigida a aquellos que pueden establecer el orden jurídico propuesto.

La disyunción:

$$[D_0] \downarrow Pi [Di]$$

tiene que resolverse.⁸⁸ Su solución corresponde a todos sus destinatarios. ¿Cómo se manifiesta la aceptación de los destinatarios? A través de su conducta; la cual no puede ser sino consuetudo (*i.e.*, constituyen los actos jurídico-creadores de derecho consuetudinario).

Esta propuesta puede venir de grupos más o menos informes, ser dispersos o heterogéneos; provenir de la creencia de una profecía, o bien, de las arengas de un líder; pero siempre ser el segundo disyunto que presupone una innovación anarco derogante.

Toda creación o innovación jurídica se inicia, siempre y necesariamente, con la propuesta de un determinado derecho (*i.e.*, de un cierto derecho). Sin embargo, para crear o innovar jurídicamente no basta con proponer, es necesario que la propuesta sea aceptada para que la crea-

⁸⁷ En un sentido más restringido podría decirse que la propuesta se dirige inmediatamente a aquellos que se encuentran en posición de aplicarla.

⁸⁸ Puede, sin embargo, darse una situación anómala (no del todo conforme a la lógica proposicional) consistente en la secesión de la comunidad, unos manteniendo el *statu quo*; otros, adoptando la nueva juridicidad, *i.e.*, el nuevo derecho (como en el caso de secesión de estados).

ción (total o parcial); es necesario hacerla eficaz. Todos los miembros de la comunidad (y los no miembros): conquistador, usurpador, un tratado de paz (armisticio) impuesto por el enemigo, o bien un órgano de la comunidad internacional, pueden proponer; pero solo los destinatarios pueden hacer efectiva tal propuesta (sea por convencimiento, por conveniencia o por la fuerza).

Dicha convención no es un consenso de voluntades psíquicas, sino una hipótesis que nos permite explicar la creación jurídica.⁸⁹ Una heurística asunción que nos

89 Pero, permítaseme insistir que este “querer” o “aceptación” del individuo no alude a una voluntad psíquica. Esta aceptación, no es más que el resultado del condicionamiento sucesivo de los eventos jurídicos en virtud del cual se aceptan los actos condicionantes si se realizan los actos de aplicación que aquellos condicionan. La aceptación ficta que explica la creación convencional del orden jurídico, no tiene nada que ver con el querer causal, compuesto de instintos, apetitos y deseos. Voluntad psíquica y voluntad jurídica significan cosas radical y diametralmente diferentes. “La voluntad jurídica –afirma Kelsen– no designa, como por error se sostiene frecuentemente un hecho psíquico real que constituya un objeto del conocimiento de la ciencia causal, sino un instrumento del conocimiento jurídico normativo..., su diferencia decisiva con el concepto psicológico de la voluntad se convierte en un medio lógico”. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Wisconsin, Scientia, 1911, p. xliii; *Vide etiam, Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México, Porrúa, 1987, p. xliii. La voluntad jurídica puede coincidir con el querer psíquico, pero, también, puede estar en franca contradicción con él. El querer jurídico es tan diferente del querer psíquico que, por un lado, se puede deber sin querer lo debido, es decir, sin desearlo psíquicamente, y, por otro lado, se puede querer sin que lo querido sea normativamente debido, “Ich kann sollen, ohne das Gesolte zu wollen, d.h. zu meinen swecke zu machen, und ich kann wollen ohne das sollen” (Kelsen, *Hauptprobleme der...*, *op. cit.*, p. 65; *id.*, *Problemas capitales de...*, *op. cit.*, p. 55).

permite explicar un conjunto de comportamientos humanos como actos de creación y aplicación del derecho positivo. Por convención entiendo el conjunto de comportamientos que hacen posible un sistema jurídico propuesto.

En efecto, los miembros de una comunidad convienen en establecer la normatividad propuesta por *x*, comportándose de modo a instalar el sistema que *x* propone. Esto es lo que, en este contexto, significa obediencia habitual (para usar palabras de John Austin):⁹⁰ actos de aplicación cuya realización (por la razón que sea) hacen que *x* se convierta en *rex* (primer legislador del sistema, *i.e.*, en el constituyente) si es el acto que establece un orden jurídico, o sustituye uno anterior. Puede darse el caso que tal propuesta sea hecha por el propio *rex*. En cuyo caso puede proponer un cambio total o un cambio parcial del sistema ya sea por vía regular o por vía irregular.

Puede suceder que alguien acepte un cierto sistema de normas jurídicas realizando los actos de aplicación y deseárselos psíquicamente. Algún otro, a consecuencia de haber realizado actos de aplicación, acepta el mismo sistema de normas, sin que este orden jurídico haya sido jamás objeto de su preocupación. De la misma forma, puede ocurrir que alguien realice actos de aplicación y, sin embargo, no simpatizar en nada con tal derecho. La pertenencia a una determinada comunidad puede constituir para los individuos motivo de orgullo, de satisfacción, de indiferencia, de resignación, de indignación, de odio; pero el hecho de realizar los actos jurídicos que aplican las normas del sistema, es el *momentum* (o *momenta*) en que se acepta, el orden jurídico que aplica.

90 Austin, *The province of Jurisprudence Determined*, para esta cita manejo la edición de Hart: *The province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing Co. Inc. 1998, reimpresión de la edición de Weidenfeld and Nicholson, Londres, (1954) 1971, p. 194.

Si los miembros de la comunidad aceptan la propuesta de x , los actos de x se convierten en actos de Rex_1 . De esta manera los miembros de una comunidad establecen convencionalmente su derecho.

XIII. El carácter consuetudinario del procedimiento

De todas la propuestas posibles solo una se convertirá en el acto originario del orden jurídico de dicha comunidad.⁹¹ Es posible que tal disyunto sea aplicado por un grupo importante de destinatarios y rechazado por otros, de forma duradera. Estos casos son casos de secesión. En el proceso mediante el cual rex se convierte en el constituyente, no existe legislación que prescriba que x es rex; este procedimiento, simplemente otorga el carácter de acto jurídico creador a un individuo cuando es habitualmente obedecido.

Ahora bien, observando con atención este procedimiento uno se percata que encaja perfectamente en la descripción del procedimiento consuetudinario. El elemento material se compone de los actos humanos que constituyen la aceptación convencional, *conditio sine qua non* de la creación consuetudinaria. El hábito de

⁹¹ Es indispensable subrayar que con la creación convencional de los sistemas de normas jurídicas no pretendo justificar un determinado procedimiento de creación y reprobar otros. La convención, repito, es simplemente la hipótesis que nos permite explicar el establecimiento del órgano constituyente de un orden jurídico y de su creación sucesiva (*Vide, Sobre el sistema jurídico y su creación, México, UNAM, p. 28*).

obediencia reiterado, por la mayor parte de la comunidad establece una pauta de conducta, cuyo desvío provoca una reacción hostil por parte de los miembros del grupo (aplicada por ellos o por las instancias establecidas para tal efecto). Esta norma consuetudinaria creada por la obediencia habitual hacia x , quien puede mantenerse como Rex_0 o convertirse en Rex_1 o, si fuera el caso, en Rex_2 o en Rex_n . Esto puede formularse simplemente como sigue:

$$(\exists P_i) \text{ y si los } Or_{(s)} \approx P_i \Rightarrow N_C [D_i]^{92}$$

Esquema que se lee: existe una propuesta jurídica P_i y si los $Or_{(s)}$ (incluyendo órganos y particulares) $\approx P_i$ observan o aplican P_i , entonces se crea la norma consuetudinaria N_C que establece D_i .

De lo anterior se sigue que la propuesta P_i se convierte en a_1 (el acto constituyente) y D_i , en n_1 , en la(s) primera(s) norma(s) de una cadena de facultamientos sucesivos.

Si damos por hecho los actos consuetudinarios de creación tendríamos lo siguiente:

$$N_C [D_i]$$

Expresión simbólica se lee: “existe una norma consuetudinaria que establece: $[D_i]$. Lo que equivale deónticamente a ‘compórtense como prescribe Rex (*i.e.* el primer constituyente)’”.

⁹² Como no puede haber ningún equívoco, puede eliminarse el operador existencial ($\exists N_C$) como se ha hecho anteriormente.

Esta aceptación convencional que acepta una propuesta realiza *mutatis mutandi* el concepto de obediencia habitual de John Austin; *mutatis mutandi*, la Grundnorm de Kelsen; *mutatis mutandi*, la “regla de reconocimiento” de Hart. Todas estas tesis suponen necesariamente actos humanos que hacen eficaz el sistema que el “constituyente” propone.

Esta norma consuetudinaria tiene, para usar la terminología de Walter Heinrich, una función delegante.⁹³ En efecto, dicha norma consuetudinaria no tiene más función que habilitar o facultar (en el caso convertir) las “propuestas normativas” de un individuo (o grupo de individuos) en normas jurídicas válidas (*e.g.*, n_1). Es mediante este procedimiento consuetudinario que los actos de x se convierten en el primer acto constituyente del orden jurídico. De la misma forma, se designa o, más claramente, se faculta al órgano constituyente. Para mostrar un ejemplo, permítaseme colapsar la historia y recomponer (lo menos posible) los hechos.

93 “Man hat vielmehr drei in ihrer struktur sehr verschjedense Relationen zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht auseinander zu halten, die wir als delegierendes... Gewohnheitsrech”. Heinrich, Walter, “Zur Problematik des Gewohnheitsrechts”, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Francois Gény. Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, París, Librairie du Recueil Sirey, s/a, t. II, p. 292.

XIV. Cuasi historia

Como señalé anteriormente a finales del siglo VII se presentaron en Grecia ciertas condiciones que dieron origen al gran movimiento de colonización. La moneda hace su aparición, la división del trabajo entre la ciudad y el campo.

Es posible pensar que la falta de tierras y el régimen de las hipotecas obligó a un grupo de labriegos y pastores de Etolia, a establecerse en tierras de Anatolia (Asia Menor). El problema que se plantea a los *oi)kistai/* (fundadores, colonizadores) es que entre ellos, como señalé en segmento anterior, no se encuentra, ningún individuo que, por estirpe o renombre, depositario de las *qe/mistej*.⁹⁴ No había nadie que tuviera alguna característica que lo habilitara para mandar sobre los demás: se encontraban todos en estado de igualdad (*isonommi/a*).

Ahora bien, si como es el caso, varias *po&leij* fueron fundadas, entre las cuales bien puede estar a la que nos referimos ¿cómo hicieron los *oi)kistai/* para establecer sus normas e instituciones? Denominemos al momento en que se encuentran los *oi)kistai/*: “momento cero” (*i.e.*, D_0), en el cual no hay normas ni autoridades, (situación que bien puede satisfacer las hipótesis conocidas como “estado de natu-

94 *Vide supra*, *Teogonía. Vide etiam*, El excursus. La jurisprudencia griega en mi libro *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1998, pp. 431-449.

raleza” de Hobbes⁹⁵ o de Rousseau,⁹⁶ o bien, el primer día de la creación en Bentham.⁹⁷

Pensemos ahora en la solución más sencilla. Imaginemos que entre ellos existe un individuo llamado Agelaos que pretende mandar sobre los demás. Así, Agelaos, dirigiéndose a sus coterráneos, dice “etólidas compórtense: D_a ”; aquí es claro que D_a representa lo que Agelaos quiere de los etólidas). Esta situación plantea a los etólidas la siguiente alternativa:

$$[D_0] \downarrow P_a [D_a]$$

mantener el momento jurídico cero o, bien, seguir la conducirse conforme propone de Agelaos (*i.e.*, P_a). Si los etólidas ignoran a Agelaos y mantienen la situación jurídica cero, entonces no se produce ninguna innovación jurídica.

Pero, si por lo contrario, los etólidas obedecen a Agelaos, observando y aplicando (ejecutando) P_a , dando origen al orden jurídico D_a , entonces, *eo ipso*, los etólidas “asumen” (aunque no lo expliciten) un presupuesto heurístico ineludible:

“hay que comportarse como lo prescribe Agelaos”.

95 *Vide supra*, Hobbes.

96 *Vide supra*, Rousseau.

97 Cf.: *Of Laws in General* (Ed. Hart), *op. cit.* Apareció nueva edición de esta obra de Bentham: *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, editado por Philipp Schofield. Edición traducida al español: *De los límites de la rama penal de la jurisprudencia* (tr. Rolando Tamayo), México, UNAM, 2016.

En este último supuesto, la propuesta de Agelaos se convierte en el primer acto del orden jurídico D_a (*i.e.*, en a_1). La investidura de Agelaos no sería sino una instancia de la fórmula “ x es Rex (primer legislador, ‘constituyente’) si, y solo si x (en el caso, Agelaos) es habitualmente obedecido”.

Ciertamente, el problema que pudieron enfrentar lo etólidas pudo haber sido más complicado. Supongamos que no es solo Agelaos quien propone el establecimiento de cierto derecho, sino que, además, Épafos dice: “Etólidas compórtense D_e ” y, a su vez, Klimene dice: “etólidas compórtense D_k ” y, en fin, Meleagro dice: “etólidas compórtense D_m ” (Sin olvidar que puede haber etólidas que se comporten, o quieran comportarse D_0). Esta situación plantea a los etólidos una alternativa del orden siguiente:

$$((([D_0] \downarrow P_a [D_a]) \downarrow P_e [D_e]) \downarrow P_k [D_k]) \downarrow P_m [D_m])$$

mantener el momento D_0 (cero) o, bien, seguir la normatividad D_a , propuesta por Agelaos; o la normatividad D_e , propuesta por Épafos; o la normatividad D_k , propuesta por Klimene, o bien, seguir la normatividad D_m , propuesta por Meleagro.

Si asumimos que los etólidas establecen una comunidad política llamada “Etoliópolis”, entonces alguno de los individuos mencionados, solo uno, será el primer legislador, y solo uno de los derechos propuestos, su derecho positivo. De entre Age-

laos, Épafos, Klimene y Meleagro, ¿quién deviene en primer legislador de Etolíópolis? Aquel que es habitualmente obedecido por los etólidas.

Supongamos que, por el contrario, los etólidas actúan D_k , “comportándose como prescribe la propuesta de Klimene, entonces, *eo ipso*, los etólidas asumen un presupuesto ineludible: ‘hay que comportarse como lo prescribe Klimene’. En este último supuesto, la propuesta de Klimene se convierte en el primer acto (a_1) del orden jurídico D_k .

Pensemos ahora en un orden jurídico cualquiera, el cual se compone de una constitución legislada de diversos tipos, tratados, reglamentos, precedentes, etcétera. ¿Qué ocurre cuando la propuesta contenida, en una constitución legislada o en cualquier instrumento deja de ser seguida por actos que la apliquen u obedezcan? La respuesta es simplemente, no se crea el orden jurídico propuesto en ese instrumento.

Cabe señalar que el “momento cero” puede representarse en cualquier orden jurídico momentáneo de un orden jurídico positivo.

XV. Creación regular o irregular

a. El mantenimiento de D_1

Establecida la norma consuetudinaria N_c : “compórtense como prescribe Rex”, sus prescripciones se convierten en los actos constituyentes del orden jurídico. Ahora

bien, los actos que aplican o se conforman a D_0 (un orden jurídico en cualquier momento), en tanto aplican u observan lo prescrito en D_0 proporciona, así, el criterio que nos permite determinar qué actos son “regulares” y qué actos no. De esto se sigue que todos los actos que se produzcan de conformidad con el procedimiento previsto, serán actos jurídicos “regulares” y, por consiguiente, entidades de un determinado orden jurídico:⁹⁸ el orden jurídico fundado por Rex.

Al igual que el establecimiento de N_1 , su mantenimiento es producto de un procedimiento de creación jurídica que ignora la legislación. En efecto, el mantenimiento de N_1 es producto de un procedimiento consuetudinario, cuyos elementos y resultados son exactamente los mismos que he descrito anteriormente. Podría decirse que es el mismo procedimiento: Mientras Rex sea habitualmente obedecido: que N_1 sea mayormente eficaz, el orden jurídico de la comunidad será el que Rex estableció; de la misma forma, la base del sistema es una “costumbre delegante” que prescribe, “compórtense como lo ordena Rex”.

98 Es importante señalar que los sistemas jurídicos contienen –lo reconozcan o no– criterios de identidad que nos permiten identificar como entidades del sistema a los actos anulables: aquellos actos que son, provisionalmente, entidades del sistema mientras son sustituidos por actos regulares no anulables. Existe pues, en todo sistema jurídico una pertenencia provisional para ese género de actos. Sobre este respecto, *vide*, Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la constitución” (La justicia constitucional), pp. 484-485 (*Anuario*).

b. La substitución de N_1

La interrupción de la aplicación prevista origina lo que comúnmente se ha llamado “irregularidad”. Son actos irregulares aquellos que no se conforman con lo establecido o prescrito en el sistema jurídico previsto (en última instancia, por el primer acto condicionante del sistema, esto es por A_1). Por tanto, los actos irregulares, al no conformarse con lo que N_1 dispone, no pertenecen al sistema del cual N_1 es su fundamento.

El problema de la irregularidad no se agota con señalar qué actos son ajenos al sistema la irregularidad no tendría ningún sentido si se limitara a indicar los actos ajenos al orden jurídico previsto. El verdadero problema de la irregularidad consiste en explicar de qué manera los actos irregulares (actos *contra legem*, *desuetudo*, *insurrección*, *et sit cetera*) pueden llegar a sustituir, total o parcialmente, el orden jurídico considerando.⁹⁹ Esto es, ver de

⁹⁹ La determinación de la conformidad o inconformidad de un acto con las normas jurídicas que le preceden pueden ser, sin embargo, un problema bastante complicado. En particular cuando existen procedimientos destinados a garantizar la regularidad del procedimiento previsto de creación. En estos casos habrá que distinguir entre la regularidad o irregularidad que resulta de la conformidad o no conformidad de un acto con las normas que lo regulan y la regularidad o irregularidad que resulta del procedimiento de control de regularidad, en donde un acto *prima facie* regular, puede ser declarado irregular por decisión del órgano de control. El procedimiento de control, al declarar regular o irregular un cierto acto, puede llegar a modificar el sistema jurídico previsto (Cf. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, *op. cit.*, p. 102).

Ciertamente, la substitución irregular no constituye la única forma de substitución del sistema jurídi-

qué manera la propuesta contenida en los actos irregulares puede llegar a modificar la normalidad existente.

Pensamos en un momento cualquiera de un orden jurídico establecido e imaginemos cualquier acto jurídico irregular que pretende establecer una normatividad diferente. Ahora bien, todo comportamiento jurídicamente irregular plantea a los destinatarios del orden jurídico (al igual que en el caso anterior) una disyuntiva del tipo siguiente:

$$D_1 \downarrow P^* [D^*]$$

Mantener el orden jurídico D_1 o bien adherirse a la propuesta P^* de establecer el orden jurídico D^* .

La propuesta P^* es un acto irregular, porque no sigue lo prescrito por D_1 para modificar el orden jurídico. La propuesta P^* es un acto *anarco derogante* que busca ser seguido con objeto de instalar D^* , un orden jurídico diferente.

No obstante el lugar que pretenda ocupar en el condicionamiento sucesivo, e independientemente del mayor o menor número de elementos que puedan llegar acompañarlo, el comportamiento irregular constituye una propuesta de una nueva normatividad que busca ser seguida o continuada. Tal propuesta, en cierto

co. Por el contrario, el sistema busca, en gran medida, que sus cambios se produzcan regularmente mediante procedimientos previstos de creación jurídica.

modo, niega o contradice, parcial o totalmente, la normatividad existente.

La disyunción que plantea el acto jurídico novedoso tiene que resolverse. Esta solución corresponde a los miembros de la comunidad.¹⁰⁰ Aquí, como en el caso anterior, la opción de los destinatarios se manifiesta a través de su comportamiento: obedeciendo o aplicando la propuesta contenida en cualquiera de los disyuntos, es decir, establecido el orden jurídico de cualquiera de las propuestas.

Imaginemos que a N_1 (conjunto de prescripciones de Rex) se opone un conjunto de prescripciones irregulares, –queridos por un grupo de individuos–. De esta forma, los destinatarios del orden jurídico enfrentan la disyunción referida que habrán de resolver con su comportamiento.

Esto es, aplicar u observar lo dispuesto por D_1 , rechazando la normatividad propuesta por P^* , o bien, obedecer o aplicar P^* substituyendo parcial o totalmente el orden jurídico establecido.

¿Qué ocurre con la propuesta rechazada? Esta pierde o no adquiere –según el caso– el carácter de norma de un orden jurídico positivo.

De lo anterior se infiere que si los destinatarios aplican u observan la propuesta contenida en un evento jurídico y no en

otro, entonces puede decirse que los destinatarios, insisto, aceptan (hacen posible) una normatividad y no otra. Los destinatarios, al continuar y establecer la normatividad propuesta en un cierto orden jurídico, quieren o aceptan esa normatividad y no otra. Ahora bien, si los destinatarios quieren lo mismo; es decir, si aplican los mismos actos, entonces puede afirmarse que convienen en establecer un cierto orden jurídico. Es esto lo que, a mi juicio, debe entenderse como el carácter convencional de la creación jurídica.

c. El caso de México

Lo anterior puede perfectamente verificarse con cualquier sustitución de un orden jurídico por vía revolucionaria. Pensemos, por ejemplo, en el caso de México, durante la vigencia de la Constitución de 1857, a consecuencia de los graves sucesos de la Decena Trágica y los asesinatos del presidente Madero y del vicepresidente Pino Suárez. Caso analizado detalladamente por Ulises Schmill, de quien tomó las siguientes líneas. Primeramente, Schmill transcribe acertadamente la sucinta descripción de Charles Cumberland:

De acuerdo con la Constitución [de 1857], las renuncias del presidente y del vicepresidente dejaban como sucesor al ministro de Relaciones Exteriores, Pedro Lascuráin; pero este debía asumir el cargo y rendir la protesta de rigor ante

¹⁰⁰ Ciertamente, puede darse el caso de que algunos destinatarios sigan N_1 [a] y que otros sigan P^* produciendo dos órdenes jurídicos diferentes; tal podría ser el caso de una secesión triunfante, de una guerra de independencia, etcétera.

la Cámara de Diputados. En este punto se cifra el problema de la legalidad de Huerta, aún en el caso en que la renuncia de Madero se acepte como válida. En cuanto la Cámara acepto las renunciaciones, muchos de sus miembros abandonaron el recinto: es sudoso que hubiera el quórum requerido para escuchar la protesta de Lascuráin como presidente. Al cabo de unos minutos, Lascuráin nombró a Huerta Ministro de Gobernación y en seguida renunció. Para ser legales, cada uno de estos pasos debió ser aprobado por la Cámara de Diputados, pero conforme esas acciones se sucedían, el número de diputados disminuía. Aún sobre bases legales técnicas, el gobierno de Huerta fue un gobierno ilegal.¹⁰¹

A continuación, Ulises Schmill comenta, transcribo:

El 18 de febrero de 1913 el general Victoriano Huerta envía a todos los gobernadores de los Estados locales de la República el siguiente escueto telegrama:

“Autorizado por el Senado he asumido el Poder Ejecutivo, estando el presidente y su gabinete bajo arresto”.

101 Cumberland, Charles, *La Revolución mexicana. Los años constitucionalistas*, México, Fondo de Cultura económica, 1992, pp. 24-25. Tomado de la transcripción que hace Schmill en su libro *Las revoluciones. Teoría jurídica y consideraciones sociológicas*, Madrid, Trotta, 2009 (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), p. 35.

Algunos gobernadores otorgaron inmediatamente su reconocimiento a Huerta, otros guardaron prudente y temeroso silencio y solo uno, el de Coahuila, Venustiano Carranza, adoptó una actitud de completo rechazo. El 18 de febrero de 1913, Venustiano Carranza, en su calidad de gobernador del Estado de Coahuila, dirigió una circular a todos los funcionarios de la Federación y de los Estados, en la que daba a conocer sucintamente los motivos que lo llevaron a realizar el acto de invalidación del nombramiento de V. [sic] Huerta como presidente...¹⁰²

Después de transcribir el contenido de la circular, Schmill señala que “a iniciativa de Venustiano Carranza, el XXII Congreso del Estado, Libre, Independiente y Soberano de Coahuila emitió el Decreto 1421” de dos artículos que transcribe:

Artículo 1.º Se desconoce al general Victoriano Huerta en su carácter de Jefe del Poder Ejecutivo de la República, que dice él le fue conferido por el Senado y se desconocen también todos los actos y disposiciones que dicte con ese carácter.

Artículo 2.º Se conceden facultades extraordinarias al Ejecutivo del Estado en todos los ramos de la administración Pública, para que suprima lo que crea conveniente y proceda a armar fuerzas para

102 Schmill, Ulises, *op. ul. cit.*, pp. 35-36.

coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República.¹⁰³

Como puede observarse la XXII Legislatura del Estado de Coahuila (entidad federativa), emitió el Decreto Número 1421 por el cual, primeramente, desconoce el nombramiento del presidente de la República y, acto seguido, concede facultades extraordinarias al jefe del Ejecutivo del Estado con el propósito de “armar fuerzas para coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República”.

De acuerdo a la constitución entonces vigente, no corresponde a ninguna entidad federativa el control de la constitucionalidad de los actos de órganos federales. Tampoco tienen facultades para levantar un ejército (“armar fuerzas”) para deponer a un presidente cuya designación considere irregular.

Analizando con atención el acto realizado por la XXII Legislatura del Estado de Coahuila, se tiene que convenir que es un acto “irregular” (no puede referirse a ninguna norma positiva anterior, salvo a la norma del derecho internacional que establece el principio de eficacia).¹⁰⁴ Dicho acto

103 *Ibid.* pp. 36-37.

104 El principio de eficacia según el cual un orden jurídico tiene que ser eficaz para ser válido, es una norma positiva del derecho internacional. De acuerdo con el derecho internacional, una autoridad efectivamente establecida (habitualmente obedecida) es la autoridad legítima y sus disposiciones derecho positivo (desde el punto de vista del derecho internacional). Sobre este particular señala Schmill: “... debe observarse que se ha dictado una norma... y que subsecuentemente es cumplida y confirmada

irregular, que pretende convertirse en el primer acto de un nuevo orden jurídico: es un acto revolucionario.¹⁰⁵ En efecto, como es de explorado derecho, la Constitución de 1857, no facultaba a los gobernadores de los Estados o a las legislaturas locales a revisar, anular o a sustituir los actos de la autoridad federal ni, mucho menos, a levantarse en armas para ejecutar tales decisiones. El Decreto 1421 de la XXII Legislatura de Coahuila, así como los actos de Venustiano Carranza, son actos irregulares (no aplican ni observan ninguna disposición local o federal del orden jurídico entonces existente); son actos revolucionarios en la medida en que pretenden sustituir, por vía irregular, el orden jurídico existente con objeto de instalar uno nuevo; el orden provisional revolucionario; orden que va desde la emisión del Decreto 1421 mencionado, hasta la promulgación de la Constitución vigente el 1.º de mayo de 1917.

[se individualiza]; ello nos permite afirmar que el acto de instauración de un orden efectivo es un acto creador de normas... La consideración de que un conjunto de normas forman un orden [jurídico] se encuentra basada en la observación empírica que se individualiza [se aplica] o –concluye Schmill– lo que es lo mismo, que es eficaz”. *Las revoluciones. Teoría jurídica y consideraciones sociológicas*, op. cit., pp. 34, 37 y 38 (los corchetes y el énfasis son míos); *vide etiam*, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971, pp. 68 y ss.

Este argumento de Schmill sirve para confirmar el hecho de que la eficacia funciona no solo como condición necesaria, también suficiente de la validez. En la medida que hay “actos subsecuentes” hay eficacia. Existe aquí –como dice Schmill– “una lógica irrefragable”.

105 En el primer acto del orden jurídico reducido y provisional de la revolución (*vide*, *Las revoluciones. Teoría...*, pp. 31-42, *praesertim*, p. 34; *vide etiam*, *El sistema de la...*, pp. 55-81, *praesertim*: p. 69).

De esta forma, la aparición del multicitado decreto planteó, a los destinatarios del orden jurídico mexicano de la disyunción ya mencionada, a saber:

$$D_1 \downarrow P^* [D^*]$$

observar la Constitución de 1857 o bien aceptar la propuesta (constitucionalista) que instala un régimen revolucionario. Esta disyunción se resolvió a favor del orden jurídico revolucionario.¹⁰⁶ En efecto, la revolución constitucionalista fue incrementando su ámbito personal de validez (aumentan seguidores y sometidos). Asimismo, fue incrementando su ámbito espacial de validez a medida que fue dominando más partes del territorio nacional, así hasta que el orden revolucionario triunfante fue mayormente eficaz.

XVI. La modificación constitucional *contra legem*

La modificación irregular de la constitución no solo se realiza cuando el orden jurídico que establece es sustituido. La constitución también se modifica irregularmente cuando lo que establece no se aplica o no se aplica y se realiza una conducta diferente. Este último es un caso bastante extendido en el que se puede observar la presencia de normas constitucio-

¹⁰⁶ A favor del movimiento constitucionalista, cuya eficiencia se impuso, también, sobre los otros órdenes jurídicos reducidos o revolucionarios.

nales consuetudinarias al lado de la legislación constitucional escrita y “rígida”.

El esquema de la disyunción es el mismo solo que se trata de una modificación parcial. La solución de la disyunción, como siempre, corresponde a los destinatarios. Si estos “deciden” comportarse como prescribe D_1 (haciendo caso omiso del comportamiento irregular, el cual podría ser considerado un ilícito) o dando ocasión a que el procedimiento de control de la regularidad (legalidad o constitucionalidad) lo anule. En este último caso, no modifica la constitución vigente (no habiendo sido para el sistema previsto un acto sin efecto o anulable). Si, por el contrario, el acto irregular es aplicado u observado (por actos subsecuentes) por no haberse seguido los sistemas de control de la regularidad o no obstante estos, entonces el acto irregular (no importa el lugar que ocupe en la cadena de validez, si es seguido por actos de aplicación, esto es, si se individualiza) modifica irregularmente los criterios de membresía del sistema, esto es, se modifica el criterio que la constitución establece para reconocer los actos jurídicos que la aplican.¹⁰⁷

¹⁰⁷ “La única respuesta completamente satisfactoria a este problema, parece ser la que proporciona Kelsen, que señala que, si el derecho consuetudinario existe al lado del derecho legislado, la constitución (en sentido material) tiene que instituir a las costumbres como un hecho creador de derecho”. (Braybrooke, E., “Custom as a Source of English law”, en *Michigan Law Review*, vol. 50, 1951, p. 91); Cf., Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., p. 148. En el mismo lugar, Kelsen agrega “pero la constitución misma puede, en todo o en parte, ser no escri-

Si esto es así, si el acto irregular deviene parte del orden jurídico, este acto tiene que poseer en la constitución un criterio que nos permita incluirlo y reconocerlo. Una vez incluido y reconocido será regularmente aplicado por actos subsecuentes con lo cual se sustituye parcialmente el sistema anterior (tanto por lo que toca a sus entidades como en lo que respecta a los criterios de identidad los criterios de identidad establecidos en la Constitución). Al sustituirse irregularmente los procesos de creación de normas del sistema, este se modifica y, con él, los criterios de identidad que la constitución establece.

XVII. Los elementos persistentes en estos procedimientos

En todos los casos expuestos se advierte que existen dos elementos persistentes, la propuesta de una determinada normatividad y la adhesión o aceptación convencional. Estos elementos funcionan de acuerdo con la fórmula: “x es Rex si, y solo si, x es habitualmente obedecido”.

ta, ser derecho consuetudinario. De esta manera, podría ser debido a la costumbre que la costumbre fuera un hecho creador del derecho” (*vide etiam*, Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la constitución”, tr. propia, en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año I, 1974, pp. 469-515 (reimpresión en forma de libro: *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, *op. cit.*, pp. 510-511, *Anuario*).

XVIII. Referencias

- Barker, E., *Greek Political Theory*, México, Fontamara, 2013.
- Braybrooke, E. K., “Custom as a Source of English law”, en *Michigan Law Review*.
- Bréhier, E., *Histoire de la philosophie*, París, Press Universitaires de France, 1965.
- Burnet, J., “La teogonía es un intento de reducir todas las historias sobre dioses en un sistema unitario”. *Early Greek Philosophy*, Nueva York, Meridian, 1964.
- Cumberland, C., *La Revolución mexicana. Los años constitucionalistas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Diógenes, Laertio, *Filosoefwn bi/oi*, cit., II, 16.
- Faller, James E. & Cook, Sir Alan H., “Gravity”, Newton’s, Law of Gravity, en *Encyclopædia Britannica*, Encyclopædia Britannica Ultimate Reference Suite, DVD, 2014.
- Freeman, K., *Ancilla to the Pre-Socratic Philosophers. A Complete Translation of the Fragments in Diels. Fragmente der Vorsokratiker*, Oxford, Basil Blackwell, 1962.
- Gény, F., París, Librairie du Recueil Sirey, s/a, t. II: *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*.
- Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Die Objectivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis.
- Giannantoni, G. [Ed.] *I presocratici*, Roma/Bari, Laterza, 1975.
- Guthrie, W.K.G., *A History of Greek Philosophy*, Cambridge, University Press Cambridge, 1969.

- Hart, H. L. *Laws in General*.
- Hart, H. L., *The province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing Co. Inc. 1998.
- Hermann, *Die Fragmente der Vorsokratiker Griechisch und Deutsch*, Weidmann (Ed. Kranz, Walther), 1972.
- Hobbes, T., *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil*.
- Hobbes, T., *Politique et philosophie chez*, París, Presses Universitaires de France, 1953.
- Ímaz, Í. (tr.), *Filosofía de la ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 3.^a ed., 2008, 7.^a reimpresión, 1972.
- Jaeger, Werner W. *Paideia, los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- Jaeger, Werner W., *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- Kant, I., en Wikipedia, recuperado de http://de.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant.
- Kant, I., *Rechtsphilosophie Reflexionen, Handschriftlicher Nachlass*, núm. 764.
- Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la constitución”, (La justicia constitucional)”, trad. propia, en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año I, 1974.
- Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, Teoría general del Estado.
- Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.
- Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Teoría pura del derecho, Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Teoría pura del derecho.
- Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*.
- La Biblia*, Éxodo, 32, 15; 34, 1 & 10.
- La Biblia*, Génesis, 15, 18; 17, 2-21.
- La filosofía del derecho del mundo occidental (Abendlandische rechtsphilosophie)*, México, UNAM, 1962.
- Las revoluciones. Teoría jurídica y consideraciones sociológicas*, Madrid, Trotta, 2009.
- Liddell, G. y Scott, R., *Greek-English Lexicon*.
- Meinen Verlag, F., *Philosophie der Aufklärung*, Hamburgo, 1932.
- Mossé, C., *Histoire des doctrines politiques en Grèce*, París, Presses Universitaires de France, 1969.
- Platón, *Theaetetus*, 166d.
- Polin, R., *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, París, Presses Universitaires de France, 1953, Principios metafísicos de la doctrina del derecho.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, edición digital, actualización 2014.
- Rechtslehre, R., *Teoría pura del derecho*.
- Rousseau, J. J., *Discours sur l'inégalité* [Preface] en Rousseau, *Ceuvres complètes*, París, Aux Éditions du Seuil, 1967.

- Russell Richards, G., "The Enlightenment" y "The Aufklärung" en Europe, *History of Encyclopædia Britannica*, Ultimate Reference Suite, DVD, 2014.
- S. a., *Berlinischen monatsschrift*, 2 de febrero, 1784.
- Schmill, U., *El sistema de la constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971.
- Schmill, U., *Teoría del derecho y del Estado*, México, UNAM/ITAM/Porrúa.
- Schwab, G., *Las más bellas leyendas de la antigüedad clásica*, Barcelona, Labor, 1955.
- Tamayo, R., "El excursus: La jurisprudencia griega", *Elementos para una teoría general del derecho*.
- Tamayo, R., *Juris Prudentia: More geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013.
- Tamayo, R., *El sistema jurídico y su creación*. México, UNAM, 1976.
- Verdross, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental* (Abendlandische rechtsphilosophie).
- Vlachos, A., *La pensée politique de Kant*, París, Presses Universitaire de France, 1962.
- Westfall, Richard S., *Newton, Sir Isaac*.

ACTIVIDADES JURÍDICAS REALIZADAS PARA PRECISAR LA LÍNEA FRONTERIZA EN LA ZONA DE EL CHAMIZAL

LEGAL ACTIVITIES PERFORMED TO DETERMINE THE
BORDER LINE IN THE AREA OF EL CHAMIZAL

JORGE ALBERTO SILVA¹

SUMARIO: I. El contexto histórico. II. Primeros informes sobre el cambio de ruta del río. III. El trazo de la nueva línea divisoria. IV. Comisión de límites y el caso número cuatro. V. Tribunal de arbitraje. VI. La actividad diplomática final. VII. Apéndice final. VIII. Referencias.

Resumen

El autor inicia describiendo el contexto geográfico que rodeaba al poblado de Paso del Norte a mediados del siglo XIX (las grandes avenidas y cambios en el curso del Río Bravo). Presenta las primeras notas que se sucedieron con los cambios bruscos, incluidas algunas diligencias judiciales sobre el particular, así como los problemas para fijar el trazo del río al momento del tratado que definió los límites que dividieron a Paso del Norte, definición imposible de precisar. Luego, relata los trabajos de la comisión mixta o bilateral encargada de establecer los límites, así como el arbitraje que resolvió a favor de México, y llegar a las negociaciones para decidir finalmente los trazos de la nueva frontera, ¡un siglo después!

Palabras clave: Chamizal, Línea fronteriza, Actividades jurídicas.

¹ Profesor de derecho conflictual en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de DIPr y miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado. Investigador nacional (CONACYT), nivel III.

Legal activities performed to determine the border line in the area of El Chamizal

Abstract

The author begins by describing the geographical context surrounding the Paso del Norte town in the mid-nineteenth century (the great avenues and changes in the course of the Rio Grande). He presents the first notes that followed the sudden changes, including some judicial proceedings on the subject as well as the problems to specify the outline of the river at the time of the treaty that defined the limits that divided Paso del Norte, an impossible definition. Then, it relates the work of the mixed or bilateral commission in charge of identifying the limits, as well as the arbitration that resolved in favor of Mexico, to arrive at those made to finally decide the limits of the new frontier, a century later!

Keywords: Chamizal, Border line, Legal activities.

I. Introducción

En Ciudad Juárez se celebra, año con año, la devolución de los terrenos de el Chamizal. Los discursos sobran y nunca falta la afirmación de que México ganó el asunto, arrebatándole a Estados Unidos una franja de terreno que, aquí entre nos, es un pedazo tan insignificante cuando se le compara con el territorio con el que Estados Unidos se quedó después de la guerra de 1846-47.

El tema sobre la devolución es amplio y da lugar para un examen desde diversas vertientes. Presento un estudio jurídico que incluye los supuestos fácticos que condujeron a la solución del llamado problema de

El Chamizal. No recurriré a la perspectiva meramente histórica, aunque en parte la empleo como premisa previa.

Mi objeto de atención se centra, principalmente, en los temas propiamente jurídicos que dieron lugar a la decisión final, sin abordar la ejecución de la mencionada devolución.

No me detengo en una exégesis del caso. Más bien presento, según mi criterio, algunos datos derivados de informaciones del mismo. Incluiré algunas observaciones sobre mi juicio jurídico.

Mi fuente de consulta ha sido el proceso arbitral a partir de los documentos que lo conformaron, especialmente la *Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal*.² Aunque también he tomado en cuenta las acertadas, agudas y profundas notas de Antonio Gómez Robledo, seguramente el estudio más destacado de los habidos hasta ahora.

Los datos derivados de la *Memoria* son tan amplios que sería imposible referirme a todos. Tres amplios tomos, con planos y anexos me hacen irrealizable un trabajo de esta magnitud.³

2 Mi documento fuente ha sido: *Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal*, tomos I a III, aunque también pueden encontrarse los documentos en la obra de Casasús, Joaquín, *El Chamizal; demanda, réplica y alegato e informes ante el Tribunal de Arbitraje y Sentencia*, México, Gómez de la Puente, editor, 1911 (ejemplar que se encuentra en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM).

3 Conservo en mi biblioteca un ejemplar de los tres tomos de dicha *Memoria*. Este le fue entregado a mi

No creo que pueda decir algo nuevo a lo ya dicho, a pesar de que aquí traslado algunos de mis juicios particulares.

II. El contexto histórico

En forma brevísima comienzo con algunos datos propios del contexto del territorio en que se presentó este caso durante la segunda mitad del siglo XIX. Me ubico en una porción del territorio del presidio Paso del Norte (lo que hoy es Cd. Juárez), conocido desde mucho antes como los terrenos de El Chamizal.

Con motivo de la guerra entre Estados Unidos y México, Paso del Norte quedó dividido en dos partes: una para México y otra para EUA. Al lado sur quedó Paso del Norte, mientras que al lado norte del río quedó una porción de terreno donde, después de fijados los nuevos límites en 1850, se creó su propio condado, tomando al pueblo de San Elizario como su primer asiento. Todo lo anterior, a partir del Tratado Guadalupe Hidalgo.

Hasta antes de esa división, el poblado se encontraba, como hasta ahora, en medio del desierto. Su población era pequeña –hacia 1850, contaba poco menos de 200 habitantes–; elevada a 428 en 1860 y a 736 en 1880.

Von Humboldt, a inicios del siglo XIX, hace una descripción de la zona. Dice: es un territorio fértil, pero despoblado: “Las

abuelo por uno de los comisionados mexicanos, incluyendo una dedicatoria para él.

márgenes del río son muy pintorescas, están adornadas con álamos hermosos y otros árboles de la zona templada”.

Describe al Río Grande del Norte (conocido como Río Bravo) anotando que desde el mes de abril aumenta sus aguas, con crecientes en el mes de mayo. Explica que en 1752 las aguas habían desaparecido, pues se precipitaron en una grieta, habiendo resurgido cerca del Presidio de San Eleazario (*sic*). Pero, luego de varias semanas, las aguas volvieron a tomar el antiguo curso. Al parecer “la grieta y los conductos subterráneos se habían tapado”.⁴

Otras obras describen al río como navegable, al menos desde el Golfo de México hasta Paso del Norte. Incluso hay quienes lo compararon con el río Nilo. Es obvio que estos datos nos pintan un río problemático y movedizo.

Humboldt se refiere a la población diciendo que se trata de “una rivera poblada por miserables colonos”, aunque era un lugar donde había siembra y vid. Ahí, los colonos prefieren vivir lo más cerca unos de otros debido a las acometidas de los indios comanches. Esto es, preferían evitar vivir, como en otros lugares, en campo abierto.

Durante la época que narro se suscitaron diversos hechos. Por un lado, la Guerra de

Secesión en EUA, y por otro, las dos estancias de Benito Juárez en Paso del Norte.

Me detendré en una parte del contexto histórico.

a) Lado sur del río (margen derecho del río)

Al lado derecho del río (luego del Tratado Guadalupe Hidalgo) quedó Paso del Norte. Por aquí cruzaron las tropas estadounidenses durante la guerra con México. Esta convirtió al lugar en una zona fronteriza.

La población de Paso del Norte, a mediados de ese siglo XIX, apenas llegaba a unos tres mil habitantes; veinte años después, a unos siete mil; y, hacia 1900, a 8218. Para inicios del siglo XX, la zona conocida como El Chamizal contaba con apenas 200 habitantes distribuidos en el territorio.⁵

El segundo tercio de ese siglo XIX atestigua las travesías de los apaches en la zona, así como la llegada del ferrocarril a inicios de los ochentas, hecho que comenzará a elevar el número de habitantes.

Benito Juárez estuvo en Paso del Norte, de donde se retiró a Chihuahua el 13 de noviembre de 1865, pero regresó el 18 de diciembre de 1866, quedándose aquí hasta junio del mismo año, en que regresó a la CDMX, una vez que salieron los franceses y se fusiló al emperador Maximiliano. Juárez estuvo enterado de las avenidas del río.

⁴ Sobre el particular he consultado la obra de Alexander von Humboldt, *Ensayo político sobre Nueva España*, vol. 2, Paris, Librería de Lecointe, 1836. En especial, he tomado en cuenta el capítulo III, titulado “XIII Provincia del Nuevo Méjico”, pp. 96 a 106.

⁵ Gómez Robledo, Antonio, “Evolución histórica de la controversia”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 69.

b) Lado norte (margen izquierdo del río)

En el lado norte del río se estableció un puesto militar estadounidense en 1854. El entonces Rancho Franklin se convirtió en el núcleo de lo que fue el inicio de El Paso. Después de la guerra, ya no se pudo denominar Paso del Norte a la zona que se encontraba en el margen izquierdo del río, porque ya no estaba en el norte del México, sino en el sur de Estados Unidos. Se le comenzó a identificar como Franklin, aunque formalmente, no fue sino hasta 1855 cuando se le otorgó el nombre de El Paso.

Al lado norte del río, durante la Guerra de Secesión, se encontraban los confederados, aunque en 1862 fueron capturados.

Para 1870, los datos que presenta ese espacio al lado norte son el de una población de 23 blancos no hispanos y 150 hispanos. Para 1881, con la llegada del ferrocarril, la población se elevó, según el censo de 1890, a 10 000 habitantes. Para 1890 la población se elevó a 10 338, y en 1890, llegó a 15 000. Hacia 1910, ya en vísperas del laudo final, contó con 39 279.⁶

c) Ambos lados del río (la zona de El Chamizal)

Entre ambos márgenes del río quedó el territorio denominado El Chamizal. Se le dedicó al pastoreo de ganado, a pesar de que las incursiones de los comanches aterrorizaban a la vida en el lugar. Por ello, mayor parte de la población se resguarda-

ba dentro de la población y pocos, muy pocos, fuera de la misma. La partida militar que la resguardaba se encontraba dentro de la población y era conocida una gran torre de vigilancia a un lado de lo que hoy es catedral.

Debido a los vuelcos del río, el terreno de El Chamizal quedaba, en unas ocasiones, al lado norte; otras, al lado sur. Durante ese periodo, el río produjo constantes cambios. Basta solo recordar que las grandes y repentinas avenidas de agua produjeron diversos bancos o amontonamientos de tierra sobre el agua y a lo largo del río. En realidad, tras la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo, no quedó precisado exactamente cuál era el curso del río en ese momento. ¿Cuál debería ser el límite geográfico exacto entre uno y otro país? Realmente nunca se supo. Hubo personas que se dijeron propietarios de terrenos en esa zona. El problema consistió en saber si al momento del Tratado sus terrenos quedaban dentro de territorio mexicano o en el de EUA. Una cuestión como estas dio inicio al llamado “problema de El Chamizal”, al que adelante haré alusión.

Las indefiniciones en los límites del río dieron lugar a problemas entre ambos países, por lo que se firmaron algunos acuerdos para solventar las diferencias limítrofes. El punto central del problema supuso un distanciamiento entre el momento de la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo y el momento de precisión de los límites.

⁶ El Paso, Texas, en Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/El_Paso,_Texas.

Ya habían transcurrido casi sesenta años después de la guerra y aun no se sabía cuáles eran los límites entre ambos países, en esta zona. Luego del Tratado de Guadalupe Hidalgo, se contabilizaron 58 bancos en los márgenes del río para ser resueltos. Para resolverlo, se acordó el nuevo Tratado sobre Eliminación de Bancos de 1905 (abrogado en 1970, con la finalidad de resolver la cuestión de El Chamizal). Al nuevo Tratado se le incluyó un Protocolo complementario, ya que a los negociadores “se les olvidó” firmar los mapas. Comprendía porciones un tanto más pequeñas que la zona de El Chamizal.

Los bancos surgieron por el cambio de cauce debido a una corrosión lenta y gradual, combinada con avulsión, provocando que el río abandonase su antiguo canal y se separasen pequeñas porciones de terreno, denominadas bancos, limitadas por el cauce. En razón de los depósitos sucesivos de aluvión se borró el antiguo canal, confundiendo el terreno de los mismos bancos con el de los colindantes, tal y como fue descrito en el artículo II de la Convención de 1884.

Para resolver el problema, se acordó seguir el canal más profundo, para que los que queden al lado norte sean de EUA y, los del sur, para México. Nótese que en estos casos no se optó por una línea fija, sino por el canal más profundo del río, no tanto para investigar cuál era exactamente el

lugar del río al momento de la firma del tratado de Guadalupe Hidalgo.

III. Primeros informes sobre el cambio de ruta del río

Entre la época del Tratado de Guadalupe Hidalgo y la precisión de los límites, se suscitaron diversos hechos y sucesos que se vinieron multiplicando. De ellos dieron cuenta diversos actores y sucesos que paso a contar.

a) Aviso del Jefe Político del Distrito Bravos al Gobernador de Chihuahua

El primer aviso sobre el cambio del cauce del río se presentó en 1866, muy poco tiempo después de la guerra y del Tratado.

El oficio del Jefe Político y Militar del Distrito Bravos, Chihuahua, del 17 de octubre de 1866, entre otras cosas, expresa (se respeta la ortografía original):

La falsedad del terreno en que corre el Rio, ha hecho que en el trascurso del tiempo haya cambiado de corrientes en distintas partes, y mas notablemente abajo de San Elizario, á donde ha dejado todo el bosque que pertenece á aquel pueblo de esta parte y en esta villa, en el partido del Chamizal a donde se ha llevado mas de mil quinientas varas que ántes eran propiedad de particulares, y hoy son playas arenosas y ladrillales, que segun lo expuesto anteriormente debian pertenecer al Paso; mas los jefes

de Franklin defienden este terreno como suyo, así como defienden también el que en otras partes ha dejado el Río de este lado, como sucedo en San Elizario; nosotros respetamos sus bosques que el Río ha dejado del lado derecho, y ellos los defienden también, porque estamos convencidos que les pertenecen; y ellos no respetan ni reconocen por nuestro el terreno que él mismo no nos ha quitado y ha dejado á la izquierda frente s Franklin.

Hoy nos amenaza, y quizá el año entrante ó menos tarde dividirá el Paso y quedará á la izquierda del Río la mayor parte de la población. En este caso, ¿la parte que quede á la izquierda, pertenecerá á los Estados-Unidos? Podrá ser también que el mismo Río vuelva á tomar su antiguo cauce, el que tenía el año de 1850, y deje a la derecha los pueblos de la Isleta, Socorro y San Elizario; ¿en este caso tales poblaciones pertenecerán á México?⁷

Se queja, igualmente, de que había propuesto trazar un canal para evitar la desviación, pero que no le fue permitido por las autoridades de Franklin, las que, además, informan que los terrenos que se fueron al lado norte ya fueron repartidos entre otros particulares. Termina pidiendo que de estos hechos se le informe al presidente de la república.

7 *Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal*, t. II, p. 809.

A su vez, el gobernador Luis Terrazas retransmitió el mensaje al gobierno federal, que se asentaba en el estado de Chihuahua (ahí se encontraba Benito Juárez). El cinco de diciembre, Lerdo de Tejada, Ministro de Relaciones Exteriores, le pidió a Matías Romero, enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de México en EUA, que diera a conocer a ese gobierno el citado mensaje. Le indicó que, si bien pudiera referirse a cambios insensibles por aluvión (se respeta la ortografía original):

...no es posible dejar de considerar los cambios visibles e importantes causados por fuerza del río. Parece fundado en derecho y en las estipulaciones del tratado, que respecto de las porciones notables de terreno que lleguen á quedar en opuesta orilla por la fuerza del Río, subsista el dominio eminente de la nación a que pertenecían, y los derechos privados que hubiera sobre ellas.⁸

A partir de aquí, el gobierno de EUA hizo participar a su procurador general para que expresara el parecer u opinión de EUA. Este, en su dictamen del 5 de febrero de 1857, llamó la atención al hecho de que debería diferenciarse el cambio del río por vía gradual o por aluvión. Que, si fuese en el primer sentido, el actual cauce sigue formando la línea divisoria y que, si fuese

8 Manuel Orozco y Berra. *Apuntes para la Historia de la Geografía en México*, México. Imprenta Francisco Díaz de León, 1881, 498 pp., pág. 435-447

por aluvión, “la línea divisoria no puede seguir el nuevo cauce, sino que permanece en el abandonado que el río tenía antes de la mutación violenta”.

Es bastante interesante este aviso o denuncia en que se hace participar al presidente de México Benito Juárez, así como al Secretario de Estado de EUA, William R. Sewart. El laudo de 1911 solo refiere un informe de los entonces comisionados para los límites, quienes expresaron su opinión respecto a si la frontera debía cambiar al cambiar de curso el río, o si la línea debía permanecer constante. Sewart solicitó una opinión o dictamen de Caleb Cushing, por ese entonces Procurador General de Justicia.

En derecho este es un dato importantísimo, no solo por referirse a un caso relacionado con problema de límites, sino porque en derecho sabemos que en cada ocasión en que se reclama una cuestión como estas, la prescripción se interrumpe.

El laudo tomó en cuenta el informe o criterio de Caleb Cushing,⁹ al asentar que:

La opinión de Mr. Caleb Cushing es de gran importancia en este caso, por ser una autoridad en derecho internacional. Después de estudiar las prevenciones del Tratado y de examinar un gran número de tratadistas so-

bre el particular, Mr. Cushing resolvió que el río grande retenía funciones de límite internacional no obstante los cambios que en él pudieran ocurrir por accesión a una ribera y disminución en la otra; pero que, por otra parte, si el río abandonaba su cauce primitivo y se formaba uno nuevo en dirección distinta, la Nación, a través de cuyo territorio se abriera paso no perdería el terreno que así quedara separado, pues en tal evento el límite internacional permanecería en medio del cauce abandonado.¹⁰

Cushing presentó un primer argumento para la solución final del problema, pero fue debatido hasta las reuniones de la comisión mixta, como en el arbitraje. Por lo pronto, en ese momento el ministro Matías Romero tomó para sí ese criterio a manera de premisa. No obstante, esta actitud no pareció del agrado de Matías Romero.¹¹

En realidad, ya no hubo discusión alguna después de ese momento sino hasta mucho tiempo después. Puede entenderse, entonces, que la actividad diplomática concluyó o quedó suspendida.

b) Informe de Mariano Samaniego de 1874

Fue Samaniego¹² (1831-1905; un residente en Paso del Norte) quien presentó una de-

9 Caleb Cushing, originario de Massachussets, encabezó la guerra de EUA contra México y luego fue Procurador General de EUA (1853-1857). Se le recuerda por su participación en los temas de esclavitud, especialmente en el famoso caso *Dred Scott vs. Sandford*, en 1857.

10 *Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal*, t. II. P. 1058.

11 Gómez Robledo, Antonio, “Evolución histórica de la controversia”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 49.

12 Médico de profesión. Fue Jefe Político del cantón Bravos, con cabecera en El Paso del Norte, durante

nuncia al Ministro de Relaciones Exteriores por medio del vicecónsul de México en Franklin (hoy El Paso), explicando que desde 1852, cuando se fijó la línea divisoria, el río “barranqueó” hacia el lado derecho e hizo desaparecer la parte más productiva, acarreando la ruina de la población y miseria de familias.

Afirmó que hizo intentos por parte de las autoridades para contener los avances del río, pero los esfuerzos no produjeron frutos.¹³

c) Informe del Administrador de la Aduana Fronteriza de 1874

En términos similares expuso el mismo problema el entonces Administrador de la Aduana Fronteriza de Paso del Norte a la Secretaría de Hacienda.¹⁴

d) Información testimonial promovida a instancia del señor Pedro I. García.

El 23 de enero de 1894, el señor Pedro Ignacio García, un residente en Paso del Norte, presentó ante el juzgado local una solicitud para que se le recibiese una información testimonial. Explicó que su abuelo, Lorenzo del Barrio, había adquirido un terreno de don Félix Miranda y otras personas que, a su vez, lo habían adquirido del

Gobernador Ricardo Brisuelas (años 1811 y 1812). En dicho terreno se encontraba una casa ya construida. Es una época en que México aún era parte de la Nueva España.

Informó, el señor García, que dicho terreno correspondía a lo que actualmente es identificado como el terreno de El Chamizal, y que dicho terreno se ubicaba al sur del Río Grande, poseyéndolo desde entonces en forma pública y pacífica hasta que falleció, en 1865. Luego, el hijo y albacea de este señor Lorenzo del Barrio, de nombre Antonio del Barrio, le traspasó el predio, el mismo año, al citado Pedro I. García.

El señor García rentó ese predio al señor don José Acosta hasta 1873, fecha en la cual, debido a un cambio brusco y repentino de la corriente del río, el terreno quedó al lado norte del cauce. Esto es, el señor García poseyó el terreno por medio de su arrendatario.

Siguió exponiendo que no pudo ocupar su terreno, ya que personas de EUA supusieron al inmueble como parte de EUA. Además, porque no sabía “a ciencia cierta” cuál era el gobierno al que debería reconocer como soberano del terreno, para efectos del pago de sus contribuciones.

Agregó diversos documentos y pidió se le recibieran diversos testigos para probar sus afirmaciones, hecho lo cual, pidió se enviase lo actuado a la Comisión Internacional de Límites.¹⁵

la época en que Benito Juárez residió en esta frontera, hasta el momento en que Juárez regresó a la Ciudad de México y, con él, Samaniego en calidad de diputado. Continuó con su actividad política en otros cargos.

13 *Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal*, t. II, p. 389.

14 *Ibidem*, p. 393.

15 *Ibidem*, pp. 778 y ss.

Los testigos que ofreció fueron: Jesús Serna, Antonio Velarde, Gregorio Herrera, José Provencio, Matías Velarde, Francisco Provencio, José Acosta y doctor Mariano Samaniego.¹⁶

Luego de que algunos declararon, el señor García se desistió de la declaración de Mariano Samaniego, Jesús Serna, Antonio Velarde y Matías Velarde. En su lugar, designó a Marcelo Armijo y Mónico Benavides, mismos que presentaron su declaración testimonial.

De esta manera, se conformó un legajo documental de gran importancia para la resolución del asunto de El Chamizal, aunque no en ese momento.

IV. El trazo de la nueva línea divisoria

El Tratado de Guadalupe Hidalgo, que data del 2 de febrero de 1848, no solo dio fin a la guerra entre EUA y México, sino que modificó la frontera de México. La parte que aquí interesa es el llamado Río Grande del Norte, sobre el viejo poblado de Paso del Norte, en su zona conocida como El Chamizal.

Los ingenieros William H. Emory¹⁷ y José Salazar trazaron el plano surgido luego de la guerra, pero en 1852. Estos fijaron el límite del río elaborando una serie de planos, no muy precisos con los linderos.

¹⁶ Deseo aclarar que tanto el señor García como el señor Provencio, residentes ambos en Paso del Norte, eran familiares de mi abuela Margarita Flores de Silva, hija de Macedonio Flores Provencio, casado con Guadalupe Flores García, hija de Juana García.

¹⁷ (1811-1887) originario de Maryland, ingeniero civil, teniente de West Point.

Poco después, se pactó un nuevo convenio a partir de nuevos límites, aunque relacionados con el territorio de La Mesilla (1853). Poco después, se pactaron otros convenios y protocolos para resolver el problema de los bancos.

Como quiera que sea, tras la guerra, las avenidas del río comenzaron a dar de que hablar, pues se formaban constantemente culebrillas a lo largo del torrente de las aguas. Seguramente, antes las hubo, pero no parece que nadie las hubiese descrito, solo que ahora el problema se convirtió en internacional y esas avenidas habrían de destacar. Ya no se trataba de tierras al norte y al sur del río que solo pertenecieran a México en la parte central del desierto.

De lo poco que hay en el Tratado de Guadalupe Hidalgo (manuscrito), relacionado con la precisión del límite, se encuentra el siguiente apartado que va delimitando las fronteras a partir del río (se respeta la ortografía original):

Artículo V. La línea divisoria entre las dos Repúblicas comenzará en el golfo de México, tres leguas fuera de tierra, frente a la desembocadura del río Grande, llamado por otro nombre río Bravo del Norte, o del más profundo de sus brazos: si en la desembocadura tuviere varios brazos, correrá por mitad de dicho río, siguiendo el canal más profundo donde tenga mas de un canal, hasta el punto en que dicho río corta el lindero meridional de Nuevo=México; continuará luego ácia el

Occidente, por todo este lindero meridional (que corre al Norte del pueblo llamado Paso) hasta su término por el lado de Occidente; desde allí subirá la línea divisoria ácia el Norte por el lindero occidental de Nuevo-México, hasia un lindero en cortado por el primer brazo del río Gila (y si no está cortado por ningún brazo del río Gila, entonces hasta el punto del mismo lindero occidental mas cercano al tal brazo, y de allí en una línea recta al mismo brazo, continuará después por mitad de este brazo;) y del río Gila hasta su confluencia con el río Colorado; y desde la confluencia de ambos ríos la línea divisoria, cortando el Colorado, seguirá el límite que separa la Alta de la Baja California hasta el mar Pacífico.¹⁸

No es difícil advertir la imprecisión del terreno. Solo se habla del río “que corre al Norte del pueblo llamado Paso”, sin detenerse en los detalles de dicho lugar.

El mismo artículo V se refirió a los límites, así como a los procedimientos a seguir para precisarlos. Así (se respeta la ortografía original):

Para consignar la línea divisoria con la precisión debida, en mapas fehacientes, y para establecer sobre la tierra mojones qué pongan á la vista los límites de ambas repúblicas, según quedan descritos en el presente artículo, nombrará cada uno de los dos gobiernos un comisario y un agrimensor que se juntarán antes

18 Universidad Autónoma de Baja California, *Visión histórica de la frontera, norte de México*, Kino, El Mexicano, 1994, p. 113.

del término de un año, contado desde la fecha del cange de las ratificaciones de este tratado, en el puerto de San Diego, y procederán á señalar y demarcar la expresada línea divisoria en todo su curso, hasta la desembocadura del Rio Bravo del Norte. Llevarán diarios, y levantarán planos de sus operaciones; y el resultado convenido por ellos se tendrá por parte de este tratado, y tendrá la misma fuerza que si estuviese inserto en él; debiendo convenir amistosamente los dos gobiernos en el arreglo de cuanto necesiten estos individuos, y en la escolta respectiva que deban llevar, siempre que se crea necesario.¹⁹

Esto es, tras el Tratado se puso en marcha un procedimiento para la precisión de los límites. Para realizar este procedimiento se designó al ingeniero topógrafo William H. Emory y al ingeniero José Salazar Ylarregui.²⁰ Trazaron un plano, en 1852, que fijó la frontera. Por desgracia, no contaron con lo movedizo del río ni se tomó en cuenta si el río había sufrido variaciones desde la firma del Tratado. Aunque el Tratado es de 1848, el trabajo de precisión de límites se realizó en 1852.

Como es sabido, durante esos cuatro años, los anteriores inclusive, se produjeron diversos cambios en el curso del río, especial-

19 Humberto Garza, *La Invasión Americana en México 1846-1848*, Edición Kindle, 2015.

20 (1823-1892). Ingeniero matemático, originario de Hermosillo; inicia como geógrafo de la Comisión de Límites. Participa en el deslinde de los terrenos a partir del Tratado de Guadalupe Hidalgo durante seis años a partir de 1849.

mente entre 1864 y 1868, según se asienta en el laudo final. Se formó un espacio que se vino a denominar “Isla de Córdoba”, que consistió en un terreno que quedó atrapado sobre las aguas del río. El río formó una especie de omega, debido a las desviaciones.²¹

Como regla base, el límite fronterizo marcado fue el río. Pero, en derecho, hablar solo de un río no es una regla fácil. ¿Qué tal si el río se mueve? Con ello, ¿también se moverá la frontera? Las reglas de interpretación no fueron fácilmente digeribles, sobre todo para los expertos en el derecho.

Para EUA, el Convenio de 1884 (posterior al de Guadalupe Hidalgo) precisó reglas de interpretación que fijaron el sentido semántico de la expresión “río”, no solo de los problemas que en adelante pudieran suscitarse, sino también de los habidos con anterioridad. Como se verá, en la comisión mixta o bilateral, y luego en el tribunal de arbitraje, este será uno de los argumentos jurídicos en que EUA se apoyará (que el río va por donde se mueve, no por donde se encontraba).

Gómez Robledo asienta sobre el particular que:

...la dificultad provenía de que una y otra interpretación parecían viables, ya que si bien se señalaba el Río Bravo como tal (del Colorado no tenemos por qué ocuparnos aquí) para servir de límite entre las dos repúblicas, por

21 Omega: última letra del alfabeto griego. Es una letra O abierta por abajo (Ω).

otro lado, parecía atribuirse un valor absolutamente vinculatorio para ambas partes al plano topográfico que levantarán los comisarios, sin hacerse a este respecto ninguna distinción entre la frontera terrestre y la frontera fluvial.²²

En otro apartado, el mismo Gómez Robledo expresa que: “Textos tan difíciles como los artículos pertinentes del Tratado de Guadalupe y del Tratado de La Mesilla, demandaban mayor rigor explicativo, o cierto recurso a sus antecedentes, principalmente a la correspondencia diplomática, si no era posible disipar la dificultad con la pura hermenéutica textual”.²³

Insiste, más adelante, en la pobreza del discurso lingüístico de los tratados al expresar que:

De uno y otro defecto se prevalieron oportunamente los abogados norteamericanos para sostener, al discutirse el caso del Chamizal, que los organismos encargados de dirimirlo (la Comisión de Límites, primero y luego, el Tribunal de Arbitraje) no estaban facultados para examinar el fenómeno de la avulsión propiamente dicha, y que la Convención, además, equiparaba prácticamente el aluvión a la avulsión, ya que no importaba que el desprendimiento fuese violento y súbito, con tal que

22 Gómez Robledo, Antonio, “Evolución histórica de la controversia”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 41.

23 *Ibidem*, p. 45.

la corrosión preparatoria hubiese sido lenta y gradual, con lo cual se verificaría siempre la accesión (jurídicamente hablando) al predio de la ribera opuesta.²⁴

El laudo arbitral de 1911 asienta que, apenas cinco años después del plano de la época, se produjeron cambios en la ruta del río. Incluso, que en 1855 se levantaron otros dos planos, estableciendo diferencias entre cada uno.

El problema que se gestaba era la delimitación de la frontera. El Tratado de 1853 establecía que la línea divisoria sería la que sigue por la mitad del río, lo que parecía oponerse a la teoría de la “línea fija”.

V. Comisión de límites y el caso número cuatro

Para encontrar y resolver diversos problemas relacionados con los límites fronterizos entre México y EUA, se creó una convención internacional para ambos países (1884). Conforme a la convención, una comisión mixta o bilateral, formada únicamente por un representante de cada país, debería resolver cada problema. Un arbitraje, con un tercero imparcial al frente, no estaba en la mira de los negociadores.

Casi inmediatamente después (1889), se creó la Comisión Internacional de Límites, cuyo objetivo fue resolver los problemas limítrofes entre ambos países.

²⁴ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

A mi parecer, para resolver los problemas limítrofes, cada Estado recurrió a una solución más diplomática que jurisdiccional. No se creó un tribunal imparcial que resolviese la controversia, sino una mesa de discusión diplomática de cada caso por medio de dos comisionados, uno por cada país.²⁵

Pero el problema que observa Gómez Robledo es que con la nueva Convención se agravó la confusión, “puesto que la Convención de 1884 no había hablado de avulsión, sino de cambio de lecho; y en segundo lugar, se tomaba una vez más como carácter distintivo del aluvión el de la corrosión y no el depósito mismo, en la otra ribera, de las materias aluviales”.²⁶ Otra cosa que también es de llamar la atención en este convenio, es el hecho de que el régimen limítrofe cambió, pues en lugar de hablar de una línea fija e invariable, se habló de una variable.

Fue en esta Comisión donde se introdujo el caso del señor García, a pesar de que la Convención de 1884 no parecía incluirlo debido a que los hechos que él narraba habían ocurrido con anterioridad a la fecha del convenio. El gobierno mexicano, a través de la Comisión, impulsó lo que en el derecho interno conocemos como una acción reivindicatoria (en el sentido más semejante a la reclamación).

²⁵ Los comisionados fueron, por EUA: coronel Anson Mills; y por México: Lic. Francisco Javier Osorno.

²⁶ Gómez Robledo, Antonio, “Evolución histórica de la controversia”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 55.

Sus discusiones no fueron precisamente sobre derecho sino sobre hechos. Gómez Robledo lo entiende así, ya que los que resolverían no eran abogados.²⁷

VI. Tribunal de arbitraje

Ante el fracaso de la solución meramente diplomática fue necesario pensar en otro medio de solución. La posibilidad era llevar el caso ante un tribunal arbitral.

En el abanico de posibilidades teníamos: seguir con medios diplomáticos o que algún rey o soberano extranjero fuese el que resolviese (tesis de Mariscal). Como lo anoté, una solución un tanto intermedia, aunque no óptima, fue la propuesta por Enrique C. Creel, de nombrar a algún jurista de Canadá.

La adopción de la propuesta de Creel fue aceptada, pues no solo había sido gobernador de Chihuahua sino, además, embajador de México en EUA en el momento en que propuso la solución, la cual fue aceptada por EUA.

En este sentido, a instancia del General Porfirio Díaz, se conformó la Convención de Washington de 24 de junio de 1910, así como un protocolo adicional en el mes de diciembre. Ahí se pactó (se respeta la ortografía original):

Art. II. La diferencia respecto del dominio eminente sobre el territorio del Chamizal se

²⁷ *Ibidem*, p. 57.

someterá de nuevo á la Comisión Internacional de Límites, la cual, sólo para estudiar y decidir la diferencia antedicha, será aumentada con un tercer Comisionado que presidirá sus deliberaciones. Este Comisionado será un jurista canadiense escogido por ambos Gobiernos de común acuerdo, á falta de este acuerdo, por el Gobierno del Canadá, á quien se pedirá que lo designe. Para la perfecta validez de todas las resoluciones de la Comisión tendrá ésta que haber sido integrada precisamente por los tres miembros que la componen.²⁸

En este convenio se estableció algo así como lo que se suele denominar “borrón y cuenta nueva”. No fue un tribunal de revisión o apelación. Al respecto se pactó: “Art. IX. En virtud de la presente Convención, ambas Partes contratantes declaran nulas y sin ningún valor las propuestas anteriores que recíprocamente se han hecho con el mismo motivo”.²⁹

Finalmente, ya en el terreno de los hechos, se conformó un tribunal de arbitraje con sus tres árbitros e inició sus trabajos. En el mejor sentido de lo pactado, pese a la redacción del Convenio, se ordenó el establecimiento de un tribunal colegiado y sesionó durante 13 días.

²⁸ Sepúlveda, César, “Historia y problemas de los límites de México”, en *Historia Mexicana*, vol. VIII, núm. 1, julio-septiembre 1958, p. 29.

²⁹ *International Boundary & Water Commission, United States & Mexico, Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal celebrado en virtud de la convención de junio 24 de 1910*, México, Artes Gráficas, Granja Experimental de Zoquipa, 1911.

Su misión –según el convenio– consistió en decidir “si el dominio eminente sobre el territorio del Chamizal corresponde a México o a los Estados Unidos de América”. Vale aquí anotar que por *dominio eminente* ha de entenderse una expresión acuñada por Grocio, que significa ejercicio de soberanía. El ejercer un derecho sobre bienes del dominio público o directo, como menciona el artículo 27 constitucional. Dicho con palabras similares, el tribunal debería resolver quién ejercería la soberanía sobre ese territorio.

Cabe anotar que, durante el periodo de sesiones del tribunal, se produjo la renuncia del general Díaz a la presidencia de la República, pero esto no pareció detener la marcha de los trabajos. En los documentos ni siquiera se hace mención a esa renuncia, mucho menos a la actividad armada que poco después se produciría en México. Los enviados por el gobierno del General Díaz continuaron con su labor.

Se había pactado iniciar trabajos arbitrales lo más pronto posible: el primero de marzo de 1911 en la ciudad de El Paso. No obstante, se realizaron del 15 de mayo al 2 de junio de 1911. El tribunal sesionó en El Paso, en el edificio de la Corte de Distrito, y los actos se realizaron en idioma inglés. La toma de Ciudad Juárez y los llamados tratados de esta ciudad (del día 21 de mayo), realizados cinco días antes de la toma, no frenaron el inicio de los trabajos. Ni siquiera porque en ese lugar estaba presen-

te Francisco Madero, que luego sustituyó al general Díaz. No encontré ninguna expresión que Madero hubiese pronunciado en torno al tribunal durante los debates. Solo hizo una alusión, pero no hasta que llegó a la Ciudad de México, después de haber tomado el poder.

Lo tramitado en el tribunal se realizó en inglés. Se tradujeron infinidad de documentos mexicanos a ese idioma.

En realidad, de los tres “árbitros”, dos (el de EUA y el mexicano) no actuaron como verdaderos árbitros sino como partes interesadas y negociadoras (casi, casi, diplomáticas). El mérito final se lo llevó el tercer árbitro, Eugène Lafleur (el canadiense),³⁰ que logró conciliar, si es que así puede decirse, a sus dos colegas con los que debatió la respuesta o laudo final. La buena fe e imparcialidad que debe caracterizar a todo árbitro la reconozco en el canadiense.

Jurídicamente, no me pareció conveniente que uno de los mismos comisionados que había resuelto con anterioridad se integrara al nuevo tribunal. Al menos, el coronel Anson Mills³¹ repitió.

Las deliberaciones para la decisión, más que parecer discusiones de pro y contra a propósito de una toma de decisión, propias de un tribunal de árbitros imparciales, ofreció en su lugar debates entre

30 Eugène Lafleur (1856-1930), originario de Canadá, Bachelor of civil law, profesor de Derecho Civil en el McGill College, especializado en derecho internacional.

31 Militar, ingeniero civil, originario de Indiana; peleó en la guerra civil al lado de los del norte.

partes y juez (entre comisionados de cada país y Lafleur). Cada comisionado rivalizaba en su posición para poderle “ganar” al contrario aunque, eso sí, “con mucha cortesía”. La imparcialidad o ecuanimidad no fueron la nota que los caracterizó. El laudo dictado da cuenta de las diferencias entre los comisionados de cada país, actuando como verdaderas partes en el asunto y no como jueces imparciales. Los problemas del arbitraje a ser resueltos (la litis) fueron:

I. ¿El límite era fijo o arcifinio? México se sostuvo en el fijo, porque se elaboraron planos exactos y se colocaron monumentos. Por su parte, EUA, por el arcifinio, porque “históricamente” –dijo– la línea había sido arcifinia.³²

Lafleur dijo que no era fácil precisar el punto exacto del río, pero tampoco imposible, pues podría reconstruirse una línea bastante aproximada a partir de testimonios y planos o, incluso, una transacción.

II. ¿El tratado de 1884 destruyó la línea fija que estuvo al centro del río? Aquí la cuestión fue la retroactividad del tratado, un problema del lenguaje. México sostuvo que los límites deben deducirse de los tratados de 1848 y 1853, no del de 1884 o, ante la ambigüedad, conforme a los principios del derecho internacio-

nal. El territorio del Chamizal –alegó– se formó antes de que entrara en vigor el convenio de 1884. Por su parte, EUA sostuvo que el gobierno de México ha considerado a ese tratado como retroactivo y que, a partir de este, sometió a la jurisdicción el problema. Incluso, que así fue abordado en el caso del tratado de bancos de 1905. El punto medular radicó en la interpretación del Tratado de 1884, pues de haberse aplicado, el punto sobre él se centraría en la cuestión de los límites arcifinios, no los propios de una línea fija. Se trató de una cuestión nada fácil de interpretar, sobre todo por las contradicciones en los textos de derecho convencional y declaraciones de políticos mexicanos.

III. Suponiendo que se tratase de una línea fija, como lo alegaba México, ¿cabría que cada Estado pudiera adquirir por usucapión (prescripción) el derecho al dominio eminente? Este fue uno de los argumentos de EUA. El argumento fue descartado en el plano internacional.

IV. Pero, si acaso la línea es la arcifinia, ¿debería regirse por los principios de 1884?

V. Admitiendo que así fuese, ¿los cambios habidos en la zona se regulan todos por la convención de 1884?

VI. Si fueron diversas las épocas, ¿a qué categoría pertenecieron los ocurridos hasta 1863 y cuáles a partir de 1864?

³² Límite arcifinio: hace relación a un límite natural, esto es, que, si el río se mueve, también la frontera se mueve.

La contradicción en los diversos tratados llevó a estos problemas. Por ello, EUA hizo hincapié en el tratado de 1884, como más nuevo. Sostuvo que debía tomarse en cuenta este tratado, pues los cambios fueron lentos y graduales, acorde al espíritu de este tratado.

VII. ¿Podría jurídicamente la Comisión fallar fraccionando el terreno y asignar una nacionalidad a un país y otra a otro? Para Lafleur, esto sí era posible.

VIII. Ya sea que se resuelva por mayoría o unanimidad la línea teórica, ¿los árbitros podrían hacer precisiones sobre dicha línea con mayor exactitud? La respuesta fue que no necesariamente.

La cuestión no es fácil. El tema se asienta en la ejecutabilidad del laudo. ¿Qué es lo que se ejecutaría? Se trata de una indeterminación del objeto, pues no estaba identificado en su totalidad. ¿De qué punto a qué punto el río convulsionó, precisamente después del tratado Guadalupe Hidalgo?, ¿de qué base partir para el deslinde? De esto no hay constancia exacta. Los testigos solo aludieron a ciertos desgajes de terreno en una parte que habían observado y sin hacer precisiones exactas del lugar. Ninguno de esos testigos era ingeniero o agrimensor. Además, hablaban o se referían a lo ocurrido en lo que por ese entonces era un pedazo de desierto casi deshabitado (el plano de Emory-Salazar no muestra vestigios de habitantes). Lafleur, tal vez, pensó en la

posibilidad de hacer una identificación por otros medios técnicos.³³

IX. ¿Podría la Comisión reabrir las audiencias una vez que fueron cerradas, incluso reabrir un periodo probatorio?

X. Si acaso se reabriese la audiencia, ¿cabría que una sola de las partes ofreciese pruebas (o ambas)?

XI. ¿Podría el tribunal excederse (prorrogar) del plazo de treinta días para fallar? Estos puntos de litis surgieron cuando se produjo la resolución final, a instancia de EUA, que deseaba que el caso fuese resuelto. Para ello, propuso que se reabrieran las audiencias. Lafleur se negó a ello.

Durante el proceso, solo hubo pruebas documentales, no hubo testimoniales. Pero, ¿cuáles testigos?, el tiempo había pasado y estos seguramente ya no vivían o no recordaban. Se cerró el juicio a prueba y se iniciaron los alegatos. Para estos, se propuso dividirlos en tres apartados: línea fija, prescripción y tratado de 1884, pero surgieron oposiciones porque cada abogado de EUA quería hablar de todo, en lugar de organizarse entre ellos, para que

³³ Para 1962, anota Gómez Robledo, "afortunadamente, se tenían los levantamientos topográficos, del todo fidedignos que se dieron del río en los años de 1827, 1852, 1853, 1873, 1881, 1885, 1896, 1910 y 1962. Teniendo presentes estas diferentes posiciones pudieron estudiarse todos los posibles alojamientos del río, para deducir su curso en 1864". Gómez Robledo, Antonio, "Evolución histórica de la controversia", en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, pp. 158 y 159.

uno hablase de un tema y otro de otro. El tribunal, desesperado, cambió el sistema y en lugar de consultar a los abogados estableció unilateralmente las reglas: se oiría una sola vez a cada agente y abogado sobre tema libre y sin réplicas. Los abogados y agentes solicitaron una hora y media cada uno, más una, en la sesión final.

Para la deliberación final hubo una deliberación secreta entre los miembros de la Comisión. En esta, el pleito inicialmente estaba perdido para México. Lafleur opinó en sentido contrario a lo que sostenía la defensa mexicana. Los temas de la línea fija y la irretroactividad sostenida por México parecían derrotados.

Durante tres días de audiencias esas fueron las conclusiones. En el cuarto día, Lafleur volvió sobre el tema de la línea de 1864, estimando que sería la solución más viable, a lo que se opuso el comisionado de EUA. Argumentó que la corte carecía de poder o competencia para fraccionar el predio. Al final del día, y tras acalorados debates, Lafleur estimó que la Corte no solo tenía el derecho, sino la obligación de fraccionar el terreno, si las circunstancias así lo exigían.

Para Lafleur, quedaba aún revisar si la corrosión había sido violenta y visible o que solo se produjo así en algunos lugares y lenta en el resto. ¿Era realmente imposible determinar la localización del río en 1864? Con esta duda se inició el debate secreto de ese día (la deliberación). El co-

misionado de EUA de inmediato precipitó a su favor la respuesta, pues propuso que eran necesarios nuevos datos y pruebas. Lafleur de inmediato contestó negando lo solicitado: “Lo que está en el expediente son los datos de los que hay que partir”. No es posible reabrir las audiencias, volver sobre pruebas y argumentos. Esa parte del juicio ya estaba cerrada.

Enseguida, el comisionado de EUA propuso reabrir las audiencias; el mexicano se rehusó a aceptar la reapertura. Lafleur vaciló y estimó por un momento que tal podría ser una posibilidad para formar un criterio definitivo. El comisionado mexicano pidió esperar hasta el día siguiente para dar una opinión. Mientras tanto, consultaría con la SRE (algo que no es propio de un juzgador). Al día siguiente, la resolución final había llegado.

Por lo pronto, el comisionado mexicano expuso que, acorde a los testigos de 1896, ninguno se refirió a un sitio particular. Lo anterior, con relación al argumento de si el cambio se había producido en un solo lugar. Que bastaba esto para aceptar sus dichos. Ellos habían expresado que hubo un cambio en el río y eso bastaba para entender que se referían a toda la superficie debatida.

El Convenio de 1910 había estipulado que: “Si el laudo arbitral de que se trata fuere favorable a México, su cumplimiento se llevará a efecto dentro del plazo improrrogable de dos años, que se contarán a

partir de la fecha en que aquél se pronuncie. Durante este tiempo se mantendrá el *statu quo* en el territorio del Chamizal en los términos convenidos por ambos Gobiernos”,³⁴

Como sabemos, el laudo no se ejecutó, incluso así lo hizo saber el gobierno de EUA: no lo aceptó “por no ser válido u obligatorio”. Así lo dijo. Tuvieron que pasar más de cincuenta años para reiniciar las acciones para ello. Por otro lado, el movimiento armado en México (la Revolución), pareció impedirlo.

Cabe resaltar que el laudo no habló de cambiar el curso del río, construyendo un nuevo cauce, ni de pactar trueques o intercambios y compensaciones de tierras (como finalmente se hizo). Tampoco se preocupó por determinar qué hacer en el caso de los particulares poseedores o propietarios a ambos márgenes del río, ni siquiera la posibilidad de indemnizarlos, expropiarlos o de determinar sobre una nacionalidad si acaso cambiaban de estado que los gobernase. Nada de eso se expuso a lo largo de las negociaciones y resoluciones habidas hasta 1911.

Respecto al laudo, algunos juristas lo han estimado como un verdadero laudo,

34 Ismael Reyes Retana Tello, “México frente al arbitraje internacional: el caso de El Chamizal”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Distrito Federal, 1994.

en tanto que otros, como una resolución salomónica.³⁵

El *quid* era el dominio sobre el Chamizal, no los problemas que se podrían acarrear si México ejerciera su poder sobre una porción al lado norte del río y que al lado de una calle estuviese EUA y al otro México o, en su caso, la posibilidad de construir un muro.

El poder del tribunal solo estuvo referido a una cuestión: “La Comisión decidirá, única y exclusivamente, si el dominio eminente sobre el territorio del Chamizal corresponde a México o a los Estados Unidos de América...”

Seguramente con grandes problemas, Lafleur llegó a una decisión final, la cual estuvo a favor de México, pero de inmediato el comisionado de EUA se inconformó. Desde entonces, la actividad se vino abajo y por muchos años. Sobre esta inconformidad, en lugar de dejársela a EUA, el comisionado actuó como si hubiese interpuesto un recurso de apelación, como suele hacerlo un abogado de parte interesado.

El laudo, en opinión de Cesar Sepúlveda,

...contiene dos graves defectos: haber ido más allá de lo pactado en el compromiso, con lo que armó la objeción de abuso de derecho, y evadir la cuestión de proporcionar una vía para la fijación de la divisoria. Nadie, en efecto, hubiera podido señalar cuál

35 Laura Guillén Soldevilla, “A manera de conclusión”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 219.

era el cauce del río Grande “tal como existía en 1864, antes de las avenidas”. La buena intención del árbitro presidente, el canadiense Lafleur, quedó sólo como eso, y como un monumento de ineficacia.³⁶

Agrega el mismo jurista, en otra obra, que quedaron pendientes otras cuestiones.³⁷

VII. La actividad diplomática final

Finalmente, el laudo arbitral no se cumplió como estaba previsto. Tuvo que venir después (muchos o años después) una actividad diplomática para solventar el problema, pero ahora relacionado con la ejecución del laudo.

Al hablar del caso El Chamizal se suele afirmar una gran victoria en la diplomacia mexicana. Pienso que no hubo una única actividad diplomática, ni cabe reunir toda la actividad realizada en 100 años como una y única actividad, ni todos los actos de ambos países fueron meramente diplomáticos, ni tampoco cabe magnificar en México lo habido, basados exclusivamente en pasiones.

La cuestión de El Chamizal, como también se le conoce, dice César Sepúlveda,

36 Sepúlveda, César, “Historia y problemas de los límites de México”, en *Historia Mexicana*, vol. VIII, núm. 1, julio-sep. 1958, p. 29. Hay que tomar en cuenta que cuando Sepúlveda habló de esta “ineficacia”, el terreno de El Chamizal aún no había sido regresado a México.

37 Sepúlveda, César, “El Chamizal y algunas cuestiones diplomáticas pendientes entre México y los Estados Unidos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 47, 1962.

“está revestida de gran sentimiento nacionalista, y esto impide una serena resolución”.³⁸ Gómez Robledo opina que la resolución del caso ha pasado por tres tipos de trámites:

1. por la vía diplomática;
2. ante la Comisión Internacional de Límites; y
3. ante el Tribunal Internacional constituido por la Convención de Arbitraje.³⁹

A lo anterior habría que agregarle la nueva actividad diplomática para lograr la ejecución del laudo. A mi parecer, México actuó en diversos momentos, con diversos personajes y diversas actividades, para ejecutar el laudo que restituyó el terreno de El Chamizal a México.

Hay un primer momento, que es el que surgió con las manifestaciones de Matías Romero en EUA y las charlas con el Secretario de Estado de EUA. Charlas que fueron suspendidas o interrumpidas por un largo tiempo. Habría que entender que el gobierno de Benito Juárez no se encontraba en la Ciudad de México y que un emperador tenía tomado gran parte del territorio mexicano.

38 Sepúlveda, César, “Historia y problemas de los límites de México”, en *Historia Mexicana*, vol. VIII, núm. 1, julio-sep. 1958, p. 28

39 Gómez Robledo, Antonio, “Evolución histórica de la controversia”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 39.

Gómez Robledo estima que, al paso de tanto tiempo entre uno y otro momento, “no se tomó ninguna providencia en concreto” [se refiere a México].⁴⁰ Por su parte, Laura Guillén afirma que “la controversia pareció dormir el sueño de los justos”.⁴¹

Un segundo momento fue el que dio lugar a las reuniones de la Comisión de Límites, a partir del llamado caso número cuatro, como se etiquetó al problema. Los comisionados no llegaron a ningún acuerdo. Como lo expliqué, la comisión mixta fracasó. Cabe decir que, ante el fracaso, EUA propuso que se llamase a un tercer comisionado a manera de árbitro. México se opuso inexplicablemente, pues el Tratado de Guadalupe Hidalgo (artículo XXI) preveía esta situación. En consecuencia, la vía diplomática quedó rota por un largo tiempo.

Un tercer momento surgió cuando se logró crear un tribunal de arbitraje a partir de las comisiones existentes, pero con un árbitro a la cabeza. México, por fin, aceptó un árbitro. El mérito va para Porfirio Díaz y Teodoro Roosevelt pero, sin duda alguna, también para el mexicano Enrique C. Creel,⁴² que en 1907 propuso designar un árbitro a partir del Tratado Guadalupe Hi-

dalgo. En este caso, las actividades del tribunal llegaron al final con un laudo favorable para México. Desgraciadamente, no se cumplimentó. En este caso, la actividad arbitral no puede estimarse como diplomática, sino más bien jurisdiccional, en el mejor de los casos.

A partir del laudo, una parálisis se presentó en el gobierno mexicano. Es cierto, hubo algunas declaraciones políticas de México, pero unilaterales y sin trascendencia.⁴³

Un cuarto momento lo advierto bajo el gobierno de López Mateos en su negociación con el presidente Kennedy (más de cincuenta años después del laudo), que reiniciaron lo que “ya parecía muerto”, culminando con otros presidentes en la devolución física de los terrenos de El Chamizal, poco más de cien años después.

En cada momento se solió establecer algún convenio internacional para dirimir las controversias, pero no parecieron eficaces los convenios suscritos. La línea de cumplimiento no parece haber estado en la mente de los negociadores de estos convenios. Todo atribuido, según Gómez Robledo, a la ignorancia de esos negociadores.⁴⁴

40 *Ibidem*, p. 50.

41 Guillén Soldevilla, Laura, “A manera de conclusión”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 212.

42 Enrique C. Creel (1854-1931). Comerciante que contrajo matrimonio con la hija del gobernador de Chihuahua Luis Terrazas. Poco después se convierte en diputado, luego en embajador de México en EUA (momento en que propuso que se designase un árbitro) y, finalmente, Secretario de Relaciones Exteriores.

43 Para un listado de estas expresiones, véase Gómez Robledo, Antonio, “Evolución histórica de la controversia”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, pp. 154 y ss. Puede consultarse en <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/md/LXII/Chamizal.pdf>.

44 Gómez Robledo, Antonio, “La secuela del juicio”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 104.

VIII. Apéndice final

Finalmente, han dicho todos los políticos: “Hay que cantar victoria, ¡se hizo justicia!” ¿Será cierto? No lo creo, lo pongo en duda. Me explicaré.

Tan luego como la zona de El Chamizal regresó, los descendientes de los mexicanos que eran los propietarios de cada terreno le solicitaron al gobierno que les entregara la porción que era de sus ascendientes.

Para su infortunio, el gobierno federal se negó. Los interesados recurrieron, incluso, hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y esta volvió a negarse. “El gobierno mexicano, en exclusiva era el propietario”.

La SCJN, en Pleno, sostuvo que el dominio eminente solo le pertenece a la federación, pues tiene la propiedad originaria de tierras y aguas en todo el territorio nacional. La reivindicación solicitada por los descendientes no procede. Así lo sentenció: “... es una facultad soberana directamente derivada de la Constitución, exclusiva de la Nación, ser propietario de tierras y aguas, y constituir la propiedad privada”.⁴⁵ No juzgo más la justicia, que juzgue el lector.

Hoy en día, este terreno se encuentra en posesión de la Universidad local, del municipio, así como de un grupo religioso al

que se le prestó hace ya tres años, pero no lo ha regresado (el gobierno municipal lo ve como “tierra santa” pues ahí estuvo el Papa). Cabe concluir que el gobierno federal se lo entregó al gobierno municipal, con la condición de que solo lo destinara a actividades culturales y educativas. A mi parecer, no caben las religiosas.

IX. Referencias

Casasús, Joaquín, *El Chamizal: demanda, réplica y alegato e informes ante el Tribunal de Arbitraje y Sentencia*, México, Gómez de la Puente, editor, 1911 (ejemplar que se encuentra en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM).

Comisión Internacional de Límites entre México y los Estados Unidos, *Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal*, en Talleres de Artes Gráficas, Granja Experimental de Zoquipa, México, de 1911, p. 1413.

Gómez Robledo, Antonio, “Evolución histórica de la controversia”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014. Puede consultarse en <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/md/LXII/Chamizal.pdf>.

Gómez Robledo, Antonio, “La secuela del juicio”, en *El Chamizal a 50 años de su devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014.

Guillén Soldevilla, Laura, “A manera de conclusión”, en *El Chamizal a 50 años de su*

⁴⁵ SCJN, Pleno, SJF, 7a. época, vol. 56, Parte Primera, p. 28, Juicio ordinario civil federal 1/70, Ignacio Castillo Samaniego contra la Federación, 7 de agosto de 1973, unanimidad de 18 votos, registro: 233216.

- devolución*, México, Cámara de Diputados LXII legislatura, 2014, p. 212.
- Garza Humberto, *La invasión americana en México 1846-1848*, Edición Kindle, 2015.
- International Boundary & Water Commission, United States & Mexico, *Memoria documentada del juicio de arbitraje del Chamizal celebrado en virtud de la convención de junio 24 de 1910*, México, Artes Gráficas, Granja experimental de Zoquiapa, 1911.
- Orozco y Berra, Manuel. *Apuntes para la historia de la geografía en México*, México, Imprenta.
- Reyes Retana Tello Ismael, "México frente al arbitraje internacional: el caso de El Chamizal", en *Revista Mexicana de Política Exterior*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Distrito Federal, México, 1994.
- Sepúlveda, César, "El Chamizal y algunas cuestiones diplomáticas pendientes entre México y los Estados Unidos", en *Re- vista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 47, 1962.
- Sepúlveda, César, "Historia y problemas de los límites de México", en *Historia Mexicana*, vol. VIII, núm. 1, julio-septiembre 1958.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, SJF, 7a. época, vol. 56, Parte Primera, p. 28, Juicio ordinario civil federal 1/70, Ignacio Castillo Samaniego contra la Federación, 7 de agosto de 1973, unanimidad de 18 votos, registro: 233216.
- Universidad Autónoma de Baja California, *Visión histórica de la frontera, norte de México*, Kino, El Mexicano, 1994, p. 113.
- Von Humboldt, A., *Ensayo político sobre Nueva España*, vol. 2, Paris, Librería de Lecointe, 1836.

¿ES VIOLATORIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO EL INCREMENTO ARANCELARIO DE ESTADOS UNIDOS AL ACERO Y ALUMINIO POR MOTIVOS DE SEGURIDAD NACIONAL? IT IS VIOLATORY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION THE TARIFF INCREASE OF THE U.S. TO STEEL AND ALUMINUM FOR NATIONAL SECURITY REASONS?

JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Proclamaciones Presidenciales de incremento arancelario. IV. Medida de salvaguardia “de hecho y en esencia”. V. Procedimiento arbitral ante la OMC. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen

El incremento arancelario impuesto por Estados Unidos a las importaciones de acero y aluminio de México y de cualquier otro país, así como la Ley de Expansión Comercial norteamericana de 1962, en mi opinión violan el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Así, este trabajo es de gran actualidad, ya que el gobierno mexicano debe planear la estrategia para la defensa de los productos mexicanos en contra de dicha medida adoptada por Donald Trump. Esta investigación se realizó con base en el método inductivo y una metodología analítica, y en virtud de la nula o escasa bibliografía acerca de la materia, se consultaron diversas fuentes directas, entre otras, legislación estadounidense, tratados comerciales, resoluciones arbitrales internacionales, así como artículos de revistas especializadas, tales como “The Presidential Proclamations 9704, 9705 y 9738 – Adjusting Imports of Steel into the United States, 2018 (March 15-May 7)” y “The Effect of Imports of Steel on the National Security. An Investigation Conducted Under Section 232 of the Trade Expansion Act

¹ Magistrado presidente de la Primera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1, del Conacyt. Correo: juansaldanaperez@yahoo.com.mx

of 1962”. En conclusión, aun cuando Estados Unidos elimine el referido incremento arancelario, México debe continuar la impugnación de la Ley de Expansión Comercial norteamericana, a efecto de que sea modificada por ser violatoria de la OMC.

Palabras clave: daño-grave, causalidad, desarrollo, proclamaciones presidenciales, acuerdos.

It is violatory of the World Trade Organization the tariff increase of the U.S. to steel and aluminum for national security reasons?

Abstract

The tariff increase imposed by E.U. to the imports of steel and aluminum from Mexico and any other countries as well as the American Trade Expansion Act of 1962 violate the World Trade Organization Agreement on Safeguards. This work is very topical since the Mexican government must plan the strategy for the defense of Mexican producers against such measure adopted by Donald Trump. This research was based on the inductive method and an analytical methodology, and by virtue of the lack of—or little—literature on the subject, several direct sources were consulted, among others, U.S. legislation, commercial treaties, international arbitration resolutions as well as articles of specialized magazines and journalistic notes such as “The Presidential Proclamations 9704, 9705 y 9738 – Adjusting Im-

ports of Steel into the United States, 2018 (March 15-May 7)”; and “The Effect of Imports of Steel on the National Security. An Investigation Conducted Under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962”. In conclusion, even when U.S. eliminate the aforementioned tariff increase, Mexico should continue to challenge the World Trade Organization Agreement on Safeguards to be modified because it violates the World Trade Organization.

Keywords: serious-damage, causality, development, presidential-proclamations, agreements.

1. Introducción

Con el objetivo de alcanzar una renegociación favorable, Donald Trump ha presionado al gobierno mexicano de muy diversas maneras, que van desde la difusión de noticias alarmantes vía Twitter (construcción del muro fronterizo pagado por México, deportación de mexicanos delincuentes y violadores, eliminación del Capítulo XIX y la terminación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte [TLCAN], entre otras), que repercuten negativamente en el tipo de cambio del peso-dólar, hasta la disminución de impuestos para retornar a territorio norteamericano las inversiones del sector automotriz ubicadas en México, y recientemente en mayo de 2018 el incremento arancelario adicional del 25 y 10 por ciento a las importaciones de acero y aluminio de México y cualquier otro

ES VIOLATORIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO EL INCREMENTO ARANCELARIO DE ESTADOS UNIDOS AL ACERO Y ALUMINIO POR MOTIVOS DE SEGURIDAD NACIONAL IT IS VIOLATORY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION THE TARIFF INCREASE OF THE U.S. TO STEEL AND ALUMINUM FOR NATIONAL SECURITY REASONS

origen, con el argumento de que ponen en riesgo la seguridad nacional norteamericana, lo cual ha desatado una guerra comercial internacional.

Al mismo tiempo que se difundió la noticia de que México y Estados Unidos habían alcanzado un convenio bilateral en el marco de renegociación del TLCAN, presionando a Canadá para que acepte nuevas reglas comerciales, también se reveló que en las próximas semanas el presidente Trump podría anunciar los resultados de una investigación acerca de si las importaciones de autos representan un riesgo para la seguridad nacional norteamericana y, en su caso, imponerles un arancel adicional del 25 por ciento.

Al respecto, el secretario de Economía de México manifestó que el “blindaje” está previsto en “cartas paralelas” o *side letters*, con validez jurídica, para evitar futuros incrementos arancelarios a la importación de automóviles mexicanos hacia Estados Unidos, con el argumento de seguridad nacional, con base en la Sección 232 de la Ley de Expansión Comercial estadounidense.

Sin embargo, en mi opinión personal, los compromisos plasmados en las *side letters* no garantizan que el presidente estadounidense no incrementará aranceles a la importación de automóviles mexicanos por motivos de seguridad nacional.²

Es importante recordar las denominadas “cartas paralelas” del actual TLCAN, que cerraban la posibilidad de exportar los excedentes de azúcar mexicano al mercado norteamericano, y cuya validez fue objetada por México al considerar que no formaban parte del tratado, y que fueron objeto de una larga controversia con Estados Unidos. En todo caso, considero que el “blin-

² Meléndez, Jorge A., Incluye seguro el Tratado, SE, periódico *Reforma*, primera plana, 30 de agosto de 2018.

daje” debería plasmarse no solo en el texto del tratado comercial, sino también en la *Implementation Act* del nuevo TLC, esto es, en la ley nacional aprobada por el Congreso y que tiene fuerza obligatoria en territorio estadounidense.

Esta nueva amenaza se suma a las limitantes impuestas por Trump en la renegociación del TLCAN, al desarrollo de la industria automotriz en México. Las reglas de origen se modificaron para que el 75 % del valor agregado de los automóviles sea de contenido regional, actualmente es de 65 %. Además, el 40% y 45% del valor agregado de los vehículos debe ser fabricado con mano de obra que gane 16 dólares por hora. Especialistas consideran que estas medidas limitarían significativamente la importación a Estados Unidos de autos mexicanos. Las empresas que cumplan con las reglas de origen no pagaran arancel, y el resto cubrirá el 2.5% de la Nación Más Favorecida.³

Por lo anterior, es importante realizar un análisis jurídico del incremento arancelario impuesto por Donald Trump a las importaciones de acero y aluminio, con el argumento de que ponen el riesgo la seguridad nacional norteamericana, medida que podría aplicarse a las importaciones de automóviles y otros productos, por lo que resulta relevante conocer si el men-

3 Díaz, Ulises, Pactan EU y México. Anuncian nuevo acuerdo comercial. Ponen contrarrelaj a Canadá. *Reforma*, primera plana, 28 de agosto de 2018 y *Reforma Staff*. Topan exportación de autos mexicanos. Exhiben en sector automotriz acuerdo comercial no reportado. *Reforma*, primera plana, 29 de agosto de 2018.

cionado incremento arancelario cumple o no con las reglas establecidas en la OMC, y en su caso identificar los mecanismos de defensa que tiene México para su impugnación.

II. Antecedentes

Durante su campaña y después como presidente, Donald Trump ha amenazado en repetidas ocasiones a sus socios comerciales con terminar el TLCAN, a menos que se alcance una renegociación favorable a sus intereses, argumentando que ambos países se han estado aprovechando de la economía norteamericana, la cual, a su decir, reporta un importante déficit en su balanza comercial, y que principalmente México se roba los empleos y las inversiones estadounidenses, como las de la industria automotriz, entre otras.

III. Proclamaciones Presidenciales de incremento arancelario

El 8 de marzo de 2018 el presidente Trump emitió las Proclamaciones Presidenciales 9704 y 9705, a través de las cuales, a partir del 23 de marzo del mismo año, impusieron aranceles adicionales del 25 y 10 por ciento a las importaciones de acero y aluminio, originarias de cualquier país.⁴

4 Presidential Proclamation 9704 Adjusting Imports of Aluminum into the United States, *Economy & Jobs*, Issued on March 8th, 2018. Federal Register, Vol. 83, No. 51, pp. 11619-11624, March 15th, 2018. Presidential Proclamation 9705 Adjusting Imports of Steel into the United States, *Economy & Jobs*, Is-

Posteriormente, mediante las Proclamaciones Presidenciales 9739 y 9729 del 30 de abril de 2018, se excluyó de la aplicación de dicha medida a las importaciones de Canadá, México, Argentina, Australia, Brasil, Corea del Sur y la Unión Europea hasta el 31 de mayo del mismo año.⁵

Mediante la Proclamación del 31 de mayo de 2018, a partir del 1 de junio siguiente, se incluyó en el incremento arancelario a México, a la Unión Europea y Canadá, lo cual seguramente tiene, entre otros efectos, ejercer presión para que México consienta las condiciones que pretende imponer en la renegociación del TLCAN. Además, dicha Proclamación excluyó del incremento arancelario a las importaciones originarias de Argentina, Australia, Brasil y Corea del Sur, y se impusieron cupos a las importaciones originarias de esos países.

Las Proclamaciones Presidenciales mencionadas incrementaron los aranceles con el argumento de haber identificado importaciones de acero y aluminio en cantidades y circunstancias que menoscaban la seguridad nacional de Estados Unidos, resultado de la investigación denominada “Efecto de las importaciones de acero y aluminio en la seguridad nacional”, realizada por el Departamento de Comercio (Department of Commerce – DOC), de con-

sued on March 8th, 2018. Federal Register, Vol. 83, No. 51, pp. 11625-11630, March 15th, 2018.

5 Presidential Proclamation 9739 Adjusting Imports of Aluminium into the United States, *Economy & Jobs*, Issued on April 30th, 2018. Federal Register, Vol. 83, No. 88, pp. 20677-20682, May 7th, 2018.

formidad con el artículo 232 de la Ley de Expansión del Comercio Exterior de 1962, modificada (19 U.S.C. 1862).⁶

Las referidas investigaciones reconocen la estrecha relación del bienestar económico de Estados Unidos con su seguridad nacional y evalúan si el acero y aluminio se están importando “en tales cantidades” y “en circunstancias tales” como para “amenazar con perjudicar la seguridad nacional” estadounidense.

En las investigaciones del DOC, se determinó que para los efectos de la Sección 232 de la Ley de Expansión Comercial estadounidense la “seguridad nacional” incluye la “seguridad general y el bienestar de ciertas industrias, más allá de las necesarias para satisfacer los requisitos de defensa nacional, que son críticas para las operaciones mínimas de la economía y el gobierno”.

Conforme a lo requerido en la Sección 232, el DOC examinó el efecto de las importaciones en la “seguridad nacional”, incluyendo:

- La producción nacional necesaria para los requisitos de defensa nacional proyectados;

6 U.S. Department of Commerce. The Effect of Imports of Steel on the National Security. An Investigation Conducted Under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as amended. U.S. Department of Commerce. Bureau of Industry and Security Office of Technology Evaluation. January 11th, 2018. U.S. Department of Commerce. The Effect of Imports of Aluminium ... Evaluation. January 18th, 2018 (https://www.commerce.gov/sites/commerce.gov/files/the_effect_of_imports_of_aluminum_on_the_national_security_-_with_redactions_-_20180117.pdf)

- La capacidad de las industrias nacionales para cumplir con dichos requisitos;
- Las disponibilidades existentes y anticipadas de recursos humanos, productos, materias primas y otros suministros y servicios esenciales para la defensa nacional;
- Los requisitos de crecimiento de tales industrias, suministros y servicios, incluyendo la inversión, exploración y desarrollo necesarios para asegurar tal crecimiento;
- La importación de bienes en términos de sus cantidades, disponibilidades, carácter y uso, ya que afectan a dichas industrias; y
- La capacidad de Estados Unidos para cumplir con los requisitos de seguridad nacional.

El DOC concluyó que “el desplazamiento de acero doméstico por importaciones excesivas y el impacto adverso de esas cantidades de importaciones de acero sobre el bienestar económico de la industria siderúrgica nacional, junto con la circunstancia de exceso de capacidad global en acero”, están “debilitando nuestra economía y por lo tanto amenazan” con perjudicar “la seguridad nacional como se define en la *Sección 232*”.

Es importante destacar que las Proclamaciones Presidenciales que determinaron el incremento arancelario, impusieron cupos y excluyeron a las importaciones de

acero y aluminio originarias de determinados países, y se fundamentan únicamente en leyes nacionales de Estados Unidos, sin mencionar siquiera los acuerdos de la OMC.

iv. Medida de salvaguardia “de hecho y en esencia”

Es importante señalar que las Proclamaciones Presidenciales tampoco indican la figura jurídica regulada en la OMC, con base en la cual se determinó el incremento adicional de aranceles a las importaciones de acero y aluminio, motivo por el cual los países exportadores afectados entre los que destacan la India, Canadá, la Unión Europea y México, han considerado que “las medidas en litigio constituyen, *de hecho y en esencia*”, medidas de salvaguardia violatorias del Artículo XIX del GATT de 1994 (GATT) y del Acuerdo sobre Salvaguardias.⁷

Enseguida expondremos los requisitos sustantivos y de procedimiento que Estados Unidos debe cumplir para determinar un incremento adicional de aranceles y/o imponer cupos a las importaciones (acero y aluminio) originarias de cualquier parte del mundo (salvaguardia global) y, en su caso, excluir de dichas medidas a las importaciones originarias de algunos países, conforme a lo establecido en el artículo

⁷ Estados Unidos - Determinadas medidas relativas a los productos de acero y aluminio. Solicitud de celebración de consultas presentada por México. WT/DS551/1 G/L/1246 G/SG/D56/1. 7 de junio de 2018 (18-3530).

XIX del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT, por sus siglas en inglés) y en el Acuerdo sobre Salvaguardias. De igual manera, analizaremos la legalidad de la reciente medida de salvaguardia *de hecho y en esencia* impuesta por Estados Unidos a las importaciones de acero y aluminio.

Un país solo podrá imponer una medida de salvaguardia como resultado de una investigación realizada por la autoridad competente del país importador, que cumpla con los requisitos sustantivos y de procedimiento previstos en el artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias que a continuación se analizan.

4.1. Requisitos sustantivos

El GATT 94 y el Acuerdo sobre Salvaguardias integran el marco jurídico básico que regula las medidas de salvaguardia a nivel internacional. Sin embargo, no contienen una definición de la misma. Por los elementos sustantivos que la integran, podemos afirmar que las salvaguardias son medidas de emergencia “temporales”, cuantitativas, de protección y restricción no arancelarias, que adoptan la forma de arancel y/o cupo, y se imponen a una mercancía, cualquiera que sea su origen, como resultado de una investigación administrativa, cuando a consecuencia de la “evolución imprevista de las circunstancias” y por “efecto de las obligaciones contraídas” por algún país miembro de la OMC (concesiones arancelarias), las im-

portaciones de dicha mercancía “han aumentado en tal cantidad y en condiciones tales” que “causan o amenazan con causar un daño” grave a la rama de producción nacional de mercancías similares o directamente competidoras, con el fin de protegerlas para facilitar su ajuste y mejorar su competitividad, a cambio de otorgar una compensación a los países exportadores.

Técnicamente una salvaguardia no es un arancel (impuesto a la importación), sin embargo, puede adoptar la forma de incremento arancelario, o bien, de cupo o contingente (medida cuantitativa). Las salvaguardias se clasifican en globales y bilaterales. Las globales tienen el efecto “escopeta”, ya que se imponen a una mercancía, cualquiera que sea su origen, salvo las excepciones establecidas en el Acuerdo sobre Salvaguardias y en los tratados bilaterales sobre la materia. En cambio, una salvaguardia bilateral solo se aplica a uno o varios países con los que se tiene suscrito un tratado conforme a las reglas previstas en el mismo.

El objetivo de la salvaguardia es proporcionar a la industria nacional el tiempo necesario para mejorar su competitividad, lo cual impone la obligación a la industria nacional beneficiada de presentar un Programa de Ajuste que tiene por objetivo mejorar su eficiencia, de manera tal que le permita competir con las importaciones. Además, también debe presentar un Plan de Liberalización, esto es de eliminación de la salvaguar-

dia en la medida que la producción nacional va implementando el Programa de Ajuste.⁸

El elemento político es un aspecto muy importante en la imposición de una salvaguardia, puesto que la compensación que se otorgue puede afectar a productores de otras ramas de la producción nacional que sean objeto de “compensación”, así como a los consumidores y al interés público en general.

De lo anterior, se desprende que los elementos esenciales que debe cumplir una medida de salvaguardia global *de hecho y en esencia*, como la impuesta al acero y aluminio, mismos que analizaremos en el presente trabajo, son los siguientes:

- Existencia de una evolución imprevista de las circunstancias;
- Por efecto del cumplimiento de obligaciones;
- Daño grave y causalidad;
- Aumento de importaciones en tal cantidad;
- Aumento de importaciones en condiciones tales;
- Amenaza de daño grave y causalidad;
- Mercancía similar o directamente competidora;
- Aplicación a mercancía de cualquier origen;
- Vigencia;

- Ajuste de la producción nacional;
- Compensación a exportadores; e
- Investigación administrativa.

4.1.1. Evolución imprevista de las circunstancias

Para la determinación y aplicación de una salvaguardia, debe demostrarse como cuestión de hecho la existencia de una “evolución imprevista de las circunstancias”. Las disposiciones de la OMC no establecen ningún parámetro sobre la manera en que se debe demostrar la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias, por lo que los argumentos sobre el particular son diferentes en cada caso.

Por ejemplo, en el caso de “determinados productos siderúrgicos” las comunidades europeas argumentaron que, a partir de 1988 y en reacción a la crisis asiática, Estados Unidos, que representa un octavo del consumo mundial del acero, comenzó a imponer una serie de medidas restrictivas (cuotas compensatorias por *dumping* y subvenciones) a las importaciones de diversos productos siderúrgicos, lo que provocó la disminución del 33 por ciento en las importaciones de acero a dicho país entre 1988 y 2001.

En consecuencia, las importaciones de los productos afectados aumentaron notablemente en la comunidad europea en 1988 y los precios descendieron notablemente en 1999, hechos que no pudieron ser previstos.

8 Yong-Shilk, Lee, *Safeguards Measures in World Trade*, Kluwer Law International, Holanda, 2005, p. 9.

**Derechos antidumping y compensatorios
impuestos por Estados Unidos a productos
siderúrgicos (1997-2001)**

Año	Derecho antidumping	Derecho compensatorio
1997	5	0
1998	6	1
1999	16	7
2000	14	5
2001	26	5

Fuente: elaboración propia.

*4.1.2. Por efecto del cumplimiento
de obligaciones*

Para cumplir el requisito “por el efecto del cumplimiento de sus obligaciones” solo se debe demostrar el hecho de que el miembro importador ha contraído obligaciones, incluidas concesiones arancelarias, en virtud del GATT de 1994.

El país importador, al integrarse a la OMC, adquiere ciertas obligaciones (incluida la desgravación arancelaria) en un contexto o situación comercial tal que estima que la liberación comercial que implica su cumplimiento, no tendrá efectos negativos en sus sectores industriales; sin embargo, argumenta que “por el efecto del cumplimiento de sus obligaciones” dichas circunstancias han cambiado, de tal manera que la liberación comercial desde estas nuevas circunstancias sí ha tenido efectos sobre la industria de que se trate, en particular en las industrias del acero y del aluminio.

4.1.3. Daño grave o amenaza de daño grave y causalidad

Por otra parte, el análisis del daño grave consiste en determinar si el aumento de las importaciones en tal cantidad y en condiciones tales, han causado un menoscabo general y significativo en la rama de la producción nacional, por lo que debe incluir todos los factores pertinentes que tengan relación con la rama de la producción, conforme a lo previsto por el artículo 4.1 a) del Acuerdo sobre Salvaguardias.

*4.1.4. Aumento de importaciones
en tal cantidad*

“El [aumento de importaciones en tal cantidad] significa que las importaciones han aumentado en el pasado, lo que no implica claramente que las importaciones que han comenzado a aumentar en el pasado tengan también necesariamente que seguir aumentando”.⁹

Además, se requiere que las importaciones se hayan realizado “en condiciones tales” que causen o amenacen causar “daño grave” a la producción nacional.

4.1.5. Aumento de importaciones en condiciones tales

Sólo se podrá aplicar una medida de salvaguardia si se ha determinado que las importaciones de una mercancía han aumentado en *tal can-*

⁹ Artículo 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias. Informe del Grupo Especial del caso *Argentina-calzado*, *op. cit.*, nota al pie de página núm. 530.

tividad y en condiciones de competencia tales en el país importador que causen o puedan causar un daño grave.¹⁰

Considero que se debe explicar la interacción del producto importado con el nacional y analizar diversos factores, tales como:

- Precio;
- Características físicas (apariencia, estilo, moda);
- Calidad;
- Servicio;
- Entrega;
- Adelantos tecnológicos;
- Gustos del consumidor; y
- Otros factores relacionados con la oferta y la demanda en el mercado.

Para determinar si el aumento de las importaciones ha causado o amenaza con causar un daño grave a una rama de la producción nacional, se requiere evaluar todos los “factores pertinentes” de carácter objetivo y cuantificable (si aumentaron o disminuyeron, se mantuvieron estables, no aumentaron lo que deberían) que tengan relación con la situación de la rama de la producción nacional de que se trate, a que se refiere el artículo 4.2. (a) del

¹⁰ Artículo 4.2 (a) y (b) del Acuerdo sobre Salvaguardias. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Argentina-Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, 14 de diciembre de 1999, párrafo 93.

Acuerdo sobre Salvaguardias, que se indican enseguida:

- Parte del mercado interno absorbida por las importaciones;
- Cambios en el nivel de ventas;
- Producción;
- Productividad;
- Utilización de la capacidad;
- Ganancias y pérdidas;
- Empleo;
- Otros factores (no obligatorios), tales como:
 - a) Existencias (inventarios);
 - b) Recesión económica;
 - c) Costos;
 - d) Precios internos; e
 - e) Inversiones.

4.1.6. Amenaza de daño grave y causalidad

El análisis de “amenaza de daño grave” determina si hay una clara inminencia de que en un futuro haya un menoscabo general y significativo en la rama de la producción nacional, a causa de un aumento de importaciones en tal cantidad y en condiciones tales, por lo que se debe realizar un “análisis prospectivo” de “todos los factores pertinentes” que tengan relación con la rama de la producción, previstos en el artículo 4.1. (a) del Acuerdo sobre Salvaguardias, enumerados en el párrafo anterior, el cual permitirá conocer si es probable que, de continuar las importaciones,

estas tengan la repercusión de causar un daño grave en la producción nacional.

Las medidas de salvaguardia *de hecho y en esencia* impuestas a las importaciones de acero y aluminio no cumplen, entre otros, con los siguientes requisitos sustantivos:

- Una explicación razonada sobre la “evolución imprevista de las circunstancias” por efecto de las obligaciones contraídas;
- La existencia de un aumento de las importaciones en términos absolutos o relativos;
- La existencia de un daño grave o amenaza de daño grave a la rama de la producción nacional de Estados Unidos; y
- La relación causal entre ambos.

Es pertinente destacar que el supuesto o la justificación referida en las Proclamaciones Presidenciales para determinar un incremento arancelario consistente en haber “identificado importaciones de acero y aluminio “en tales cantidades” y “en circunstancias tales” como para “amenazar con perjudicar la seguridad nacional” estadounidense con base en el artículo 232 de la Ley de Expansión del Comercio Exterior de 1962 modificada (19 U.S.C. 1862), viola el artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias, los cuales no establecen el supuesto de “seguridad nacional” para la imposición de una salvaguardia.

4.1.7. *Mercancía similar o directamente competidora*

El Acuerdo sobre Salvaguardias no define los “productos similares” y “productos directamente competidores”. Sin embargo, considero que un producto similar es “aquel que tenga características muy parecidas a las del producto considerado”,¹¹ para lo cual se debe tomar en cuenta la existencia de características comunes entre los productos en relación con los procesos de fabricación, tanto en los países de origen de la mercancía como en el país importador.

El término “directamente competidores” es más amplio que el de “similar”, por lo que se debe demostrar que los productos nacionales e importados son sustitutos (no características y composición semejantes), compiten en los mismos segmentos de mercado y son utilizados por los mismos consumidores, entre otros aspectos.

4.1.8. *Vigencia*

La salvaguardia estará vigente el tiempo necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste, hasta por cuatro años y excepcionalmente hasta por ocho años, cuando se justifique para prevenir o reparar el daño grave y se demuestre que la producción nacional está en proceso de reajuste. Si un país en desarrollo impone la medida, la podrá apli-

¹¹ Artículos 2.6 del Acuerdo *Antidumping* y 37 del Reglamento de la LCE.

car hasta por diez años. La Proclama Presidencial que incrementa los aranceles al acero y aluminio no señala la vigencia de la medida, por lo que se viola el Acuerdo sobre Salvaguardias.

4.1.9. Excepciones

(Principio de No Discriminación)

Un miembro debe imponer una medida de salvaguardia de manera no discriminatoria, por lo que se debe aplicar a una mercancía cualquiera que sea su origen, con las excepciones conocidas como exclusiones previstas en la llamada:

Regla 3 x 9. Solo podrán excluirse de la aplicación de una medida de salvaguardia, las importaciones originarias de países en desarrollo miembros de la OMC, cuando las importaciones originarias de un país en desarrollo, individualmente, no excedan del 3 por ciento del total de importaciones, y las importaciones de los países en desarrollo en conjunto no representen más del 9 por ciento de las importaciones totales del producto en cuestión.

Estados Unidos viola el artículo 9 del Acuerdo sobre Salvaguardias, ya que aplica sus medidas a productos originarios de países en desarrollo miembros, sin respetar la Regla 3 x 9.

4.1.10. Programa de Ajuste

(compensación y liberación)

La medida de salvaguardia (arancel o cupo) tiene como finalidad proteger “temporalmente” a la industria nacional del país importador en contra del incremento en el volumen de importaciones de mercancías similares o directamente competidoras, en virtud de que la producción nacional no tiene las condiciones o adelantos necesarios para competir con los productos importados. Durante la vigencia de la salvaguardia, se va implementando el Programa de Ajuste y, al mismo tiempo, se va disminuyendo el incremento arancelario y/o el cupo hasta su eliminación total. En otras palabras, se va liberalizando la medida de salvaguardia.

La salvaguardia a las importaciones de acero y aluminio viola el Acuerdo sobre Salvaguardias, ya que la rama de la producción nacional norteamericana afectada no presentó su Programa de Ajuste, en donde incluyera, entre otros aspectos:

- Tipo, monto y vigencia de la medida solicitada;
- Las medidas de ajuste a la producción nacional (capacitación de personal, adquisición de nueva tecnología, mejora de la calidad, optimización de recursos, etcétera);
- Calendario de ejecución y cronograma de liberalización progresiva.

Por ejemplo, la salvaguardia consiste en un incremento arancelario adicional del 25 por ciento a las importaciones de acero con una vigencia de cinco años. El Programa de Ajuste debe incluir capacitación de personal para el primer año y una disminución del arancel de 20 por ciento; adquisición de nueva tecnología y disminución arancelaria de 15 por ciento el segundo año y así sucesivamente hasta eliminar el incremento arancelario en su totalidad. En otras palabras, conforme la industria norteamericana del acero se va haciendo más competitiva se va eliminando el arancel adicional impuesto. Es importante destacar que la imposición de una medida de salvaguardia lleva implícito el reconocimiento de una falta de competitividad de las ramas de la producción nacional de acero y aluminio estadounidenses.

“Los países exportadores afectados en sus exportaciones tienen derecho a una compensación que debe otorgar el país importador, dentro de los 30 días posteriores a la aplicación de la salvaguardia”.¹²

La salvaguardia impuesta al acero y aluminio es violatoria de los artículos 8.1, 8.2 y 8.3 del Acuerdo sobre Salvaguardias, ya que dentro de los treinta días posteriores a su imposición, el gobierno estadounidense debió acordar para los países exportadores

¹² La compensación se otorgará dentro de los tres años cuando la determinación de daño grave o amenaza de daño grave haya sido resultado de un análisis de aumento de volumen de importaciones en términos absolutos.

afectados una compensación proporcional (no excesiva) a la afectación causada.

La medida de salvaguardia también viola el capítulo VIII del TLCAN: Medidas de Emergencia, ya que Estados Unidos tiene la obligación de notificar a México y Canadá el inicio del procedimiento de investigación de salvaguardia y, en su caso, ofrecer opciones de compensación.

Ante el incumplimiento de Estados Unidos, el gobierno mexicano tiene el derecho de adoptar medidas que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes al incremento arancelario al acero y aluminio, por lo que suspendió el trato arancelario preferencial e incremento las tasas del impuesto general de importación a diversas mercancías originarias de Estados Unidos, que estarán vigentes hasta que el Ejecutivo Federal estime que dicho país ha dejado de aplicar las tasas arancelarias a productos de acero y aluminio originarios de México.¹³

4.2. Requisitos de procedimiento

Un país solo podrá imponer una medida de salvaguardia como resultado de una investigación realizada a solicitud de parte o de oficio por la autoridad competente del país importador, en donde se demuestre el

¹³ Decreto por el que se modifica la tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, Decreto por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte y el Decreto por el que se establecen diversos programas de promoción sectorial, publicado en el DOF del 5 de junio de 2018.

cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

Es pertinente destacar las Proclamas Presidenciales que imponen medidas de salvaguardia (de hecho y en esencia) a las importaciones de acero y aluminio, ni siquiera mencionan *The Uruguay Round Agreement Act (URAA)*, que es la ley nacional que emitió el Congreso norteamericano al momento de aprobar como un *Congressional Executive Agreement* (vía *fast track*) el Acuerdo de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, también conocido como Ronda Uruguay, mismo que contiene los denominados Acuerdos comerciales multilaterales, incluidos entre otros el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias, de cumplimiento obligatorio para todos los miembros de la OMC.¹⁴

Las referidas medidas de salvaguardia se impusieron con base en una ley nacional de Estados Unidos, la Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as amended (19 U.S.C. 1862), en donde se establece la posibilidad de establecer un incremento arancelario adicional a las importaciones, bajo la justificación de la seguridad nacional, supuesto no previsto en la OMC.

¹⁴ Para un estudio más detallado sobre los Congressional Executive Agreements en el derecho norteamericano, véase: Saldaña Pérez, Juan Manuel, ¿Puede Trump terminar el TLCAN sin la aprobación del Congreso? En: *Foro Jurídico*, núm. 170, México, noviembre de 2017.

v. Procedimiento arbitral ante la OMC

Previa etapa de consultas obligatorias cualquier país miembro, incluido México, puede solicitar ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC el establecimiento de un Grupo Especial (GE), a efecto de que mediante un proceso arbitral se decida si una medida de otro miembro infringe cualquiera de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Marrakech por el que se crea la OMC (Ronda Uruguay), incluido el artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias. Un país puede solicitar el procedimiento arbitral de la OMC en cualquier momento durante la vigencia de la medida de salvaguardia.

Este procedimiento es de gobierno a gobierno (arbitraje público), por lo que los importadores, exportadores y productores nacionales no son parte del mismo. El GE resuelve en primera instancia; debe formular y entregar su Informe Definitivo a las partes en un plazo de un año, contado a partir de la solicitud de consultas. Cualquiera de las partes (gobiernos de Estados Unidos o México) puede apelar las decisiones del GE ante el Órgano Permanente de Apelación (OA), las cuales se deben limitar a las cuestiones de derecho abarcadas por el informe del GE y a la interpretación jurídica hecha por el mismo.

El OA debe presentar su Informe al OSD y distribuirlo a los miembros, el cual es obligatorio para las partes y puede confirmar,

modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE. El OSD debe emitir sus “recomendaciones” con base en el Informe del OA. El procedimiento arbitral en segunda instancia ante el OA tiene una duración aproximada de tres meses. Cuando el miembro obligado incumpla las recomendaciones (treinta días), el OSD le fijará un “plazo prudencial” para hacerlo, y de no cumplirlo debe negociar una “compensación” con la parte reclamante (veinte días). De no alcanzar un acuerdo, la parte reclamante podrá solicitar al OSD autorización para suspender a la otra parte la aplicación de concesiones u otras obligaciones (medidas de represalia).

5.1. Arbitraje legislativo

Conforme a lo establecido por el artículo 1 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD), México puede solicitar un “arbitraje legislativo” ante la OMC, esto es, la instalación de un GE que revise si la Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as amended (19 U.S.C. 1862) o cualquier otra ley nacional de Estados Unidos contraviene o no está acorde con el artículo XIX del GATT, el Acuerdo sobre Salvaguardias o cualquier otro acuerdo de la OMC.

A manera de ejemplo, en el caso México carne de bovino y arroz, además de los argumentos económicos y jurídicos en contra de las cuotas

compensatorias (antidumping) impuestas por el gobierno mexicano, Estados Unidos impugnó ante el OSD de la OMC las reformas a la Ley de Comercio Exterior de México del 2003 que adopto la metodología de *zeroing* prevista en el *The Uruguay Round Agreement Act Sec 777A.(35) (A)* (URAA- ley interna de EU), con base en la cual en el cálculo de un margen de dumping solo se deben incluir las importaciones que si tienen *dumping*, excluyendo aquellas que no tienen *dumping*. El OSD resolvió que México debía poner sus LCE en conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo *Antidumping*. A efecto de dar cumplimiento al laudo arbitral, el Congreso de la Unión de México mediante Decreto publicado en el DOF en diciembre del 2006, reformó diversos artículos de la LCE.¹⁵

A pesar de que la metodología de *zeroing* prevista en el URAA. (ley nacional estadounidense) ha sido impugnada por la Comunidad Europea, Japón, México y otros países en más de 14 ocasiones, ante el OSD, donde se ha resuelto que Estados Unidos debe abandonar el uso de *zeroing* y modificar URAA (ley nacional), a efecto de adecuarla a lo previsto en el Acuerdo Antidumping, el gobierno norteamericano se ha negado a cumplir bajo el pretexto de que el Ejecutivo no puede obligar al Congreso (Poder Legislativo) a modifi-

15 Véase Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 13 de marzo de 2003; Informe del Órgano de Apelación del caso México: Medidas *antidumping* definitivas sobre la carne de bovino y el arroz. WT/DS295/AB/R, 29 de noviembre de 2005; y Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 21 de diciembre de 2006.

car una ley nacional (URAA), debido a la división de poderes.¹⁶

VI. Conclusiones

1. El incremento arancelario impuesto por Estados Unidos a las importaciones de acero y aluminio constituye una salvaguardia *de hecho y en esencia* regulada por la OMC.
2. Estados Unidos no cumplió con los requisitos sustantivos y de procedimiento de la OMC, para imponer las medidas de salvaguardia *de hecho y en esencia*, entre los que destacan: una explicación razonada y adecuada sobre la “evolución imprevista de las circunstancias” por efecto de las obligaciones contraídas; aumento de las importaciones en términos absolutos o relativos; existencia de una amenaza de daño grave a la rama de la producción nacional y la causalidad; un Programa de Ajuste, compensación y liberación, entre otros.
3. La medida de salvaguardia de Estados Unidos, se fundamenta en la Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as amended (19 U.S.C. 1862) (ley nacional), que contraviene el artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias, por lo que se debe impugnar su existencia y validez ante el OSD de la OMC (arbitraje legislativo), a efecto de que dicho país la ponga de conformidad con las reglas de la OMC, independientemente de la impugnación de la medida de salvaguardia *de hecho y en esencia* impuesta a las importaciones de acero y aluminio.
4. Las denominadas cartas paralelas (*side letters*) del nuevo TLC, anunciadas por el secretario de Economía, no son un blindaje que garantice a México que el presidente estadounidense no incrementará unilateralmente los aranceles a las importaciones de automóviles u otros productos, por motivos de seguridad nacional, ya que en el momento en que se presente una controversia respecto a su cumplimiento, el gobierno norteamericano seguramente argumentará que dichas “cartas paralelas” no tienen validez legal, por lo que no lo obligan, tal y como México lo argumentó en el caso de las “cartas paralelas” del actual TLC sobre la limitación de exportación de azúcar mexicana a Estados Unidos.
5. En todo caso, el “blindaje jurídico”, esto es, el compromiso del presidente estadounidense (Donald Trump) de no incrementar los aranceles a las importaciones de automóviles mexicanos hacia Estados Unidos, debe estar plasmado no solo en el texto del nuevo tratado comercial, sino también en

16 Para mayor información, véase: Saldaña Pérez, Juan Manuel, ¿Es injusto para Estados Unidos o para México el capítulo de cuotas *antidumping* del TLCAN. En *Foro Jurídico*, núm. 172, México, 2018.

el texto de la Implementation Act (ley nacional) que emita el Congreso norteamericano, ya que a Estados Unidos solo lo obliga su ley nacional, no el texto del tratado.

6. El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC debe resolver la controversia sobre el incremento arancelario de Estados Unidos a las importaciones de acero y aluminio de México y cualquier otro origen. Sin embargo, aun cuando el gobierno estadounidense elimine la referida medida (salvaguardia de hecho y en esencia) para evitar futuros incrementos arancelarios a la importación de otros productos, por motivos de seguridad nacional, México debe continuar la impugnación de la Ley de Expansión Comercial norteamericana, a efecto de que sea modificada por ser violatoria de la OMC.
7. En esta investigación se alcanzaron las conclusiones expuestas con base en el método inductivo y una metodología analítica.

VII. Referencias

1. Libros y revistas

- Díaz Ortiz, Adriana, Viabilidad de la aplicación de medidas de salvaguardia en México, Tesis de maestría, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2008.
- Saldaña Pérez, Juan Manuel, ¿Puede Trump terminar el TLCAM sin la aprobación del

Congreso? *Foro Jurídico*, núm. 170, México, noviembre de 2017.

- . ¿Es injusto para Estados Unidos o para México el capítulo de cuotas *antidumping* del TLCAN? En *Foro Jurídico*, núm. 172, México, 2018.

Yong-Shilk, Lee, *Safeguards Measures in World Trade*, Kluwer Law International, Holanda, 2005.

2. Leyes, tratados y resoluciones arbitrales

Acuerdo *Antidumping*.

Acuerdo sobre Salvaguardias.

Decreto por el que se modifica la tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, Decreto por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte y Decreto por el que se establecen diversos programas de promoción sectorial, publicado en el DOF del 5 de junio de 2018.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 13 de marzo de 2003.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 21 de diciembre de 2006.

Estados Unidos - Determinadas medidas relativas a los productos de acero y aluminio. Solicitud de celebración de consultas presentada por México. WT/DS551/1

- G/L/1246 G/SG/D56/1, 7 de junio de 2018 (18-3530).
- Informe del Grupo Especial del caso Argentina-calzado, *op. cit.*, nota al pie de página núm. 530.
- Informe del Grupo Especial del caso Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia, WT/DS177/AB/.
- Informe del Órgano de Apelación en el caso Argentina-Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado, WT/DS121/AB/R, 14 de diciembre de 1999.
- Informe del Órgano de Apelación del caso México-Medidas *antidumping* definitivas sobre la carne de bovino y arroz. WT/DS295/AB/R, 29 de noviembre de 2005.
- Presidential Proclamation 9704 Adjusting Imports of Aluminum into the United States, *Economy & Jobs*, Issued on March 8th, 2018. Federal Register, Vol. 83, No. 51, pp. 11619-11624, March 15th, 2018.
- Presidential Proclamation 9705 Adjusting Imports of Steel into the United States, *Economy & Jobs*, Issued on March 8th, 2018. Federal Register, Vol. 83, No. 51, pp. 11625-11630, March 15th, 2018.
- Presidential Proclamation 9739 Adjusting Imports of Aluminum into the United States, *Economy & Jobs*, Issued on April 30th, 2018. Federal Register, Vol. 83, No. 88, pp. 20677-20682, May 7th, 2018.
- Reglamento (CE) n.º 560/2002 de la Comisión, por el que se imponen medidas provisionales de salvaguardia a las importaciones de determinados productos siderúrgicos, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28.3.2002, puntos (12) a (16).
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- U.S. Department of Commerce. The Effect of Imports of Steel on the National Security. An Investigation Conducted under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as Amended.
- . Bureau of Industry and Security Office of Technology Evaluation. January 11th, 2018. Retrieved from https://www.commerce.gov/sites/commerce.gov/files/the_effect_of_imports_of_steel_on_the_national_security_-_with_redactions_-_20180111.pdf
- . The Effect of Imports of Aluminum ... Evaluation. January, 2018. Retrieved from https://www.commerce.gov/sites/commerce.gov/files/the_effect_of_imports_of_aluminum_on_the_national_security_-_with_redactions_-_20180117.pdf

3. Hemerografía

Díaz, Ulises, Pactan Estados Unidos y México. Anuncian nuevo acuerdo comercial. Ponen contrarreloj a Canadá. Periódico *Reforma*, primera plana, 28 de agosto de 2018 y *Reforma Staff*. Topan exportación de autos mexicanos. Exhiben en sector automotriz acuerdo comercial no repor-

tado. Periódico *Reforma*, primera plana,
29 de agosto de 2018.

Meléndez, Jorge A., Incluye seguro el Tratado.
SE, periódico *Reforma*, primera plana, 30
de agosto de 2018.

RECONCEPTUALIZACAO DO POSITIVISMO JURIDICO: ANALISIS COMPARATIVO DA HERANCA COMTEANA NO BRASIL E DIREITO CONSTITUCIONAL FRANCÊS RECONCEPTUALIZACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO: ANÁLISIS COMPARATIVO DEL LEGADO COMTIANO EN BRASIL Y DERECHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

MERYL THIEL¹

Resumo

O conceito de “positivismo” pode ser encontrado em uma grande variedade de matérias tal como na sociologia, no direito, na filosofia. Assim, não existiria um positivismo, e sim positivismos. No entanto, foi um homem apenas quem inventou nesta inovação terminológica e conceitual: o francês Auguste Comte. Suas aspirações à uma reorganização social durável e radical fez com que seu “espírito positivo” e sua “filosofia positiva” evoluíssem em busca do que se chama positivismo. Mas, o que significa exatamente essa palavra? Mais ainda, existiria um positivismo jurídico comtiano? Para responder a essas perguntas, farei um analisis comparativo do direito constitucional francês e da cultura juridica brasileira. De isto resultara que o positivismo juridico é mais comtiano que lo que a doutrina diz.

Palavras chave: “Governo dos juízes” - Pirâmide das normas
- Separação dos poderes

¹ Doctora en Derecho Internacional, Francia. Esta nota de investigación fue presentada en las *Jornadas da Cultura Jurídica Francesa no Brasil* organizada por la FGV, Río de Janeiro, en 2016. Associated Researcher Sciences Po Aix-en-Provence. Head of the Dept of Intl Relations, UniKL, Malaysia m.thiel@live.fr

Reconceptualización del positivismo jurídico: análisis comparativo del legado comtiano en Brasil y derecho constitucional francés

Resumen

El concepto de “positivismo” puede encontrarse en una gran variedad de materias tal como la sociología, el derecho o la filosofía. Así, no existiría un positivismo, sino positivismos. Sin embargo, fue un hombre sólo quien precisó esta innovación terminológica y conceptual: el francés Auguste Comte. Sus aspiraciones a una reorganización social duradera y radical hicieron evolucionar su “espíritu positivo” y su “filosofía positiva” en busca de lo que se llama positivismo. Pero, ¿qué significa exactamente esa palabra? Más aún, ¿existiría un positivismo jurídico *comtiano*? Para responder a esas preguntas, haré un análisis comparativo del derecho constitucional francés y de la cultura jurídica brasileña. De ello resultó que el positivismo jurídicamente es más *comtiano* que lo que la doctrina diga.

Palabras clave: “Gobierno de los jueces” - Pirámide de las normas - Separación de los poderes

Reconceptualization of legal positivism: comparative analysis between the heritage of auguste comte in Brazil and french constitutional law

Abstract

Behind the term “positivism” lies a multitude of currents of thought in fields as varied as sociology, law or philosophy: therefore, there would not be one but

positivisms. Yet it is one man who is at the origin of this terminological and conceptual innovation that upset the nineteenth century: the French Auguste Comte. The influence of his philosophy on the construction of Brazilian thought, both political and social, is certain. But what about Brazilian law? Would legal positivism be of “comtian” essence? To answer these questions, it will be proceeded to a comparative method between French constitutional law and the Brazilian legal culture. The result will be that legal positivism is more “comtian” than it seems to be.

Keywords: “Government by the judges”– Pyramid of norms– Separation of powers

I. Introdução

“Ordem e Progresso”. O rigor subjacente com adivisa brasileira faz particularmente eco nos ouvidos de um francófono. Efetivamente, é Auguste Comte, filósofo da cidade de Montpellier que, no século XIX, fez desta máxima o fundamento de seu *positivismo* essencialmente composto, “de uma filosofia e de uma política, que são necessariamente inseparáveis, como que uma constituindo a base e a outra o objetivo de um mesmo sistema universal”². Comte tinha concebido uma iconografia política ilustrando a passagem *orgânica* do nível metafísico para o nível científico. Em seu *Sistema de política positiva*, ele

2 Comte, A. *Discours sur l'esprit positif*. Paris : Vrin. 1990, p.2

propõe: “uma bandeira para o Estado positivista do Ocidente suposto ultrapassar os Estados nacionais. Ele concebe primeiramente uma “bandeira religiosa” contendo “a fórmula sagrada dos positivistas: *O Amor como princípio, a Ordem como base e o Progresso como fim*, sob um pano de fundo verde, cor natural da esperança, própria aos emblemas do futuro” e depois a “bandeira política” (...) *Ordem e Progresso*”³. Se, como pensa o Jurt, “os símbolos fazem parte da identidade dos Estados”⁴, a simbólica republicana brasileira ilustra deste modo, de alguma maneira, a influência comtiana sobre a arquitetura jurídica e política do país. Assim, também pensamos na catedral do Rio, de forma piramidal, e possuindo três portas de entrada. Mais globalmente, “os positivistas pronunciaram-se a respeito de quase todas as criações simbólicas relativas à república no Brasil: a bandeira, a divisa, o brasão, a tentativa de criação de uma alegoria da república, o mito do Tiradentes (...). De acordo com a concepção dos positivistas, uma pequena elite devia reconhecer as leis da evolução histórica independentemente do consentimento de maiorias populares ou parlamentares sempre versáteis. O objetivo era fazer com que o povo aceite ou até goste desta forma de governo”⁵. O objecti-

3 Jurt, J. Le Brésil: un Etat-nation à construire. Le rôle des symboles nationaux: de l'empire à la république, in: *Actes de la recherche en sciences sociales*, março de 2014, n° 201-202, p.52.

4 *Ibidem*, p.44

5 *Ibid.* P. 54

vo desse artigo, então, é demonstrar que o positivismo jurídico-político brasileiro é amplamente inspirado pela doutrina de Comte. Pensar o positivismo de Auguste Comte permite então pensar o encontro conceptual entre a França e o Brasil.

O positivismo de Comte quer ser racionalista: é uma verdadeira ciência que compreende e explica o passado para poder melhor encarar e programar o futuro. Comte desejava proceder a uma reorganização social perene e infalível. Dado que o mundo não pode progredir num universo em que o poder estabelecido é caótico, é preciso demonstrar um *espírito positivo*. Para isso, ele aplicará o seu pensamento na esfera política e conseguirá ultrapassá-la e modulá-la para, a longo prazo, realizar uma última mudança conceptual e interessar-se à esfera religiosa: a Humanidade, guiada por seus sentimentos, afastar-se-á do Deus das religiões para deixar-se guiar por um “novo” Deus que permitirá ao Homem explorar toda sua grandeza e todo seu poder. O positivismo comtiano é então antes do mais um procedimento; é uma forma de se interrogar sobre o mundo que no rodeia. A evolução do pensamento do filósofo é decomposta em três domínios: ciências – política – religião e faz diretamente eco da história da integração do positivismo no Brasil, que decorre em três ciclos: encontro – bodas – separação. É com as ciências, *via* o ensino da medicina e de ciências ditas *exatas*,

que o positivismo chegou ao Brasil. Mas é na esfera jurídica e política que sua dimensão é notável. Por volta dos anos 1870, a clareza e a simplicidade do positivismo seduziram os intelectuais brasileiros: o positivismo comtiano permitia ter uma compreensão global da história do país. Aliás, pouco depois, nasceu a República brasileira e com ela foi uma verdadeira revolução jurídica que se operou. Com efeito, se Benjamin Constant lançou os fundamentos da história constitucional brasileira, foi só em 1889 que nasceu a República separando-se, precisamente, da concepção deste intelectual valdense: a separação dos poderes quadripartida em vigor é abandonada em proveito do modelo tripartido imaginado por Montesquieu. Mas então em que medida o positivismo político-jurídico brasileiro é testemunho da herança comtiana?

O positivismo lógico defendido pelo Círculo de Viena, apesar de responder aos paradigmas científicos em vigor, alimenta um verdadeiro projeto jurídico e tem a ambição de influenciar a política⁶. Aliás, o vocabulário utilizado para pensar indistintamente as ciências da Natureza e as do Homem inspira-se dos conceitos jurídicos de base. Existe então uma tentativa de juridicização do positivismo ou, pelo menos, uma tentativa de fazer do positivismo um procedimento científico

6 Brenner, A. « Le positivisme logique : le cas du Cercle de Vienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 2, p. 119-133.

global e globalizante. O positivismo jurídico pensado por Kelsen assenta quanto a ele numa vontade de cientificização do direito que ele associa não às ciências da natureza mas às ciências do Homem, rompendo deste modo com o espírito dos seus contemporâneos logicianos. No entanto, o positivismo jurídico é uma ideologia em si na medida em que significa uma tomada de posição perante uma realidade dada, o que não deixa de lembrar o procedimento comtiano.

Fazer referência a Auguste Comte é inevitável: o positivismo jurídico francês é hoje confrontado com uma necessária evolução epistemológica, devido à pressão do direito regional. A sociologia racionalizante de Comte é então posta em causa. Mas por outro lado, fazer referência a Comte é essencial porque da resposta sob as possibilidades de evolução dum Ordem jurídico ou, mais particularmente, nesse contexto, da perspectivas de colaboração para um melhor futuro pela Humanidade. Alias, exemplifica as possibilidades de evolução de cada uma sociedade, considerando a outra como um espelho de o que seria bom fazer, o que seria bom evitar. Por agora, a observação da situação politico-jurídica nacional no Brasil e a situação politico-jurídica regional e internacional da França faz que podemos opinar sob as probabilidades de influência recíproca, ou seja, sob a realização de um positivismo que, no caso da França é realmente juri-

dico, e, no caso do Brasil, se pode definir como cultural mais que jurídico. Na verdade, a utilização particular de cada estado da concepção positivista de Comte, faz que podemos considerar sua aplicação como uma ilustração duma relação particular entre o direito francês e o cultura jurídica brasileira. De certa forma, Comte influenciou a construção do sistema político-jurídico brasileiro: voltar a análise da prática do positivismo de Auguste Comte é então refletir sobre a herança conceptual francesa do Brasil e de forma mais alargada aos laços culturais que unem esses dois países⁷.

Devido a suas exigências de Ordem e de Progresso, o positivismo de Comte incita a uma sistematização dinâmica com tendência para uma moral universal e geral: a mudança operada por Comte após sua relação com Clotilde de Vaux deve evidentemente ser realçada: é após esta trágica história que o autor pensou o conceito de positivismo de forma mais *sentimental*. Para o Comte, a sociedade é um organismo vivo e seu objetivo é a realização do progresso social. Mas, o ser humano, quem faz parte dessa sociedade, também está submetido a essa dinâmica. Além disso, toda a criação da História é dominada por a lei dos três estados: cada período da História global corresponde a um estado planejado pelo Comte. Cada sociedade, no sentido

7 Ardao, A. "Assimilation and Transformation of Positivism in Latin America". *Journal of the History of Ideas*, 1963, vol. 4, pp.515-522

amplio tão como estricto, fica submetida aos movimentos da mudança na perspectiva dum melhoramento, ou seja, para cumprir o progresso. Em outras palavras, cada sociedade, tão como cada ser humano, tem que pasar por um processo de desenvolvimento progressivo dos aspectos social e politico do seu corpo. Essa dinamica de realização duma Humadide plena e inteira é possível graças a progressão da lei dos tres estados: teologico, metafisico e positivo. O teologico coresponde na idade da practica do direito divino. Cada sociedade vai creer que o Dios é o unico criador do mundo e que ele só pode explicar tudo o que acontece. O segundo paso é o metafisico: buscamos as causas originales e finales; ligamos com fatos observables, fazendo referênciã aos conceptos abstractos. Nessa etapa, os metafisicos sobregravam os sacerdotes no poder espiritual; no poder temporal, os juristas sobregravam aos militares para organizar uma hierarquia social. O ultimo estado, o positivo, é o reconhecimento que o debate sobre os seres surnaturales é inutil: não se pode provar sua existencia. As leis descriptivas são as unicas que se podem practicar. Ao nivel politico, os industriales são os unicos que tem as habilidades para dirigir o poder temporal. Os filosofos, se dedicam ao poder espiritual porque conhecem todas as ciencias, especialmente, a sociologia. O seu conhecimento geral e a sua simpatia sincera pela Humanidade faz que eles são

indicados para representar o poder espiritual. De certa forma, a progressão comtiana implica enfocar-se nas ciencias humanas e pensar-las com a racionalidade das ciencias matemáticas, para que a política e a moral sejam incorruptiveis. A situação atual no Brasil, por ser diretamente ligada nesse tipo de problema, precisa, então, agora, um esclarecimento e, sobretudo, uma fonte de esperanza : a historia *colonial* da França no Brasil e o impacto deixado pelo pensamento de Auguste Comte faz que a dinâmica positivista pode servir de base ao Brasil, agora, para tentar sair dessa logica de fraude⁸.

A elaboração duma classificação dinâmica e não dum sistema faz que o positivismo de Comte se pode usar como um quadro para entender não só a evolução das sociedades, mas também a interação e a influência reciproca entre elas⁹. No caso da hipótese duma influência reciproca entre a cultura juridica brasileira e o direito francês, temos que focalizar na lei dos tres estados. No Brasil, tão como na França, estamos na segunda etapa do processo e vamos por a terceira etapa mas de maneira

-
- 8 Paiva de Almeida, D. *Introduction au droit brésilien*. Paris: L'Harmattan. 2006
Palti, E. J. "Positivism, Revolution, and History in Brazil". In *The Worlds of Palgrave Macmillan*, Cham, 2018, pp. 53-80.
- 9 Dantes, M.A. « Le Positivisme et la Science au Brésil », in *Science and Empires, Boston Studies in the Philosophy of Science*, 1992, vol. 136, pp 165-172

muito fraca: os industriais dirigem os Estados mas os filósofos ainda não¹⁰.

Será que Auguste Comte, que lutou por uma ordem política não corrompida, influenciou tanto a construção do direito como da filosofia, sobre tudo no Brasil? A metodologia escolhida pare demonstrar essa hipótese é o *analysis* do lema brasileiro “Ordem e Progresso” na luz do direito francês tenta ilustrar, primeiro, a interação entre os dois Estados e, segundo, as possibilidades de futuro melhor para a cultura jurídica positivista brasileira. Dessa forma, tentaremos provar que existe uma ligação forte entre os dois sistemas jurídicos, cujo ponto comum é o positivismo comtiano. Assim, se o sistema jurídico-político francês responde efetivamente à exigência da Ordem (I), é contido pelo jogo de mecanismos jurisdicionais que pode assegurar seu Progresso (II). Por outras palavras, é estudando os princípios diretores do direito constitucional e administrativo francês à luz dos do contencioso constitucional que chegamos a delinear uma pista de resposta possível no que diz respeito à questão da influência de Comte no positivismo jurídico.

Parece ter permitido o desenvolvimento de uma ideologia mas também de uma metodologia. Se o sistema jurídico-político francês responde efetivamente à exigência da Ordem, é contido pelo jogo

de mecanismos jurisdicionais que pode assegurar seu Progresso. Por outras palavras, é estudando os princípios diretores do direito constitucional e administrativo francês à luz dos do contencioso constitucional que chegamos a delinear uma pista de resposta possível no que diz respeito à questão da influência de Comte no positivismo jurídico.

II.A Ordem: uma hierarquia normativa dinâmica

Ao estabelecer a lei geral dos três estados, Comte permite pensar a interação dinâmica entre diferentes entidades. E mesmo se seu pensamento gira em torno da estruturação social, o direito, tal como este nos é ensinado seguindo a rigorosa tradição kelsiana, responde a essa dupla lógica hierárquica – dinâmica. O direito público francês, quer se trate de seu ramo interno -com o direito constitucional e o direito administrativo-, ou de seu ramo de origem internacional –incluindo o direito internacional *stricto sensu* e o da União Europeia-, articula-se então de acordo com a hierarquia das normas popularizada por Kelsen mas pressentida por Auguste Comte. Daí resulta que atualmente, na França, se aprende a compreender a lógica da *pirâmide das normas* cujo princípio é o seguinte: cada norma deve estar conforme à norma que lhe é superior. A aparente simplicidade desta regra desmorona-se contudo quando nos interessamos de mais

10 Didonet, Z. “O Positivismo e a Constituição Rio-Grandense de 14 de Julho de 1891”. *Revista Portuguesa De Filosofia*, 1982, vol. 4, pp.508-518

perto à sua aplicação: a hierarquia das normas internas responde a uma necessidade contingente que o rigor da hierarquia normativa comunitária torna mais complexa. Por outras palavras, tratar-se-á de compreender a articulação e mais particularmente a integração das normas comunitárias ao direito nacional francês.

A hierarquia das normas internas, uma necessidade contingente

Kelsen, contrariamente à ideia que é veiculada, não tinha pensado na pirâmide das normas enquanto tal. Contudo, ele apresentou a ideia de uma necessária hierarquia normativa para assegurar a obediência às normas individuais. E se a correspondência entre duas normas pode passar por uma relação de subsunção, isso nem sempre é o caso. A relação entre essas duas normas pode efetivamente assumir a forma de uma obrigação *in concreto einabstracto*; sua relação pode também depender da natureza do órgão adotando a norma¹¹. Por outras palavras, é a ideia de uma necessária hierarquia que tinha sido delineada para assegurar a perenidade do *Rechtsstaat*.

No seio do sistema jurídico francês, esta hierarquia das normas é claramente notável: o bloco de constitucionalidade -composto pela Constituição de 1958 e de seu preâmbulo, do Preâmbulo da Constituição 1946, da Declaração dos Direitos

do Homem e do Cidadão 1789 (DDHC) e da Carta do Meio Ambiente de 2004- suplanta a esquemática pirâmide comtiana: todas as outras normas devem estar conformes a ela. Destas, é necessário distinguir o bloco de convencionalidade -composto por normas internacionais *stricto sensu* e por normas comunitárias- depois, o bloco de legalidade e por fim os atos administrativos. Se, em si, esta organização normativa não parece apresentar nenhuma originalidade de relevo, é quando nos debruçamos sobre a questão do bloco de convencionalidade que o sistema positivista francês tende a realçar sua singularidade. O artigo 55 da Constituição de 1958 dá a primazia aos Tratados somente sobre as leis ordinárias. O acórdão Sarran-Levacher do Conselho de Estado confirmará este limite e, desse modo, afirmará a supremacia do bloco de constitucionalidade sobre aquele de convencionalidade. No entanto, a questão da primazia das disposições do bloco de constitucionalidade põe-se com mais insistência quando abordamos o direito comunitário. A partir dos acórdãos Costa c/Enel de 1964 e Simmenthal de 1978, e como acórdão Aziz Melki e Sélim Abdeli de 2010, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) adotou uma posição monista, fazendo prevalecer o direito da União sobre as normas nacionais. A simples inspiração normativa foi, pois, transcendida: desde então, o direito da União tem a primazia. Mas o juiz nacional

11 Kelsen, H. *Théorie générale des normes*. Paris : PUF. 1996, p.352

mantém-se, todavia, prudente: o acórdão Arcelor de 2007 destacou claramente o papel preponderante do direito primário da União na ordem jurídica interna. No caso em apreço, o juiz administrativo procede a uma *translação*: em caso de contestação de um ato administrativo de transposição de uma diretiva específica e incondicional, o juiz vai verificar se existe, em direito comunitário, um princípio com alcance equivalente ao das disposições constitucionais invocadas pelos requerentes¹². Se for o caso, o juiz efetuará um controlo de constitucionalidade, dado que a regra em questão tem seu equivalente em direito comunitário e constitucional nacional. A garantia do respeito da norma constitucional é então assegurada por intermédio do direito comunitário, *via* a questão prejudicial do juiz nacional ao TJUE. A esta especificidade das relações normativas direito nacional francês – direito da União, acrescenta-se o caso particular do direito regional em si.

A hierarquia das normas comunitárias, um pormenor crucial

Contrariamente ao direito internacional *stricto sensu* que não reconhece por princípio nenhuma hierarquia das normas-salvo menção do *jus cogens*-, o direito da União Europeia possui essa caracterís-

tica de conhecer um ordenamento normativo. É preciso, então, distinguir o direito originário do direito derivado. O primeiro é constituído *ipso facto* pelos tratados. No que respeita aos direitos fundamentais e aos princípios gerais do direito comunitário (PGDC), será necessário esperar pelo tratado de Lisboa e seu artigo 6 para que a Carta dos direitos fundamentais adquira uma força jurídica vinculativa, da mesma forma que os tratados. O segundo, o direito derivado, é constituído, por um lado, por atos vinculativos e, por outro lado, por atos não-vinculativos. Na primeira categoria, é necessário incluir, em primeiro lugar, os regulamentos de âmbito geral e visando a uniformização do direito da União. Essas disposições são diretamente aplicáveis nas ordens jurídicas nacionais. Em seguida, as diretivas, que visam adaptar a legislação nacional ao direito da União. Para o efeito, elas fixam objetivos destinados a um ou vários Estados-Membros e carecem da adoção de um ato de transposição nacional num prazo estipulado. Por fim, as decisões, que vinculam apenas os Estados destinatários para resolver uma situação particular. Na segunda categoria, os atos não-vinculativos, há que salientar as resoluções, acordos ou recomendações, que vêm trazer precisões sobre o alcance dos atos vinculativos.

Se, em si, a hierarquia normativa comunitária não coloca dificuldades de maior termos de entendimento, as armadil-

12 Sirinelli, J. « Transposition des directives et contrôle de constitutionnalité, Commentaire sous l'arrêt CE Ass., 8 de fevereiro de 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine », *Revue générale du droit*, 2008, número 1929. Online.

has começam com seu necessário respeito e integração na hierarquia interna. A questão se coloca para os atos vinculativos e, mais particularmente, para o que diz respeito às diretivas. Com efeito, sendo os regulamentos, por definição, diretamente aplicáveis na ordem jurídica interna, o juiz administrativo francês se contentou simplesmente em ilustrar o princípio no acórdão *Boisdet* de 1990: as leis devem ser compatíveis com os regulamentos comunitários. O lugar do direito comunitário é, assim, aqui subtilmente reafirmado pelo juiz: existe efetivamente uma hierarquia normativa interna. Mas essa última fica, no entanto, sujeita, no caso do direito regional, às definições estabelecidas por e para esse último. A questão das diretivas é, então, objeto de mais tensões: se o juiz administrativo reconhece explicitamente a superioridade das diretivas sobre o bloco de legalidade (Acórdão CE, Ass., 28 de fev. de 1992, *SA Rothmans International France e Société Arizona Tobacco et Philip Morris*), sua supremacia foi consagrada pelo acórdão *Perreux* de 2009: desde então, um requerente pode invocar uma diretiva para contestar um ato administrativo individual mediante duas condições cumulativas: por um lado, o prazo de transposição deve ter expirado e, por outro lado, a diretiva deve ser suficientemente precisa e incondicional.

O ordenamento jurídico francês herdado de Kelsen assenta, pois, no respeito pela

relação entre duas normas. A abordagem positivista comtiana se encontra nessa abordagem sintética e hierárquica, intrínseca à instauração de uma ordem social eficaz, visada pelo filósofo¹³. O projeto político de Comte passa, em seu positivismo, por uma ordenação; por uma sistematização, para que da Ordem nasça o Progresso.

III. O Progresso: uma hierarquia normativa garantida

No sentido em que Comte o entende, para que um sistema político-jurídico seja ordenado, é primordial que os pilares político e jurídico respondam a essa exigência. Por outras palavras, é necessário garantir uma verdadeira separação dos poderes, assegurando a independência da justiça.

Pensar a separação dos poderes em França é, numa primeira fase, debruçarmo-nos novamente sobre as teorias do contrato social dos filósofos das Luzes e, mais particularmente, sobre aquelas de Hobbes, Locke e Rousseau. Se cada um deles considerou a possibilidade de dois estados, um de natureza eo outro de sociedade, para explicar a criação de um ordenamento jurídico, cada um tinha uma visão distinta da origem do contrato social. Mas se essas teorias deixam pistas de explicação sobre o porquê do Estado de direito, elas ficam em silêncio sobre a organização do poder estabelecido. Montesquieu, Voltaire e Rousseau

13 Comte, A. *Discours sur l'ensemble du positivisme*. Paris : Flammarion. 1999

vão, então, propor vias de reflexão, com o primeiro optando por uma abordagem jurídica, o segundo por uma abordagem dogmática e o terceiro por uma abordagem quase sociológica. Hoje, nos referimos de forma clássica àquela apresentada por Montesquieu ou, mais exatamente, àquela apresentada por seus intérpretes do século XIX.

A separação suave mas garantida dos poderes legislativo, executivo e judicial garante, então, o equilíbrio do regime político mas, no entanto, subsiste uma lacuna: ela não permite garantir a supremacia da Constituição. E, tal como sublinha Kelsen, o direito é, em si e por si, uma estrutura hierarquizada. Afim de garantir a implementação desse ordenamento, a instauração de uma instância jurisdicional em um Estado se torna necessária: a existência dos tribunais constitucionais responde, pois, a uma preocupação de Ordem e de estabilidade normativa e política. No entanto, a legitimidade dos juízes constitucionais foi fortemente questionada, nomeadamente pelo francês Edouard Lambert, que vê nisso uma “conquista da supremacia política pelo judicial”¹⁴. Assim, se a existência de um órgão de controle da hierarquia das normas em direito interno é primordial para garantir o Progresso, ela continua sendo objeto de discussão.

14 Lambert, E. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis—L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, pp. 15-17

A existência primordial de um órgão de controle

Consoante adotemos uma abordagem legicentrista, na tradição de Rousseau, ou positivista, no sentido de Carré de Malberg, consideramos que é o povo ou o Estado o detentor do poder. Num e noutro caso, acresce que a Constituição, expressão da vontade do povo, não pode ser controlada. Ora, tal implicaria, *a contrario*, que o povo pode violar a Constituição, o que é contrário ao próprio conceito de Estado de direito defendida por Kelsen, para quem a supremacia da Constituição só pode ser jurisdicionalmente garantida quando existe uma instância de regulação: um tribunal constitucional¹⁵.

É consabido que a justiça constitucional nasceu nos Estados-Unidos com o acórdão *Marbury V. Madison* de 1803. Mas em França, será necessário esperar pela Constituição de 1946 para que surja um esboço de jurisdição constitucional com o Comitê constitucional. Ainda demasiado amarrado à herança de Rousseau, esse substituto de órgão de controle não sobreviverá à IV República. Com efeito, suas modalidades de recurso eram restritivas e seu controle era apenas aparente. É em 1958, com a Constituição que inaugura a V República, que esse embrião conceptual virá realmente a nascer. A racionalização do parlamentarismo conduzirá, com efeito, à cria-

15 Kelsen, H. *Théorie pure du droit*. Paris : LGDJ. 1999, pp. 198-257

ção de um órgão guardião do Parlamento para benefício do poder executivo: o Conselho Constitucional.

As inúmeras competências desse órgão se dividem em dois tipos de controle: aquele do contencioso eleitoral, que visa retificar um resultado de eleição, e aquele das normas, que visa garantir a constitucionalidade das leis. É nesse último ponto que vamos centrar nossa atenção. Inicialmente, o Conselho Constitucional tinha um papel muito limitado, na mesma linha que seu antecessor, o Comitê. Sua emancipação institucional passa pela consagração da unidade das normas contidas no que é hoje considerado como *bloco de constitucionalidade*. Tudo começa com a decisão *Liberdade de associação* de 1971: o Conselho se declara, então, explicitamente competente para verificar a compatibilidade dos textos que lhe são submetidos relativamente, não somente à Constituição, mas igualmente a seu Preâmbulo. Dessa inovação resulta uma pequena revolução: a partir de então, os textos visados pelo preâmbulo – a DDHC, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e, hoje, a Carta do Meio Ambiente de 2004, são igualmente considerados como textos de referência dos quais o Conselho Constitucional é o garante. Em 1982, com a decisão *Nacionalizações*, o Conselho irá ainda mais longe ao afirmar que não deve ser feita qualquer distinção entre as diversas disposições da DDHC, tendo todas o mesmo valor jurídi-

co *a priori*. Mais recentemente, o Conselho reafirmou o lugar da Constituição – e, por conseguinte, mais amplamente e implicitamente disposições de natureza constitucional, no topo da ordem jurídica interna, apesar da pressão exercida pelo direito comunitário (DC, 19 de novembro de 2004 ; DC, 20 de dezembro de 2007). O Conselho Constitucional é, pois, um autêntico guardião do ordenamento jurídico francês. Aliás, ele recusou, durante bastante tempo, proceder a um controle de convencionalidade das leis. Hoje, sua jurisdicionalização está no bom caminho e participa, paradoxalmente, mais ainda nas críticas feitas a seu respeito.

A existência discutida de um órgão de controle

A primeira crítica feita ao Conselho Constitucional é de origem política. Ele seria uma negação institucional da soberania. Com a jurisdicionalização do Conselho estando no bom caminho, após a decisão de 1971 ficou precisando estabelecer sua legitimidade. A revisão constitucional de 1974 abrirá, então, seu recurso a sessenta deputados ou senadores, o que permitirá conservar a solenidade do procedimento, ao mesmo tempo que o torna mais *democrático*: com a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), o cidadão passa a poder recorrer ao Conselho por um contencioso normativo e não mais exclusivamente por um contencioso eleitoral. Ainda assim, essa inovação apresen-

ta uma certa incoerência :esse novo modo de recursosó será possível no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis. É a lei constitucional de 25 de junho de 1992 que abriu esse modo de recurso ao controle de conformidade das convenções com a Constituição.

Durante muito tempo, o Conselho Constitucional, esse cão de guarda do executivo, se recusou a operar um controle de convencionalidade, remetendo essa questão às jurisdições judiciais e administrativas. (DC IVG, 15 de janeiro de 1975). O juiz administrativo, no acórdão dito “Semoules” (Sêmolas) de 1968, teve que efetuar um tal controle. Ele interpretou, então, parcialmente o artigo 55 da Constituição, aceitando controlar apenas as leis anteriores aos tratados. Em 1975, após a recusa do Conselho Constitucional em tomar conhecimento desse controle, o juiz se pronunciou a favor de uma interpretação extensiva do artigo 55 e se declarou competente para proceder a um controle de convencionalidade das leis anteriores e posteriores às convenções. Hoje, a competência do Conselho Constitucional em matéria de controle de convencionalidade é certa: numa decisão de 30 de novembro de 2006, ele censurou uma lei de transposição ignorando *manifestamente* o objetivo de uma diretiva. No entanto, esse controle é limitado por uma dupla condição: a incompatibilidade entre a lei e a diretiva tem que ser manifesta e não deve haver con-

tradição com uma regra ou um princípio inerente à identidade constitucional da França. Ora, mau grado sua jurisprudência e o artigo 62 da Constituição que garante a supremacia das interpretações do Conselho Constitucional, é fato que a pressão jurisdicional da União Europeia é cada vez mais forte, pondo em perigo o papel desse órgão de controle nacional, e dando um novo significado à expressão de Edouard Lambert.

IV. Conclusão

Para Auguste Comte, não se conhece completamente uma ciência até sabermos a respectiva história. A evolução do direito constitucional e administrativo francês sublinhou que o Progresso está condicionado à implementação e ao respeito por uma Ordem que, no caso presente, se revela normativa e jurisdicional. Não podemos, com efeito, omitir que o projeto comtiano tinha como objetivo a reorganização social e política. O positivismo jurídico kelseniano parece, então, de inspiração comtiana de um ponto de vista formal. A prática mútua desse positivismo comtiano, em etapas distintas da lei dos três estados, faz que a influência entre o positivismo brasileiro e o positivismo francês é relevante principalmente para tentar propor uma visão esperandora do futuro político do país. De certa forma, a cultura jurídica deveria influenciar a construção contem-

porânea da política, garantindo um estado *realmente* positivo.

A Constituição brasileira de 1988 reconhece a importância da Ordem e do Progresso para o desenvolvimento futuro do país. E é na França que a prática desse lema é a mais notável: a utilização orientada do direito administrativo e constitucional faça que Ordem e Progresso são, aparentemente, preservado. Será, então, que o modelo francês de praticar o direito pode inspirar o Brasil para fazer desse lema uma realidade? Com certeza, o sistema constitucional atual no Brasil está inspirado pelo sistema europeu. Além disso, a estrutura administrativa do país tem muito que ver com a estrutura francesa. Os vínculos entre os dois países são enormes e agora, nesse contexto de crise da democracia no Brasil, é mais que necessário fazer das disposições da Constituição uma realidade: fazer que positivismo de Comte seja uma realidade, ou seja, que os filósofos estivessem controlando o poder.

V. Referências

1.- Referências bibliográficas:

- ARDAO, A. "Assimilation and Transformation of Positivism in Latin America". *Journal of the History of Ideas*, 1963, vol. 4, pp.515-522.
- BRENNER, A. « Le positivisme logique: le cas du Cercle de Vienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 2, p. 119-133.
- COMTE, A. *Discours sur l'ensemble du positivisme*. Paris : Flammarion. 1999
- COMTE, A. *Discours sur l'esprit positif*. Paris : Vrin. 1990.
- CPLP. *Lusotropicalisme: Idéologies Coloniales Et Identités Nationales Dans Les Mondes Lusophones*. Karthala : Paris. 1997.
- DANTES, M.A. « Le Positivisme et la Science au Brésil », in *Science and Empires, Boston Studies in the Philosophy of Science*, 1992, vol. 136, pp 165-172.
- DIDONET, Z. O Positivismo e a Constituição Rio-Grandense de 14 de Julho de 1891. *Revista Portuguesa De Filosofia*, 1982, vol. 4, pp.508-518.
- JURT, J. Le Brésil: un Etat-nation à construire. Le rôle des symboles nationaux: de l'empire à la république, in: *Actes de la recherche en sciences sociales*, março de 2014, no. 201-202, p.44-57
- KELSEN, H. *Théorie pure du droit*. Paris : LGDJ. 1999.
- KELSEN, H. *Théorie générale des normes*. Paris : PUF. 1996.
- LAMBERT, E. Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard, 1921.
- PAIVA DE ALMEIDA, D. *Introduction au droit brésilien*. Paris: L'Harmattan. 2006.
- PALTI, E. J. "Positivism, Revolution, and History in Brazil". In *The Worlds of* pp. 53-80. PALGRAVE Macmillan, Cham, 2018, pp. 53-80.

SIRINELLI, J. « Transposition des directives et contrôle de constitutionnalité, Commentaire sous l'arrêt CE Ass., 8 de fevereiro de 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine », *Revue générale du droit*, 2008, número 1929. Online.

VIALA, A. «Le positivisme juridique: Kelsen et l'héritage kantien», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 67, pp. 95-117.

2.- Jurisprudência

Acórdão CJCE, 15 de julho de 1964, *Costa c. E.N.E.L.*

Acórdão CE, 1 de março de 1968, *Syndicat des semoules de France, dit «Semoules»*.

Acórdão CJCE, 9 de março de 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*.

Acórdão CE, 24 de set. de 1990, *Boisdet*.

Acórdão CE, Ass., 28 de fev. de 1992, *SA Rothmans International France*.

Acórdão CE Ass., 28 de fev. de 1992, *Société Arizona Tobacco et Philip Morris*.

Acórdão CE Ass., 30 de out. de 1998, *Sarran – Levacher*.

Acórdão CE Ass., 8 de fev. de 2007, *Arcelor Atlantique*.

Acórdão CE Ass., 30 de out. de 2009, *Perreux*.

Acórdão CJUE, GdeCbre, 22 de junho de 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*.

Decisão núm. 71-44 DC de 16 de julho de 1971, dita Liberdade de associação.

Decisão núm. 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975, dita IVG.

Decisão núm. 81-132 DC de 16 de janeiro de 1982, dita Nacionalização.

Decisão núm. 2004-505 DC de 19 de novembro de 2004.

Decisão núm. 2007-560 DC de 20 de dezembro de 2007.

EL DERECHO A LA SALUD EN VENEZUELA.

UNA MIRADA DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS
THE RIGHT TO HEALTH IN VENEZUELA.
A PERSPECTIVE FROM THE APPROACH OF HUMAN RIGHTS

ANDY DEL VALLE DELGADO BLANCO¹

SUMARIO. I. Introducción II. Una aproximación al derecho a la salud. III. Derecho a la salud en Venezuela: garantías y limitaciones. IV. Disponibilidad. V. Accesibilidad. VI. Aceptabilidad y calidad. VII. A manera de cierre. VIII. Referencias.

Resumen

El propósito de este artículo es reflexionar sobre la realización efectiva del derecho a la salud en la Venezuela del siglo XXI, tomando como marco conceptual el enfoque de los derechos humanos. El análisis se focaliza en los cuatro criterios utilizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas para examinar el cumplimiento de los derechos sociales: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La revisión documental realizada sugiere que, a pesar de las garantías constitucionales, hay retrocesos significativos que limitan el goce efectivo del derecho a la salud para los sectores más vulnerables de la población; quienes no pueden acceder a los servicios y tratamientos o no son atendidos porque los establecimientos públicos de salud carecen de personal médico calificado, equipos básicos, insumos y medicamentos.

Palabras claves: Derecho a la salud, enfoque de derechos humanos, Venezuela.

¹ Docente investigadora del área de Desarrollo y Salud del Cendes-Universidad Central de Venezuela. Responsable de la línea de investigación: Ciudadanía social y derecho a la salud: actores, garantías y oportunidades. Abogada, MSc., en planificación del Desarrollo.

The right to health in Venezuela. A perspective from the approach of human rights

Abstract

This article has the purpose of generate a reflection about the effective accomplishment of the right to health in the 21st century Venezuela, taking Human Rights as a based framework approach. The reflection focuses on four criteria used by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights to examine the fulfillment of social rights: availability, accessibility, acceptability and quality. The bibliographic review suggests that, in spite of constitutional guarantees, there are significant setbacks that limit the realization of the right to health for the most vulnerable sectors of the population; they cannot accede to the services and treatments or are not attended due to the public health establishments lack of basic equipment, supplies, medicines and qualified medical professionals.

Keywords: The right to health, human rights based approach, Venezuela.

I. Introducción

Este artículo tiene por objeto discurrir sobre la realización efectiva del derecho a la salud en Venezuela desde el enfoque de los derechos humanos. En aras de

cumplir con ese propósito se realizó una revisión documental que abarcó normas de derecho interno y externo que garantizan el derecho a la salud, datos sobre la situación de salud en el país provenientes de fuentes oficiales internas, de entes pertenecientes al sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, así como de organizaciones no gubernamentales y de trabajos de investigación elaborados por expertos en el tema. Es menester destacar que excede a los límites que se ha fijado la autora de este trabajo evaluar o medir el cumplimiento del derecho, en términos de indicadores, por lo que solo se expondrán algunos datos y situaciones de hecho que de forma directa e indirecta arrojan luces sobre la garantía y materialización del derecho objeto de estudio.

El derecho a la salud es considerado por la comunidad internacional un derecho de realización progresiva, dirigido al disfrute del más alto nivel posible de salud que genera obligaciones para los estados firmantes de los compromisos y acuerdos internacionales. En el derecho interno venezolano, con la Constitución de 1999, adquirió carácter universal y es considerado parte del derecho a la vida. Como se verá más adelante, el Estado asumió su garantía, para lo cual debe definir y ejecutar políticas que promuevan la calidad de vida, el bienestar de la población y el acceso a los servicios de salud.

Más allá del plano formal, la realización y goce efectivo del derecho se evidencia cuando la población tiene acceso real a establecimientos, servicios, bienes e insumos de salud, así como cuando los medicamentos y tratamientos están disponibles y, son aceptables en términos de uso, adecuación y calidad. De allí que, la reflexión de cierre de este trabajo apuntará a mostrar, a partir de la información discutida, en qué medida el Estado venezolano está tomando las medidas mínimas destinadas a crear condiciones que aseguren el cumplimiento de la garantía a través de la asistencia médica y los servicios públicos de salud; y, si está cumpliendo con las obligaciones generales, específicas, básicas y prioritarias a las que está obligado, según los parámetros fijados en los estándares internacionales para desarrollar y realizar el derecho.

Para efectos metodológicos, el trabajo se ha estructurado en dos bloques. En el primero se revisarán los aspectos más relevantes del derecho a la salud, desde lo doctrinario y lo normativo; se expondrá su contenido y alcance, desde los elementos o dimensiones que lo definen y, se resumirán las obligaciones generales, específicas, básicas y prioritarias que los pactos e instrumentos internacionales señalan a los Estados. En la segunda parte, de cara al sistema internacional de derechos humanos, se revisará la situación y estado de promoción y protección del derecho a la

salud en Venezuela, bajo los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Para finalmente presentar una reflexión sobre el estado real de la garantía y el acceso efectivo del derecho por parte de la ciudadanía.

II. Una aproximación al derecho a la salud

El derecho a la salud es un derecho profundamente imbricado con la vida, la justicia, la igualdad y la libertad. Con la vida por su relación con la existencia misma del ser humano, así como con su desarrollo integral y digno; con la justicia, por la necesidad de asumir la salud como un bien común que posibilita la expansión de las potencialidades de las personas; con la igualdad, en términos de las posibilidades materiales y sociales que, más allá de lo mínimo, permitan el goce de este y otros derechos. Con la libertad, por la posibilidad de elegir y tener autonomía.

La doctrina internacional, académicos y activistas en la materia han discutido, de manera profusa, aunque nunca suficiente, el concepto de derecho a la salud. El amplio espectro de este debate se pasea por su naturaleza jurídica, dimensiones u objeto tutelado, según sea el caso. Al intentar darle una denominación surgen expresiones o constructos como derecho a la protección de la salud, a la salud, a la asistencia sanitaria, al máximo nivel posible de salud, a gozar de un nivel adecuado de salud, a un alto nivel de protección de

la salud humana, a la asistencia médica, al cuidado de la salud, a un mínimo decente de asistencia sanitaria, al respeto de la salud y a las prestaciones de salud.²

Desde el punto de vista objetivo, se trata de un conjunto de normas jurídicas que regula tanto la relación médico-paciente, como los aspectos sanitarios y puede ser definido como “la rama del Derecho que regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto la salud humana y su protección” (González, 2005: 4). Bajo un criterio subjetivo se le entiende como el derecho de las personas a recibir atención, servicios públicos y condiciones de vida y trabajo salubres. Vélez Arango (2011: 151), por su parte, asume el derecho a la salud como una posibilidad real de acceder: “al conjunto de personas, organizaciones y tecnologías que se especializan en el cuidado de la salud en sus diferentes niveles de complejidad y en sus distintas fases: promoción, protección, diagnóstico, tratamiento y recuperación”,³ a lo que podría agregarse los recursos que lo hagan efectivo y realizable.

Más allá de las denominaciones, hay unos consensos mínimos en torno a la naturaleza prestacional del derecho a la salud y las conductas a seguir por los actores. Ese carácter “da lugar a una presta-

ción exigible del Estado” (Sagués, citado por Muller, 2014: 26), que consiste en servicios de salud adecuados, suficientes y de calidad que permitan preservar, conservar, restituir o rehabilitar la salud cuando se ha perdido, sin que se pueda alegar la falta de recursos para incumplir esa protección. Los Estados, en tanto actores activos de esa prestación, están obligados a trascender lo curativo para abarcar lo preventivo y lo promocional; de allí las implicaciones que se desprenden del diseño y ejecución de políticas públicas dirigidas a promover una economía fuerte y sólida, estilos de vida saludables, trabajos dignos y decentes, hábitats sostenibles, seguridad alimentaria y nutricional, condiciones educativas inclusivas y cuidados preventivos, entre otros.

Las obligaciones derivadas de este derecho, en sentido positivo y negativo, abarcan el hacer y el no hacer. El primero de ellos se refiere a la obligación estatal de promover o realizar directamente acciones específicas como el diseño y ejecución de políticas públicas de salud, que atiendan a la sociedad en general y garanticen el goce efectivo del derecho. El enfoque negativo describe la abstención del Estado y los particulares de hacer algo que podría dañar a la persona o limitar el disfrute del derecho.⁴

2 Para seguir esta discusión, véase: Figueroa, 2013; Castillo, 2002; Ciuro, 2012; Lema Añón, 2010; Meterhikian, 1998, entre otros.

3 Para profundizar en la aproximación de esta autora al tema del Derecho a la salud, véase su trabajo de los años 2007, 2010 y 2011.

4 Véase: Torronteguy, 2014; Muller, 2014 y Bañuelos *et al.*, 2014, entre otros.

Una de las claves más significativas para el desarrollo de este derecho se encuentra apalancada en su reconocimiento internacional, iniciado al constituirse, en 1946, la Organización Mundial de la Salud, pasando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración DDHH) suscrita en 1948 y, en lo regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de ese mismo año, hasta llegar al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). La trascendencia de este último instrumento la marca su contenido y posterior ratificación por parte de 146 Estados miembros de la comunidad internacional, reafirmado luego en América, por el Protocolo de San Salvador.⁵ Ya en el presente siglo, las Naciones Unidas crearon la relatoría especial y luego, la Observación General N.º 14 (OG14) adoptada en el año 2000 por su Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, por sus siglas en inglés, en lo adelante el Comité) encargado de supervisar la aplicación del PIDESC que aclara su naturaleza y contenido como derecho humano, así como las obligaciones de los Estados en su respeto y protección.

La preocupación de la comunidad internacional por discernir sobre la concepción,

5 Cabe destacar que este instrumento es el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

alcance y contenido del derecho a la salud abarca el amplio espectro de posibilidades, condiciones y factores de protección (Curtis y Gutiérrez, 2010). Esto ha ido evolucionando desde el impreciso y reivindicativo “goce del grado máximo de salud que se pueda lograr” al que alude la Declaración de los DDHH), pasando por la preservación de la salud (Convención Americana) hasta llegar al “más alto nivel posible de salud física y mental” (PIDESC). Este último esfuerzo ha servido al Comité para interpretar el derecho a la salud como un derecho inclusivo que engloba la atención de salud oportuna y apropiada y los principales factores determinantes de la salud, como acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición y vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

En aras de definir el derecho y fijar el espectro que permita evaluar el cumplimiento de su garantía, el Comité, en la OG14, estableció cuatro dimensiones que precisan su contenido: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El primero de esos elementos se refiere a la necesidad de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes, programas, servicios públicos y centros de atención de la salud que dispongan de agua

limpia potable, condiciones sanitarias adecuadas, personal médico y profesional, capacitado y bien remunerado, así como de medicamentos esenciales. La accesibilidad alude a dos aspectos: acceso y asequibilidad; el primero precisa que todas las personas, sobre todo, las pertenecientes a los sectores más vulnerables y marginados de la población, tengan la posibilidad de acceder, en los hechos y el derecho, en lo físico, geográfico, funcional, económico e informativo a los establecimientos, bienes y servicios de salud, sin ningún tipo de discriminación.

La asequibilidad apunta a evitar inequidades en el pago de los servicios de atención en salud relacionados con los factores determinantes básicos de esta; así, cuando estos deban pagarse, esas contraprestaciones han de basarse en el principio de la equidad, “a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos” y que no recaiga sobre los hogares más pobres “una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud” (OG14).

La aceptabilidad tiene que ver con el respeto a la cultura de las personas, a la sensibilidad, los requisitos del género y el ciclo de vida; de manera que, todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán concebirse para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas. La calidad se refiere a que los establecimientos, bienes y servicios de

salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico lo que requiere, entre otras cosas, que el personal médico esté capacitado, los medicamentos y equipos hospitalarios se encuentren en buen estado, estén aprobados desde el punto de vista científico, se cuente con agua limpia potable y que las condiciones sanitarias sean adecuadas.

Para asegurar la efectividad del derecho, los Estados firmantes del PIDESC se comprometieron a tomar unas medidas mínimas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil; prevenir, tratar y luchar contra las enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales; crear condiciones que aseguren asistencia médica y servicios médicos a las personas, en caso de enfermedad y mejorar la higiene del trabajo y del medio ambiente. Estos compromisos, aunque marcaron un antes y un después en la protección del derecho a la salud y del resto de los derechos regulados en el Pacto, requerían de una mayor precisión, en términos de su alcance. Con la OG14 el Comité diluyó los puntos difusos sobre la interpretación de esos mínimos estatales y fijó a los Estados signatarios obligaciones generales, específicas, básicas y prioritarias que les permiten desarrollarlos y cumplirlos.

Las obligaciones generales tienen una doble finalidad de garantía y realización; por una parte, buscan que el Estado garantice el derecho a la salud sin discri-

minación alguna y, por la otra, que tome medidas, deliberadas y concretas, que contribuyan a la realización progresiva del derecho, de manera expedita y eficaz. Las obligaciones específicas forman la tríada de actuación de los Estados cuando se trata de los derechos humanos: respetar, proteger y cumplir, en este caso, del derecho a la salud, a través de acciones positivas o negativas. Estos compromisos concretos obligan a los Estados partes del Pacto a evitar cualquier violación directa –o por parte de terceros– del derecho a la salud, lo que les obliga a evitar cualquier acción que interfiera en su garantía. En paralelo deberán promulgar medidas “de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud” (OG14), a través de leyes, decretos, reglamentos, políticas o programas.

Las obligaciones básicas están orientadas a satisfacer los niveles esenciales del derecho a la salud desde la atención primaria en salud. Esto incluye el acceso a la atención sanitaria, a la alimentación nutritiva adecuada y segura, al hogar, la vivienda, el agua limpia, los medicamentos esenciales y a la distribución equitativa de instalaciones, bienes y servicios de salud. Las prioritarias exigen a los Estados atender la salud genésica, materna e infantil; proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevenir, tratar y erradicar enfermedades

epidémicas y endémicas, así como problemas de salud a través de la educación y el acceso a la información sobre estos temas; e incluso capacitar, de forma adecuada, al personal del sector de la salud en materia de derechos humanos (OG14).

Los trabajos del Nobel de Economía, Amartya Sen (2000), han tenido una influencia notable para que hoy día el desarrollo se vincule con la posibilidad de las personas de vivir la vida que quieren y valoran vivir. En este sentido, una persona con mejor salud tiene un mayor abanico de posibilidades para participar en la vida en sociedad (Vélez, 2010), lo que requiere de Estados comprometidos efectivamente en crear condiciones para que sus ciudadanos alcancen el “más alto nivel posible de salud física y mental”, a través de políticas, programas y servicios destinados a preservar la salud, prevenir la morbilidad innecesaria y la mortalidad evitable.

El marco de los Derechos Humanos es una estrategia útil para examinar la forma en que los Estados cumplen sus compromisos y abordan la atención de la salud de su población, en términos de la naturaleza, calidad, intensidad, oportunidad y pertinencia de las políticas públicas que desarrollan; de los programas, servicios y bienes de salud que ponen a la disposición de sus ciudadanos; del gasto público adecuado que destinan a la salud. Elementos y factores que, por un lado, aportan sentido y contenido al derecho, y el por el otro,

sirven como parámetros objetivos para evaluar su responsabilidad en el cumplimiento efectivo del derecho por lo que, en la sección siguiente, se describirán situaciones concretas que permiten una aproximación al estado en que se encuentra el Derecho a la salud en Venezuela.

III. Derecho a la salud en Venezuela: garantías y limitaciones

Con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada en 1999, se pretendió fundar un nuevo proyecto nacional. Se consagró en ella un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia responsable de garantizar las obligaciones sociales y la procura de la justicia social. La salud se asumió como un derecho social, de carácter universal, parte del derecho a la vida y la protección de la salud se convirtió en objeto de tutela.⁶ En ejercicio de esa garantía, el Estado venezolano debe cumplir con, al menos, tres obligaciones básicas: a) promover y desarrollar políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso

a los servicios; b) crear, ejercer la rectoría y gestionar un sistema público nacional de salud que enfatice la promoción de la salud, la prevención de enfermedades, el tratamiento oportuno y la rehabilitación; y, c) desarrollar políticas destinadas a la formación de profesionales en la materia y una industria nacional de producción de insumos para la salud.⁷

Los expertos en el tema⁸ coinciden en afirmar que luego de promulgada la Constitución, en un primer momento, en el papel, el discurso y las formas las políticas sociales estaban dirigidas a la integración, participación social y la corresponsabilidad; centradas en la persona como ser humano y que en su diseño se incorporaron las nociones de capital humano y social para garantizar salud, trabajo, educación, seguridad social y vivienda.

Concuerdan igualmente, en que, en los hechos, la tendencia fue al continuismo y la reproducción de programas y estilos populistas de dirección, con “prácticas antiéticas como corrupción y clientelismo” y “estrategias asistenciales-compensatorias-focalizadas” en las que se cambiaron modalidades y actores y se mantuvieron vicios que perjudicaron “el desempeño e

6 Artículo 83. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

7 Véase los artículos 2, 84 y 85 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

8 Véase, Alvarado, 2005, 2004, y 2003; D’Elía, Lacruz y Maingon, 2006; Gómez Sánchez, 2006; Gómez Sánchez, y Alarcón Flores, 2009; González y Lacruz, 2008; Lacruz, 2006; Mujica Chirinos, 2006; Mujica y Alvarado, 2004; Mujica y Rincón, 2006; Maingon, 2004-2005, 2004 y 200.

impacto de la política social” (Alvarado, 2003: 143 y Alvarado, 2004: 188). Durante esos primeros años de vigencia de la Constitución de 1999, el órgano rector en materia de salud tuvo un rol central en la definición y coordinación de la política social, se vinculó la salud a las políticas de calidad de vida y se buscaron nuevos procedimientos para ampliar la cobertura y aumentar las oportunidades de atención integral a las personas (Maingon, 2004).

El año 2003, en medio de una crisis política e institucional que incluyó paros, ciclos insurreccionales y un fallido golpe de Estado, vino a representar un quiebre en el modo de concebir y ejecutar la política social; el entonces Presidente de la República redefinió sus estrategias de acción social e incrementó el presupuesto dirigido a los principales programas sociales asistenciales para ampliar su cobertura. A partir de allí, los programas a través de los cuales se han ejecutado de manera central las políticas sociales, reciben el nombre de misiones sociales.⁹

La salud se siguió considerando un asunto preeminente en las políticas públicas por su contribución a la generación

9 Este proyecto aunque surgió el 16 de abril de 2003, en la Alcaldía del Municipio Libertador, en el marco del Convenio Venezuela-Cuba, “[...] como respuesta del Estado venezolano para la solución de las principales necesidades sociales y de salud, [...] el punto de partida para el desarrollo de la Red de Atención Primaria [...]”; posteriormente se transformó en una “estrategia global de salud para coordinar integralmente los aspectos relacionados con salud, educación, cultura y deporte” (Rodríguez *et al.*, 2006: 12).

de “capacidades, medios y condiciones para garantizar su pleno ejercicio como derecho...” (Alvarado *et al.*, 2008: 117-119). Se comenzó a aplicar el Modelo de Atención Integral de Salud (MAI) centrado, básicamente, en la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y la participación de comunidades organizadas. Para consolidar la atención primaria como política de salud, se creó la Misión Barrio Adentro.¹⁰

De manera progresiva, la situación fiscal, económica, social y política del país se fue complejizando. La disminución de los precios del barril de petróleo ha tenido consecuencias significativamente negativas en un país mono productor y dependiente de la renta petrolera, que ha visto entre 2012 y 2015, el precio de su petróleo ha pasado de USD 100/b a USD 40.7/b; lo que conjuntamente con políticas económicas y fiscales discutibles (controles de precios y del tipo de cambio de moneda extranjera, devaluación de la moneda, confiscación

10 Este modelo se desarrolló en cuatro fases; la primera de ellas, Barrio Adentro I, iniciada en 2003. Consistió en la creación de consultorios y clínicas populares dentro de las comunidades “con poco acceso al sistema de salud convencional” (<http://ceims.mppre.gob.ve/>). La segunda fase o Barrio Adentro II, comenzó en 2004 cuando se conformó un segundo nivel de atención a través de servicios diagnósticos, consultas especializadas y emergencias provenientes de Barrio Adentro I. La tercera fase o Barrio Adentro III, se inició a finales del 2005 y tuvo como propósito la modernización de la red hospitalaria existente en el país; la última etapa, Barrio Adentro IV, iniciada en septiembre del 2007, consiste en la ampliación de la red hospitalaria especializada para el fortalecimiento del Sistema Público Nacional de Salud.

de tierras cultivables, monopolio estatal de los suministros agropecuarios, entre otras) ha incidido en una recesión que llega a su quinto año consecutivo, con una reducción acumulativa del 40.6 % de su Producto Interno Bruto, que podría continuar hacia la baja en un 8.5 % en 2018; mientras que, la inflación podría alcanzar un 13 864.6 % antes de que finalice el 2018. Frente a este panorama, fuentes académicas como Encovi¹¹ indican que, entre 2015 y 2017, la pobreza en Venezuela aumentó en 10 puntos porcentuales, y solo en 2017, la pobreza por ingresos alcanzó un 87 %, mientras que un 56 % de la población se encontraba en pobreza reciente y un 30 %, en pobreza crónica.¹²

En el marco de los indicadores sociales y económicos destacan los de salud,¹³ que evidencian las oportunidades y relaciones de la población en esta materia y permiten una aproximación a la eficacia y efectividad de la garantía que brinda el Estado venezolano, en términos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de

los servicios y bienes de salud públicos, ya que, como señalara Ciuro (2004-2005), las cuestiones de salud son mucho más que cuestiones administrativas y complican cualquier panorama jurídico.

IV. Disponibilidad

En Venezuela, la red pública de servicios de salud abarca el 90 % de los establecimientos y concentra el 70 % de las camas. Conforme a los informes de las organizaciones de derechos humanos, hasta un 80 % de esos centros se encuentra en condiciones precarias de infraestructura y servicios, con reportes de escasez de 70 % en insumos básicos y médico-quirúrgicos; 80 % de desabastecimiento en medicinas; 50 % de disminución de personal médico, 60 % de paralización de equipos de diagnóstico y tratamiento, y fallas constantes de energía eléctrica y agua (Provea¹⁴ y Codevida,¹⁵ 2016). En 2007, el Observatorio Comunitario por el Derecho a la Salud (OCDS)

11 La Encuesta Nacional de Condiciones de Vida de la Población Venezolana (Encovi) es un proyecto que vienen desarrollando en Venezuela, desde 2014, investigadores pertenecientes a la Universidad Simón Bolívar, la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Para mayor información, véase: <https://encovi.ucab.edu.ve/>.

12 Véase, Carillo, 2018; Cepal, 2018; FMI, 2018 y, Encovi, 2018, entre otros.

13 En este campo hay una marcada opacidad por cuanto no hay regularidad en la publicación de datos oficiales. Desde 2013 no se publica el Anuario de Mortalidad y Morbilidad; y los boletines epidemiológicos se han dejado de publicar, como se explica más adelante.

14 Programa venezolano de educación-acción en derechos humanos, fundado en 1988, es una "organización no gubernamental, independiente y autónoma de partidos políticos instituciones religiosas, organizaciones internacionales o gobierno alguno, que tiene como fin la promoción y defensa de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales". Información disponible en: <http://www.derechos.org.ve/provea/misionvision-y-objetivos-generales/>.

15 Coalición por la vida. Asociación Civil sin fines de lucro, fundada en 2005, "agrupa a organizaciones que trabajan en la promoción y defensa de los derechos a la salud y la vida de personas con condiciones de salud crónicas y de alto costo y alto riesgo". Información disponible en: <https://coalicionporla-vida.wordpress.com/>

llamó la atención sobre la insuficiencia de ambulatorios de atención primaria y especializada para atender la demanda de usuarios, destacó que la red de centros sanitarios adscrita al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, aunque altamente tecnificada, apenas cubría “formalmente al 35 % de la población total”; y, que la cobertura de la Misión Barrio Adentro era muy baja pese a la cercanía de sus centros o módulos a los sectores populares (OCDS, 2007: 126).

Pese a las consecuencias que se desprenden de ello, en los últimos ocho años, el gobierno nacional no ha actualizado datos sobre los recursos humanos con que cuenta para garantizar la atención en salud.¹⁶ La pérdida de personal calificado en este sector amenaza con convertirse en un problema que merece señalarse: según datos de la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2012),¹⁷ de 17.4 médicos por cada 10 mil habitantes con los que se contaba, en 1990 se pasó a 12.3 en 2010, lo que marcaba, ya para ese momento, una tendencia negativa frente a la mayoría de países de la región suramericana. Para tratar de paliar ese déficit, en el año 2003, se puso

en ejecución el Programa Nacional de Formación en Medicina Integral Comunitaria, cuyo objetivo es formar médicos “con el perfil de atención primaria de salud y garantizar la sostenibilidad del sistema” (Carrillo, 2018: 9).

Para 2007, el 9.6 % de los médicos adscritos al Ministerio del Poder Popular para la Salud abandonaron el país, y, entre 2008 y 2009, más de 2000 médicos hicieron lo propio; para 2017, más de 21 980 médicos de diversas edades y especialidades habían emigrado. Solo en Caracas, 222 profesionales de enfermería solicitaron sus documentos profesionales ante su respectivo colegio, mientras que en el estado fronterizo del Táchira, el déficit para el 2016 era de 642 profesionales.¹⁸ Antes de finalizar el primer semestre de 2018, aproximadamente el 50 % de los médicos y el 37 % de los enfermeros se había marchado del país (ACNUDH, 2018) con el subsecuente impacto negativo que esto tiene tanto en la red hospitalaria, pública y privada, como los centros de formación profesional, dando lugar al “surgimiento de vacantes en

16 Véase OPS (2012); y BM, 2018, https://www.indexmundi.com/es/venezuela/densidad_de_medicos.html

17 La *Organización Panamericana de la Salud* (OPS) es el “organismo especializado de salud pública del sistema interamericano, encabezado por la Organización de los Estados Americanos”. Tiene una oficina de representación en Venezuela desde 1958. Véase en <https://www.paho.org/hq/?lang=es> y en: https://www.paho.org/ven/index.php?option=com_content&view=article&id=24:acerca-de-ops-venezuela&Itemid=122.

18 Declaraciones de Douglas León Natera, presidente de la Federación Médica de Venezuela. Véase en http://www.el-nacional.com/noticias/crisis-humanitaria/diaspora-medicina-venezolana-una-generacion-medicos-exiliados_213270; de Ana Rosario Contreras presidenta del Colegio de enfermería del Caracas y de Daniel Lizcano, presidente del Colegio de Profesionales de la Enfermería del estado Táchira. Disponible en: <http://efectococuyo.com/principales/los-enfermeros-no-migran-sino-que-huyen-ante-salarios-en-clinicas-y-hospitales/>, consultado el 2 de julio de 2018. (Hernández y Ortiz, 2011: 177-178).

plazas de posgrado y al éxodo de personal altamente calificado hacia países como España, Estados Unidos y Australia como principales países receptores” (Hernández y Ortiz, 2011: 177-178).

Al déficit de profesionales de la salud se suma la insuficiencia de establecimientos, bienes, servicios y programas públicos de salud. Entre 2007 y 2015 la tasa de camas por mil habitantes cayó de 1.3 a 0.73, con lo cual se dejaron de atender a “más de un millón de personas” (Carrillo, 2018: 9). Conforme a Oletta y Walter (2018) la capacidad operativa actual de los servicios radio oncológicos, a nivel nacional, está reducida a 4 unidades de radioterapia externa; la red de atención oncológica no alcanza a los 2923 pacientes diagnosticados con alguna patología por año, para un déficit estimado de oferta de servicio de 23 077 pacientes por año; para febrero de 2018, ninguna de las bombas de cobalto que existen en el país estaban operativas y, de los siete hospitales públicos del Área Metropolitana de Caracas que ofrecían servicios oncológicos, solo uno contaba con un acelerador lineal parcialmente operativo, mientras que, el número de los no operativos en todo el territorio nacional alcanzaba el 45.45 %; de igual manera, el 83.33 % de las entidades federales carecen de equipos instalados para dar tratamiento especializado en esta materia.

V. Accesibilidad

Los estudios e informes de organizaciones de derechos humanos y grupos de especialistas y académicos que vienen monitoreando la situación de la salud en Venezuela¹⁹ evidencian la imposibilidad que tiene un elevado número de personas para tener acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud o para seguir tratamientos prescritos; bien, porque no reciben atención médica debido a la insuficiencia de insumos o medicamentos y se les coloca en listas de espera para recibir tratamientos y cirugías o porque carecen de dinero para adquirirlos. Señala Con-vite²⁰ (2017) que, al 25.6 % de las familias venezolanas se les negó el acceso a los servicios y programas públicos de salud por falta de recursos para prestar la atención. Un ejemplo de ello se encuentra en que entre 2007 y 2009, el Ministerio de Salud no suministró vacunas Antipolio, Penta-valente y Trivalente Viral a la población infantil menor de 5 años y, en 2010, dejó de vacunar a casi 70 % de la población infantil de un 20 % de los municipios del país que todavía presentan rezago (Provea-Codevida, 2016).

La materia de medicamentos merece revisarse con detenimiento. De acuerdo con

19 Véase Codevida, 2015; Médicos por la salud y ovs, 2016; Provea y Codevida, 2016, entre otros.

20 Asociación civil sin fines de lucro que desde 2006 trabaja en la garantía y exigibilidad de los derechos sociales en Venezuela. Véase <http://www.venescopio.org/ve/sin-categoria/convite-a-c>.

Oletta y Walter (2018), más del 50 % de la población mayor de 50 años que sufre de hipertensión o diabetes no tiene acceso a medicamentos como antihipertensivos, insulina, antidiabéticos orales, ni en los programas regulares de los órganos prestadores de salud ni en las farmacias privadas; y, pese a que desde 2007 el Instituto Venezolano de los Servicios Sociales asumió la responsabilidad de adquirir y distribuir gratuitamente medicamentos oncológicos así como el Programa Nacional de Sida/ITS del Ministerio del Poder Popular para la Salud es responsable del suministro de los Tratamientos Antirretrovirales de Alta Eficacia, el 80 % de los fármacos usados como primera opción para numerosos tipos de cáncer, entre ellos los más frecuentes, están agotados y, en 2016, el Ministerio no compró el 90 % de estas medicinas. También indican estos investigadores que entre 2013 y 2014, 61 000 personas con VIH-sida tuvieron que interrumpir sus tratamientos, 560 personas con linfoma estaban recibiendo medicamentos que les obligan a cambiar sus esquemas o tener recaídas tempranas; y, 4443 personas con hemofilia y otros problemas hematológicos no cuentan con los factores necesarios a aplicarse una o dos veces por semana para la coagulación de la sangre (Oletta y Walter, 2018).

VI. Aceptabilidad y calidad

Para 2017, el 64 % de los servicios de nutrición se encontraban inoperativos y solo 13 % contaba con el servicio adecuado; mientras el 63.6 % de los servicios pediátricos de los hospitales públicos no contaba con fórmulas para recién nacidos y un 63 % de los centros asistenciales sufría fallas de agua y artículos de higiene que coadyuvaban a problemas de infección generalizados.²¹ En mayo de ese mismo año, luego de casi dos años de ausencia, el Ministerio del Poder Popular para la Salud publicó el Boletín Epidemiológico con las cifras oficiales correspondientes al año 2016 y los 26 reportes pendientes desde julio de 2015. Los registros muestran 756 muertes maternas, lo que significa un aumento del 65.79 % con respecto a 2015. En el caso de la mortalidad infantil, el número de muertes acumuladas en menores de un año es de 11 466 en total, frente a 8812 fallecimientos en el 2015, lo que indica un aumento del 30.12 %; llama la atención que estas muer-

21 Véase la Encuesta Nacional de Hospitales (ENH, 2017). Instrumento que bajo la asesoría técnica del Observatorio Venezolano de la Salud (Proyecto asociado al Área Desarrollo y Salud del Centro de Estudios del Desarrollo de la Universidad Central de Venezuela que busca monitorear y hacer seguimiento a los principales indicadores de salud y nutrición (<https://www.ovsalud.org/nosotros/>) y de la Red de Médicos residentes que conforman la Organización no gubernamental Médicos por la Salud (Grupo de Médicos Residentes y Especialistas) se viene realizando para verificar el estado en que se encuentra la infraestructura de los centros asistenciales públicos en Venezuela, los servicios médicos y la disponibilidad de insumos y equipos.

tes se producen, básicamente, durante el periodo neonatal, con un 53.9 % de fallecimientos (bebés en sus primeros 28 días de vida).²²

VII. A manera de cierre

Los derechos humanos son un marco para obtener una vida plena, la salud en tanto bien jurídico común que posibilita a las personas la expansión de sus potencialidades, les permite el goce de esos derechos: una persona sana es un ciudadano hábil y útil para el desarrollo de un país. Conforme señala Amartya Sen (2000), son pocas las cosas que pueden realizarse si no se goza de buena salud. El contexto, las oportunidades diferenciales, los determinantes sociales y medios con los que se cuenta son elementos que inciden en el ejercicio de los derechos.

Desde 1948 el reconocimiento de la salud como derecho ha venido en constante evolución como bien lo expresan los diferentes acuerdos, tratados e instrumentos internacionales que regulan por una parte, su contenido, alcance y dimensiones y por la otra, establecen las obligaciones de los Estados integrantes de las Naciones Unidas para tratar de fijar mínimos sustantivos que permitan asegurar la dignidad de la vida humana. El Estado venezolano, signatario de esos compromisos, los ha asumido como parte de sus normas inter-

nas y es responsable, ante sus ciudadanos y el concierto de las naciones, de establecer políticas, programas y medidas que los satisfagan.

La realización del derecho a la salud se evidencia en las oportunidades reales que tienen las personas para su ejercicio y disfrute; disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad son dimensiones esenciales e interrelacionadas que permiten aproximarse al grado de cumplimiento del derecho, por parte de un Estado. Esa observancia se expresa en las condiciones de vida de la población; en las políticas, programas, establecimientos, servicios, personal y equipos necesarios para el cuidado de la salud en sus diferentes niveles de complejidad y en sus distintas fases: promoción, protección, diagnóstico, tratamiento y recuperación.

La Constitución de 1999 asigna al Estado venezolano la responsabilidad de garantizar el derecho a la salud de su población, en ejercicio de lo cual debe asegurar la distribución de servicios médicos adecuados, con infraestructura, bienes y servicios públicos de calidad en los que se cuente con personal calificado suficiente para atender los requerimientos de salud. Los parámetros fijados en los estándares internacionales para desarrollar y realizar el derecho establecen la necesidad de tomar medidas mínimas destinadas a crear condiciones que aseguren el cumplimiento de la garantía, a través de la asistencia

²² Véase <https://www.ovsalud.org/publicaciones/documentos-oficiales/>

médica y los servicios públicos de salud, para lo cual deberán cumplir con unas obligaciones generales, específicas, básicas y prioritarias.

Los datos expuestos a lo largo de este trabajo permiten una visión comprensiva sobre la garantía y disfrute del derecho a la salud en la Venezuela actual que puede situarse en dos planos de interpretación. El primero abarca lo formal o normativo que se inicia con la ampliación de derechos en la Constitución de 1999. Cuerpo de normas que establece la universalidad del derecho a la salud, su imbricación con el derecho a la vida y un apego explícito a las declaraciones, pactos e instrumentos internacionales que rigen los derechos humanos y especialmente, los sociales.

Un segundo plano se sitúa en el campo de las oportunidades reales y las estructuras institucionales que ofrece el Estado para el goce del derecho, el incremento del bienestar y la calidad de vida de las personas. Cuando se cruzan ambos ejes se observa que a nivel discursivo hay un reconocimiento del derecho que no se concreta en los hechos. Los datos fácticos muestran una limitación de las oportunidades para cristalizar las pretensiones legítimas de las personas de tener condiciones que reduzcan los casos de enfermedad y les permitan alcanzar el más alto nivel posible de bienestar. La atención y asistencia médica oportuna y apropiada en los casos a los que hubiere lugar es limitada, cuando no

inexistente; el derecho solo no basta, se requieren recursos y condiciones.

Los planos que se vienen refiriendo permiten trazar dos líneas de incumplimiento por parte del Estado, uno hacia el orden interno y otro hacia lo externo. El primero de ellos está directamente relacionado con la obligación constitucional de garantizar la universalidad y diseñar políticas que de manera efectiva promuevan la calidad de vida, el bienestar de la población y el acceso a los servicios de salud. Garantía que se hace ilusoria para los sectores en situación de vulnerabilidad y riesgo –enfermos de cáncer, seropositivos, personas que padecen de VIH, con enfermedades crónicas y prevenibles, entre otros– quienes no tienen acceso real y efectivo a servicios, bienes, tratamientos y medicamentos; ya que, quienes logran ser atendidos en los establecimientos, centros asistenciales y servicios públicos encuentran que estos carecen de insumos y medicamentos y cuando los hay, no son aceptables en términos de uso, adecuación y calidad, lo que constituye una manifestación clara de discriminación.

De cara a la comunidad internacional hay una clara inobservancia de los compromisos asumidos al suscribir y ratificar el PIDESC, –y sus instrumentos posteriores– en cuanto a la obligación que tiene el Estado venezolano de tomar medidas mínimas destinadas a crear condiciones que aseguren el cumplimiento de la garantía del derecho a la salud, a través de la asis-

tencia médica y los servicios públicos de salud. Hay un incumplimiento generalizado de las obligaciones generales, específicas, básicas y prioritarias establecidas para desarrollar y realizar plenamente el derecho que se evidencian al no tomar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias deliberadas y concretas, de manera expedita y eficaz, que den plena efectividad al derecho a la salud, en los términos señalados en la OG14.

Los datos expuestos muestran que hay un aumento de la morbimortalidad materna e infantil, no se están proporcionando los esquemas de inmunización debidos contra las principales enfermedades infecciosas, una creciente pérdida de personal capacitado que amenaza los estándares internacionales en la materia y limitaciones evidentes en el acceso a servicios, tratamientos y medicamentos oportunos y de calidad; lo que, entre otros factores, converge para afirmar que los niveles esenciales del derecho a la salud no están siendo satisfechos por el Estado quien no cumple con los deberes básicos de atención primaria en salud ni distribuye equitativamente las instalaciones, bienes y servicios de salud.

A lo largo de estas líneas se ha demostrado que no se trata simplemente de una garantía limitada del derecho por parte del Estado, sino de que, en la mayoría de los casos, el derecho sencillamente no se satisface y se pone en riesgo la integridad

física y emocional de las personas, e incluso su vida. Cada vez que las instituciones de salud venezolanas niegan o limitan la calidad, acceso, disponibilidad y aceptabilidad de servicios, bienes, insumos, suministros y tratamientos en salud, hay una violación flagrante –e incluso negación– del derecho a la vida y a la salud, lo que constituye un claro retroceso y una discriminación en el ejercicio y goce real del derecho. Así, en Venezuela el respeto, protección y cumplimiento del derecho a la salud se halla seriamente comprometido.

VIII. Referencias

- Alvarado, Carlos, Martínez, María, Vivas-Martínez, Sarai, Gutiérrez, Nuramy y Wolfram Metzger. 2008. “Cambio social y política de salud en Venezuela”, en *Medicina Social*, 117-3(2), mayo. Disponible en: <http://www.medicinasocial.info/> (consultado el 7 de junio de 2018).
- Alvarado, Neritza. 2005. “Populismo, democracia y política social en Venezuela”, en *Fermentum*, Mérida, 15(44), septiembre-diciembre, pp. 305-331.
- Alvarado, Neritza. 2004. “Pobreza y exclusión en Venezuela a la luz de las Misiones Sociales (2003-2004)”, en *Fermentum*, Mérida, 14(39), enero-abril, pp. 181-232.
- Alvarado, Neritza. 2003. “La atención a la pobreza en Venezuela del ‘Gran Viraje’ a la ‘V República’, 1989-2002”, en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, IX(2), julio-diciembre, pp. 111-150.

- Asamblea Nacional Constituyente. 1999. *Constitución de la República Bolivariana Venezolana de Venezuela*. Caracas. Gaceta Oficial Núm. 5.453. Extraordinario del 24 marzo.
- Bañuelos, Carla, Cernada, Claudia, Dakesian, María, Kielmanovich, Mariana y Carla Fierri. 2014. “La formación en la perspectiva de derechos en la residencia interdisciplinaria de educación para la salud en el sistema público de salud de la ciudad de Buenos Aires”, en: *Estudios sobre el Derecho a la salud* (Mariza Aizenberg, directora). Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Carrillo Roa, Alejandra. 2018. “Sistema de salud en Venezuela: ¿un paciente sin remedio?”, en *Cadernos de Saúde Pública*, 34(3). pp. 1-15. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2018000305003&script=sci_abstract&tlng=es/ (consultado el 11 de junio de 2018).
- Castillo, Fernando. 2002. “Derecho a la salud. Recientes evoluciones de la jurisprudencia constitucional”. Ponencia presentada en el Seminario sobre el Estado de *Derecho* y Poder Legítimo. Conferencista en el XII Congreso Nacional y IV Interamericano de *Salud Pública*. Disponible en <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/.../Derechoala-salud/CONFERENCI> (consultado el 11 de junio de 2018).
- Courtis, Christian y Gutiérrez, Rodrigo. 2010. “Consideraciones generales sobre el derecho a la salud”, en Pérez Arguelles, Mariana (coord.^a). 2010. *Cinco miradas sobre el derecho a la salud. Estudios de caso en México, El Salvador y Nicaragua*. Fundar. Centro de Análisis e investigación, A. C. [Documento en línea]. Disponible en [http://fundar.org.mx/mexico/?](http://fundar.org.mx/mexico/) (consultado el 16 de junio de 2018).
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. 2004-2005. “Filosofía trialista del derecho de la salud”. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 28. Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> (consultado el 16 de junio de 2018).
- Coalición de organizaciones por el derecho a la salud y a la vida. 2015. “Defensa del Derecho a la Salud-CIDH”. Trabajo presentado en la Universidad Católica Andrés Bello, en el marco de las *Jornadas realizadas por la Defensa del Derecho a la Salud*, octubre.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 2018. *Actualización de proyecciones de crecimiento de América Latina y el Caribe en 2018*, abril, disponible en <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-mantiene-sus-estimaciones-la-actividad-economica-america-latina-caribe-crecera-22> (consultado el 15 de junio de 2018).

- Convite, A. C. 2017. *Monitoreo del derecho a la salud en Venezuela*. Boletín Núm. 3, noviembre.
- D'Elía, Yolanda y Cabezas, Luis. 2008. *Las Misiones sociales en Venezuela*. Caracas. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS)- Convite, A.C. Disponible en: <http://www.ildis.org.ve/> (consultado el 4 de julio de 2018).
- D'Elía, Yolanda; Lacruz Tito y Maingon, Thais. 2006. "Los modelos de política social en Venezuela: Universalidad Vs. Asistencia-lismo", en: Maingon, Thais (Coord.) *Balance y perspectivas de la política social en Venezuela*, Caracas. ILDIS. Cendes. UNFPA, pp. 185-228.
- Díaz Polanco, Jorge y Maingon, Thais. 1999: "¿A dónde nos llevan las políticas de salud? La reforma del sector salud ¿Un cambio positivo?", en Bronfman, Mario/ Castro, Roberto (Coord.), *Salud, cambio social y político. Perspectivas desde América Latina*, Edamex, México, pp. 217-238.
- Fondo Monetario Internacional. 2018. *Perspectivas de la Economía Mundial*, abril. Disponible en: <http://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2018/03/20/world-economic-outlook-april> (consultado el 15 de junio de 2018).
- Figueroa, Rodolfo. 2013. "El Derecho a la salud", en *Estudios Constitucionales*, 11(2), Chile, pp. 283-332.
- Gómez Sánchez, Irey. 2006. "El papel de las misiones sociales en la construcción de identidades políticas en Venezuela", en *Rev. Venez. de Econ. y Ciencias Sociales*, 2006, 13(1), enero-abril, pp. 13-34.
- Gómez Sánchez, Irey y Luis Alarcón Flores. 2009. "Política social y construcción de ciudadanía en Venezuela", en *Multiciencias*, 9(2), Núcleo Punto Fijo, Universidad del Zulia, pp.167-175. Disponible en <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/mc/article/view/3682/3581>.
- González Díaz, Carlos. 2005. "En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud", en *Educ. Med. Sup.*, 19(4). Disponible en <http://scielo.sld.cu/pdf/ems/v19n4/ems01405.pdf>. (consultado el 12 de junio de 2018).
- González, Lissette y Tito Lacruz. 2008. "Política social en Venezuela", Caracas, Centro Gumilla, 108 pp.
- Hernández, Tulia y Yamileth Gómez. 2011. "La migración de médicos en Venezuela", en *Rev. Panama Salud Pública*, 30(2): 177-81.
- Lacruz, Tito. 2006. "Del antes al ahora: Balances de la política social en Venezuela", en: Maingon, Thais (Coord.). *Balance y perspectivas de la política social en Venezuela*. Caracas. ILDIS. Cendes. UNFPA, pp. 111-184.
- Lema Añón, Carlos. 2010. "El Derecho a la salud: Concepto y Fundamento", en *El tiempo de los Derechos. Huri-Age*, 12(20), pp. 1-15. Disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es>. (consultado el 6 de julio de 2018).
- Maingon, Thais. 2004-2005. "Ciudadanía, derechos y política social. La instituciona-

- lidad social en Venezuela”. Reporte de investigación presentado en la Cátedra Andrés Bello Latin American Centre St. Antony’s College Oxford University (mimeo).
- Maingon, Thaís. 2004. “Política social en Venezuela: 1999-2003”, en *Cuadernos del Cendes*, 55, pp. 47-73, Caracas.
- Maingon, Thaís. 2001. “Ciudadanía, derechos y salud”, en Díaz Polanco, Jorge (Coord), *La reforma de salud en Venezuela: Aspectos políticos e institucionales de la descentralización de la salud en Venezuela*, CENDES/CIID/IESA, Caracas, pp. 73-91.
- Médicos por la salud y Observatorio Venezolano por la salud. 2016. *Encuesta nacional de hospitales (ENH)*. Disponible en <https://www.ovsalud.org/publicaciones/salud/encuesta-nacional-de-hospitales-2016/> (consultado el 11 de junio de 2018).
- Médicos por la salud. 2018. *Encuesta Nacional de hospitales (ENH)*. 2018. Disponible en: http://www.svinfectologia.org/images/stories/Foros/ENH%20final_2018FIN.pdf (consultado el 11 de junio de 2018).
- Ministerio del Poder Popular para la Salud. *Boletín Epidemiológico*, 52. Semana 25 al 31 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.salud.gob.sv/download/boletin-epidemiologico-semana-52-del-25-al-31-de-diciembre-de-2016/> (consultado el 11 de junio de 2018).
- Muller, Agueda. 2014. “El Derecho de la salud y los derechos humanos”, en *Estudios sobre el Derecho a la salud* (Mariza Aizenberg, directora). Departamento de publicaciones de la Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Meterhikian, Eduardo. 1998. “La ‘protección de la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido” (Comentario al fallo “Viceconte, M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, La Ley, 1998-F, 9.303. Disponible en: http://eduardomertehikian.com/media_/41.pdf
- Naciones Unidas. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. 2000. *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General 14. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view> (consultada el 4 de julio de 2018).
- Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). 2018. *Informe. Violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin*, junio. Disponible en ACNUDH (consultado el 22 de junio de 2018).

- Observatorio Comunitario por el Derecho a la Salud (OCDS). 2007. *Informe sobre el derecho a la salud en Venezuela 2007*. Caracas. Editorial Convite, A. C.
- Oletta, José y Carlos Walter. 2018. ¿Qué sucede con el Programa Nacional de Cáncer en Venezuela? Mención especial a la operatividad de los equipos de radioterapia y medicina nuclear, de la red pública de centros oncológicos (MPPS-IVSS). Disponible en: <https://www.ovsalud.org/publicaciones/salud/que-sucede-con-el-programa-nacional-de-cancer-envenezuela/> (consultado el 11 de junio de 2018).
- Organización Panamericana de la Salud. 2012. *Salud en Sudamérica: panorama de la situación de salud y de las políticas y sistemas de salud*, Washington, DC: Organización Panamericana de la Salud. Disponible en: [www.paho.org/chi/images/PDFs/salud%20en%20sam%202012%20\(ene.13\).pdf](http://www.paho.org/chi/images/PDFs/salud%20en%20sam%202012%20(ene.13).pdf) (consultado el 1 de julio de 2018).
- Programa Venezolano de Educación- Acción en Derechos Humanos y Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y a la Vida. 2017. *Situación del derecho a la salud en Venezuela, 2016. El derecho a la salud en Venezuela*. Disponible en <https://coalicionporlavida.wordpress.com/about/documentos/informes/comision-interamericana-de-derechos-humanos> (consultado el 6 de julio de 2018).
- Rodríguez Colmenares, Isabel, Rincón Becerra, María T. y Madueno, Janeth. 2006. “Barrio adentro: Una experiencia de política de salud en ejecución”, en *Espacio Abierto*, 15(3), julio, pp. 617-640. Disponible en electrónico en: <http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?> (consultado el 24 de junio de 2018).
- Sen, Amartya. 2000. “La salud en el Desarrollo”. Discurso inaugural pronunciado ante la 52 Asamblea Mundial de la Salud, en Ginebra, el 18 de mayo de 1999 y publicado en el Boletín de la Organización Mundial de la salud. Recopilación de artículos, núm. 2. Disponible en: <http://www.cies.edu.ni> (consultado el 25 de junio de 2018), pp. 16-21.
- Torrenteguy, Marco Aurelio Antas. 2014. “Derecho sanitario: un derecho transdisciplinario”, en *Estudios sobre el Derecho a la salud* (Mariza Aizenberg, dir.^a). Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- USB. UCV. UCAB. 2018. *Encuesta de Condiciones de Vida* (Encovi). Caracas.
- Vélez Arango, Alba Lucía. 2011. “Por un sistema de salud que garantice la protección del derecho. Un requisito de justicia social”, en *Hacia la Promoción de la Salud*, 16(1), enero-junio, pp. 145-155. Disponible en <http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/> (consultado el 6 de abril de 2018).
- Vélez Arango, Alba Lucía. 2010. “La protección de la salud en la filosofía liberal”, en *Hacia la Promoción de la Salud*, 15(1),

enero-junio, pp. 63-77. Disponible en:
<http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/>
(consultado el 6 de abril de 2018).

Vélez Arango, Alba Lucía. 2007. "Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el Estado social de derecho", en *Hacia la Promoción de la Salud*, 12, enero-diciembre, pp. 63-78. Disponible en <http://www.bibliodar.mppeu.gob.ve> (consultado el 6 de abril de 2018).

ANÁLISIS DE LAS DIRECTRICES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE TIPOS PENALES EN MÉXICO ANALYSIS OF THE GUIDELINES FOR THE CONSTRUCTION OF CRIMINAL TYPES IN MEXICO

XOCHITHL GUADALUPE RANGEL ROMERO¹
LIZZETH ALEJANDRA DÍAZ DE LEÓN ALFARO²

Sumario: I. Introducción. II. Resultados de análisis del trabajo de campo criminológico. III. Nueva metodología de creación de tipos penales: Propuesta. IV. Conclusión general. V. Referencias.

Resumen

Para nadie escapa que, dentro de nuestro estado, la generación de la diversidad de tipos penales que a la fecha existen derivan más de un temor de que la conducta aumente el índice de la criminalidad, que de la necesidad de que esa conducta deba ser sancionada penalmente. Lo anterior implica que es necesario que el legislador, una vez que ha contemplado la posibilidad de incluir una conducta típica, se aboque al estudio de directrices específicas para la implementación de esta dentro de un texto penal. Por ello, el que el legislador se acote a una metodología específica implica que este tenga un sendero fijo de qué persigue con la conducta que pretende incluir en la norma penal.

Palabras claves: Análisis político criminal, tipo penal, criminalidad, directrices.

1 Profesora Investigadora de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Correo electrónico: xochithl.rangel@uaslp.mx ORCID: 0000-0002-0543-2852

2 Catedrática de la Licenciatura en Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Correo electrónico: alejandra.alfaro@uaslp.mx

Analysis of the guidelines for the construction of criminal types in Mexico

Abstract

For no one escapes that, within our State, the generation of the diversity of criminal types that to date exist, derives more from a fear that the behavior increases the rate of criminality, than of the need that such behavior should be sanctioned criminally. The foregoing implies that it is necessary that the legislator, once he has contemplated the possibility of including a typical conduct, be devoted to the study of specific guidelines for the implementation of this within a penal text. Therefore, the fact that the legislator adheres to a specific methodology implies that the latter has a fixed path that he pursues with the conduct is intended to include in the criminal law.

Keywords: Criminal political analysis, criminal type, criminality, guidelines.

I. Introducción

La construcción de la diversidad de tipos penales que lleva acabo el legislador, en la actualidad surge en la mayoría de los casos por el temor social de que una determinada conducta aumente el índice de la criminalidad, o en su defecto, por las presiones sociales a las cuales el mismo Estado es sometido por la sociedad, lo que trae como resultado que el legislador se incline por la creación de un novedoso tipo penal o, en su defecto, por qué no decirlo, derogar alguna figura. Sin embargo, las dos situaciones en lo particular tienen una carga metodológica que el legislador debe satisfacer. He aquí donde el presente análisis encuentra su utilidad y función.

Como se puede observar, es necesaria una metodología de estudio por parte del legislador para la construcción de un tipo penal, ya que repercute en la vida de la sociedad y en la persona que comete la conducta típica y antisocial, pues es parte de la sociedad; es por eso que se considera importante plasmar algunas directrices básicas para dar pie a la decisión tan importante que es la construcción de un nuevo tipo penal que, por considerarlo conveniente, en su momento deberá introducirse al ordenamiento jurídico penal.

De lo anterior, se infiere que a la fecha deban existir directrices de construcción de tipos penales que necesariamente el legislador tendrá que observar, no solo para facilitar su construcción, sino porque el seguimiento de directrices previamente establecidas conduce a que en México exista un parámetro específico de cómo realizar política criminal con base en la construcción de tipos penales.

Este trabajo de investigación está encaminado a sentar las bases generales metodológicas para la creación de tipos penales, mismos que ayudarán al legislador al momento de construir un tipo penal o en su momento, por qué no, derogarlo.

Desde la política criminal que se implementa en nuestro Estado mexicano es importante observar que se atraviesa por un camino sinuoso donde la aparición de tipos penales proviene más de una presión social o de un temor generalizado que de

un razonamiento metodológico que permita tener claridad de aplicación. Lo anterior es importante en razón de que es necesario caminar, por lo menos en nuestro Estado, bajo un cimiento sólido de hacia dónde dirigirnos.

A la fecha, la política criminal en nuestro Estado de derecho se ha desvalorizado. El Estado ha dejado de lado que, con una política criminal viable, no solo es posible reducir o eliminar la criminalidad, sino que la aplicación de la política criminal permite crear estrategias que contribuyan a generar dentro de un Estado de derecho la armonía necesaria en todos sus niveles de gobierno. Se ha dejado de lado en México a la política criminal; al presente únicamente se visualiza esta como un conjunto de estrategias aisladas con la finalidad de combatir la criminalidad. Sin embargo, la esencia de la política criminal tiene tintes orientadores de política pública. En este caso en particular, la estructura de la política criminal aplicada nos lleva a crear metodologías de avance, específicamente: análisis político-criminales orientadores para la construcción de tipos penales.

II. Resultados de análisis del trabajo de campo criminológico

Los presentes hallazgos de investigación son resultado del trabajo de campo criminológico llevado a cabo desde el año 2014 hasta inicios del año 2016, con diferentes pandillas, en la ciudad de San Luis Potosí,

México. El objetivo principal era conocer el contexto social en donde se gestaban algunas de las conductas antisociales tipificadas como delitos en la entidad. Se logró contactar con interlocutores que eran integrantes de grupos considerados como delictivos, e individuos que habían cometido algún delito. La investigación se enfocó en sujetos que gozaban de libertad y cuyas actividades cotidianas los vinculaban con faltas administrativas o delitos por los cuales no recibían un castigo o sentencia.

En el año 2013 había 21.5 millones de jóvenes en México, es decir, personas entre los 15 y los 24 años de edad, que representaban el 18.2 % de la población total. De esos 21.5 millones, 6.8 millones (31.6 %) eran menores de edad, entre los 15 y los 17 años (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2014a). Ese mismo año hubo un total de 11 559 adolescentes en todo el país que fueron objeto de diversas medidas por haber cometido infracciones a las leyes penales (Azaola, 2014). Muchas de las propuestas que tratan de disminuir dicha cifra han sido estructuradas desde la visión de que el problema está relacionado con la violencia, una falta de proyecto de vida sólido, y una falta de responsabilidad generalizada (Aguirre, 2003; Olivo, 2010; Ramírez, 2013). Sin embargo, el riesgo potencial es la falta de estudios sobre este sector poblacional que se vinculen adecuadamente con el quehacer legislativo del país. Y más confuso aún es que, mu-

cha de la información que hoy se difunde, no incluye la voz de estos actores sociales, sino sigue siendo la opinión de los que observan, juzgan o reprochan las actividades generadas.

Entre los delitos que cometieron adolescentes y jóvenes que en la actualidad están reclusos en centros de internamiento juvenil destacan: robo con violencia, homicidio, portación de armas prohibidas, robo de vehículo, secuestro, delitos contra la salud y delincuencia organizada (Azaola, 2014: 9). También está documentado que el paso de los adolescentes por centros de reclusión no garantiza un cambio en su estilo de vida tendiente a delinquir, como lo muestra el estudio de la ONG Ririki, que asegura que uno de cada tres internos de hasta 25 años de edad refiere haber pasado por un centro para menores (Pavón, 2015).

En el año 2010 había 112 336 538 personas en México, según los Censos y Conteos de Población y Vivienda del INEGI, y para el 2013 la proyección de la población era de 118 395 054 personas. Para el año siguiente, según información del Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales, 174 000 personas se encontraban en centros penitenciarios por delitos del fuero común y 24 318 por delitos del fuero federal (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2014b). En lo que va del año actual, 6 252 personas han sido detenidas e indiciadas dentro de una averiguación previa federal como

probables responsables de algún delito (Procuraduría General de la República, 2016). Las principales acciones por las que las personas llegan a prisión son: homicidio (10 503 personas), lesiones (12 447 personas), robo a casa habitación (10 079 personas), narcomenudeo (13 949 personas) y delitos contra la salud (11 543 personas).

Además de lograr el objetivo general, mediante el presente trabajo de investigación se pudo conocer los sistemas de aprendizaje delictivo de algunas pandillas en San Luis Potosí, algunos métodos de evasión de la justicia jurídica y su percepción sobre los tipos penales trasgredidos. Como hallazgo importante el estudio generó ideas para una nueva forma de creación de tipos penales con la información recabada. Para llegar a esto, se optó por establecer una metodología basada en herramientas tanto cuantitativas como cualitativas. De tal manera, se hizo uso de análisis estadístico, trabajo de campo antropológico, encuestas, análisis documental, entrevistas a profundidad y grupos de discusión.

Se estudiaron cuatro grupos sociales que se autodenominaban como pandillas y estaban formados por jóvenes de entre 13 y 22 años, en zonas urbanas de la ciudad de San Luis Potosí, México. Dos de ellos considerados por sus características económicas, culturales y de comportamiento como hijos de sujetos pertenecientes a clase baja y baja alta, según perfiles socioeconómicos determinados por la Secretaría

de Economía en México (2014). En otras dos pandillas, sus integrantes son hijos de personas pertenecientes a las clases media alta y alta baja (Secretaría de Economía, 2014). Para el estudio también se tomaron en cuenta los datos proporcionados por sujetos que de manera aleatoria fueron identificados por las investigadoras como personas que aceptaron haber cometido algún delito en su vida, que no han sido sancionados por ellos, y aceptaron participar en el proyecto. El 53 % de los sujetos del estudio pertenecen a pandillas juveniles; el 47 % no, ya sea porque no se agrupan con jóvenes, no caben dentro del rango de edad juvenil, aseguran delinquir de manera individual o el delito que manifiestan haber cometido pasó hace bastante tiempo y no influyó en él la pertenencia a un grupo pandilleril. El 81% de los interlocutores es de sexo masculino y el 9 % de sexo femenino.

Los sistemas de aprendizaje para delinquir son considerados en este estudio como las relaciones de enseñanza y aprehensión de conocimiento en las que interactúa una persona para adquirir las habilidades y los datos necesarios para cometer alguna conducta delictiva dentro de una sociedad determinada. Al cuestionar a los interlocutores acerca de dónde aprenden las técnicas para cometer un ilícito y dónde los incentivan para llevarlas a cabo, un porcentaje mayoritario (48 %) dijo que las obtienen por enseñanza de personas

afines (es decir, de un rango de edad, gustos y preferencias similares) y por su deseo de pertenencia al grupo en donde conviven estas personas. En segundo lugar (27 %) se encuentran las personas que aseguran que tanto el deseo como la motivación proviene de conocimientos propios y de la iniciativa particular, aunque aseguran que los contextos familiares y escolares cercanos en algo estimularon esos anhelos y pensamientos. Un tercer segmento (19 %) asevera que fueron familiares directos los que inspiraron y enseñaron procesos para cometer un ilícito y la manera de esquivar autoridades dedicadas a salvaguardar la seguridad ciudadana. En cuarto y último lugar (6 %) afirmaron que, aunque las infracciones iniciales fueron motivadas por iniciativa propia o de amistades, una “perfección” de métodos y relaciones sociales delictivas se gestó en su paso por centros de internamiento juvenil.

Varios son los delitos y las faltas administrativas que los sujetos participantes del estudio aseguran haber realizado. Algunos de manera inmediata son señalados por ellos y otros son manifestados mediante una discusión de grupo que permitió recordar otras tipologías. Entre los hechos que aseguran haber cometido se encuentran: portación de armas prohibidas, alteración del orden público, riña, lesiones, tráfico, consumo y producción de sustancias psicoactivas, asociación delictuosa, daños a propiedad ajena, allanamiento de morada, aco-

so sexual, estupro, fraude, soborno, trata de personas, prostitución, privación de la libertad, robo a casa habitación, robo a transeúnte, robo a transportista, violencia familiar, corrupción de menores, amenazas, delincuencia organizada, abuso sexual a menores, violación sexual, homicidio. La cantidad de delitos señalados que han cometido los sujetos son 663 en total, con una población muestra de 103 personas. Es importante señalar el aparente desconocimiento que manifiestan los entrevistados sobre las acciones que son consideradas en la legislación que los rige como un delito. Un porcentaje amplio (76 %) refiere no saber si algunas acciones particulares cometidas son sancionadas penalmente o si no lo son.

Posterior a estos datos se evidenciaron las razones por las cuales tal cantidad de delitos no habían sido sancionados por autoridades competentes. Los participantes manifestaron algunos motivos que después mediante análisis se triangularon con la información del trabajo de campo. Se hizo necesaria la división de los interlocutores por sus condiciones sociales y económicas, ya que esto determinaba ciertos patrones delictivos.

Los sujetos de nivel socioeconómico con perfil bajo poseen mayor índice de deserción y problemáticas escolares. Algunas de sus familias son mononucleares o constituidas por una gran cantidad de personas que viven en una sola casa. Existen caren-

cias económicas que los han hecho elegir algunas opciones de trabajo y descartar las alternativas educativas. Las zonas de residencia donde viven son consideradas por autoridades municipales como conflictivas (H. Ayuntamiento de San Luis Potosí, 2013). Muchos jóvenes fueron padres o madres aun cuando su rango de edad no sobrepasaba los 18 años.

Para este perfil de sujetos, el conocimiento técnico criminalístico sobre evidencias o hechos delictuosos es básico, pero tienen una ligera información que aceptan haber aplicado en acciones cometidas para evitar penalidades jurídicas. Muchas de estas faltas las llevan a cabo en zonas desprotegidas, ya sea porque la revisión o supervisión policial es poca o nula o porque el lugar en sí posee características que lo hacen vulnerable (poca iluminación, poco flujo de transeúntes, rutas de tránsito complejas). Un hecho que es muy notable es que, en comparación con el otro grupo estudiado, este colectivo de personas no suele tener problemas con elegir víctimas que son similares en contexto social, económico, sexo, edad o fortaleza física. Incluso se podría hablar de que se suelen sobrepasar estos rangos, lo que también determina el uso del cuerpo agresivo que desde los espacios geográficos en calles, avenidas o esquinas de afluencia común se imponen ante extraños o propios del lugar para proyectar una fortaleza simbólica que desde lo lejos empieza a amedrentar.

Esto, por supuesto, también va de la mano con las características socioculturales de los sujetos, pero suele evidenciar que son personas con características físicas que los hacen poseedores de estigmas sociales muy evidentes. El cuerpo es utilizado para atemorizar en un contexto donde la defensa violenta ha sido la única vía de supervivencia, o por lo menos esta es la percepción generalizada que manifiestan los interlocutores.

Por otro lado, los individuos de nivel socioeconómico con perfil medio o alto poseen también en su mayoría un gran índice de deserción y problemas escolares, aunque los motivos no fueron problemas económicos, sino una necesidad de pertenencia con grupos donde la atención y la sensación de diversión eran, a su juicio, mayores. Algunas de sus familias son mononucleares o constituidas por padre, madre y hermanos u otros familiares. Entre los jóvenes no refieren problemas económicos, pero la mayoría manifiestan que solo se dedican a actividades lúdicas o de acondicionamiento físico. Es decir, no estudian ni trabajan, pero la mayoría asiste al gimnasio o acude a prolongadas fiestas o eventos con amigos afines. Las zonas de residencia donde viven son consideradas como no conflictivas (H. Ayuntamiento de San Luis Potosí, 2013), aunque se pudo comprobar que son lugares con problemas esporádicos, pero altamente vigilados, con arribo policial rápido al ser solicitado,

y potencialmente seguros. Muchos de los que en este momento son jóvenes han sido padres o madres aun cuando su rango de edad no sobrepasa los veinte años.

Contrario al otro grupo, los sujetos incluidos en este segmento aluden a que una razón que los ha llevado a esquivar la justicia es una superioridad mental y económica que los hace sentirse inmunes. Refieren tener un amplio conocimiento de técnicas criminalísticas y procesos jurídicos, así como de conocidos cercanos que los podrían ayudar ante una eventualidad. Se comprobó que la mayoría son asiduos espectadores de series y películas con contenido criminalístico en donde han obtenido lo que, a su parecer, son saberes que los podrían ayudar a sortear sanciones. Aunque está documentado que gran parte del contenido de estos programas tiene errores metodológicos y científicos (Mulet, 2016), algunos detalles básicos son acertados y al parecer funcionan solo como un nexos que les otorga seguridad, ya que no se encontró evidencia que indique que dicho conocimiento los haya ayudado a esquivar responsabilidades penales.

Otro de los detalles sobresalientes de este grupo de estudio y que también han señalado que es una causa para deslindarse de probables sanciones es la elección de la víctima. Dicho proceso es mucho más premeditado que el grupo anteriormente señalado y está basado en la idea del abuso a personas vulnerables ya sea

económica, educativa o psicológicamente, precisamente para asegurar la evasión de sanciones. Esto, muchas veces imposibilita para ejercer una acción penal o señalar al victimario. En comparación con el otro grupo estudiado, el uso del cuerpo agresivo e intimidante no es necesario, pues este segmento ha hecho uso de otras alternativas para imposibilitar una acción defensiva por parte de los afectados, así que suelen usar estándares de uso del cuerpo y la estética muy aceptados socialmente en las esferas donde se desenvuelven.

Uno de los factores que quizá los sitúa en ventaja es precisamente la solvencia monetaria que posee su familia. Muchos hacen hincapié en que es el factor económico lo que los ha hecho conciliar con la parte afectada, pagar fianzas o establecer vínculos de soborno con autoridades para evadir responsabilidades penales.

Ante este breve esbozo del panorama encontrado en la investigación surge la necesidad de cuestionarlos sobre la creación actual de tipos penales y la estrategia que los legisladores utilizan para hacer uso de su conocimiento y generar propuestas que favorezcan a la población. Según el trabajo recabado, un alto índice de personas entrevistadas (72 %) refiere que las acciones que ellos realizan no las consideran como dañinas para los demás. Coincidentemente, señalan al narcomenudeo como uno de los hechos que aportan más beneficio que perjuicio al municipio o las

poblaciones a las que pertenecen. Esto nos indica que es necesario desde el mundo legislativo un trabajo permanente de investigación social enfocado a establecer cuál es el panorama actual criminológico de las entidades en donde se actúa, quiénes son sus sujetos de interacción, cuáles son sus características y cuáles sus métodos de evasión de justicia. Sin estos datos, difícilmente se podrá establecer una agenda legislativa acertada.

Una porción de los individuos del estudio (52 %) señala que, de algunas de las acciones cometidas, no sabían que eran delito; otro (69 %) no conocía cuáles eran las sanciones a las que podían ser acreedores y un segmento amplio (71 %) no sabe distinguir entre un delito del fuero común y un delito del fuero federal.

De tal manera, se evidencia la falta de estrategias sólidas de educación y divulgación que disminuyan el desconocimiento ciudadano de los instrumentos jurídicos para con esto tratar de profundizar en los delitos por omisión o desconocimiento.

Otra circunstancia que es necesario precisar es la proyección que estos sujetos tienen de sí mismos. Una cantidad específica (56 %) aseguró que no modificará su estilo de vida próximamente; una porción menor (27 %) expresó que desean cambiar de actividades, pero les es muy difícil; mientras que una minoría (17 %) dijo que desea perfeccionar sus técnicas delictivas. Esto indica que es necesario trazar el pa-

trón, metodología e incidencia delictiva de zonas específicas con la finalidad de conocer la tendencia criminológica y con ello adelantar estrategias para minimizar los daños proyectados. En entrevistas a profundidad, algunos jóvenes mencionaron que el uso de tecnología aplicada a acciones antisociales ayuda a disminuir los riesgos ya que se conserva con más facilidad el anonimato, las víctimas son más vulnerables y hay poca regulación. Lo que demuestra claramente que la inclusión de tecnologías de la información y comunicación a conductas delictivas es una tendencia que irá en aumento.

Finalmente, podemos resumir que un estudio avanzado de factores criminológicos se basa en: la detección de conductas dañinas en una sociedad específica (considerada así por una mayoría), la red social de sujetos involucrados, la percepción del mal en esta sociedad y su relación entre los que enjuician y los que son sujetos activamente perjudiciales, la tendencia de los delitos, la descripción e implementación de nuevos o modificados tipos penales que contrarresten los riesgos, la proyección de consecuencias jurídicas y la medición de las consecuencias jurídicas reales mediante investigaciones sociales, posteriores al trabajo legislativo llevado a cabo.

El debate acerca de si todos los delitos deben de ser sancionados, en qué proporción el victimario es en realidad víctima y la sobrepoblación de centros penitencia-

rios, se incrementa siempre con las cifras negras detectadas en los estudios. Son los mecanismos de creación de tipos penales la parte medular para que los debates anteriormente mencionados se analicen y que el daño real generado sea detectado, y en su caso, reparado para la preservación de una comunidad estable, pacífica y benéfica para la mayor parte de sus integrantes.

III. Nueva metodología de creación de tipos penales: propuesta

El estudio de campo criminológico que se realizó fue esclarecedor para comprender que, forzosamente, la creación de un tipo penal en México debe estar cargada de una metodología sustentada en investigación social. Lo anterior dio como consecuencia inmediata que se analizara la factibilidad de que el legislador, cuando diera origen a un tipo penal, tuviese que examinar algunos elementos mínimos. Partes que sustentarían el trabajo de análisis político criminal que debe brindar sostén a toda creación de un tipo penal, y por qué no decirlo, a toda derogación, en su caso.

La construcción de los tipos penales que se propone de manera específica se consolida con el estudio mínimo de los siguientes elementos:

1. Consideraciones político-criminales

El estudio de política criminal para la construcción de un tipo penal resulta de una especificidad teórica. Lo anterior sig-

nifica que, para dar cabida a un buen desarrollo de construcción, lo primero que se necesita es ubicar las consideraciones político-criminales que imperan dentro de la entidad a la cual se pretende incorporar el tipo penal. Es decir, las orientaciones político-criminales que le dan sustento a la creación del tipo penal con base en las condiciones que la entidad federativa sitúa. Esto significa la visualización de cómo esa entidad federativa prioriza que una conducta deba ser tipificada como un delito, partiendo de una necesidad real.

En pocas palabras, este apartado va destinado a la observación del fenómeno que interesa investigar. Sin embargo, el Estado tiene que ser muy cuidadoso sobre qué considera para sí un problema, dado que, desde el parámetro de las políticas públicas, no todo aquello que “preocupa” es un problema que tenga que ser atendido por política pública, dado que este tiene que poseer características muy particulares. Por lo anterior, también se sugiere que el legislador entienda y comprenda los elementos específicos orientadores de un problema desde la mirada de la política pública.

2. Tendencia político-criminal

Es importante conocer cuál es la tendencia político-criminal que aplica la entidad federativa o el mismo estado al cual se introducirá el tipo penal. Esta tendencia de política criminal puede ir encaminada a

las directrices que implementa el estado desde las orientaciones del Plan Nacional de Desarrollo en el apartado de seguridad. Es decir, se tiene que visualizar si dentro del estado se orienta una política criminal de mano dura (con la implementación de todo el aparato punitivo penal para contener la conducta criminal) o en su defecto, se implementa una política criminal de corte garantista de protección de derechos.

Lo anterior es importante, dado que la identificación de la tendencia de política criminal debe orientar la forma en la cual el tipo penal que se gestiona desde la visualización del problema puede encajar o no dentro de la proyección político-criminal que se visualizó.

Considerar lo dicho es importante: un tipo penal que se adjunta a un ordenamiento jurídico penal, se sobrentiende que es porque esa conducta lesiona el aparato social y estatal y que esta conducta es tan gravosa que debe ser castigada penalmente; devenida de una generación de tendencia criminal específica. Por lo cual, la posición de un minimalismo penal adquiere una relevancia singular: un Estado debe castigar la conducta más gravosa que lesiona a la sociedad y a la población.

3. Tendencia dogmática

La tendencia dogmática que se propone va encaminada al estudio teórico que debe permear la construcción del tipo penal. Para el caso en particular, este tipo penal

se genera del estudio dogmático que es necesario realizar con base en la revisión y posturas teóricas. Esencialmente, se tiene que conocer una dogmática penal, cimien-to, base de la construcción del tipo penal que debe encaminarse.

Aquí se recomienda el estudio correcto de una forma particular del camino normativo penal para el entendimiento de la conducta y de los elementos del tipo penal que deben integrarlo. De lo anterior se desprende que el estudio dogmático va enfocado a la fijación de una postura teórica que solidifique la forma de entendimiento del tipo penal dentro de la estructura de la teoría del delito que se encamina en el Estado.

4. Apartado de consecuencias jurídicas (positivas-negativas) que traerá la implementación de la tipificación de la conducta

Es necesario establecer que todo tipo penal debe ser producto de una necesidad permanente en la sociedad, que necesariamente tiene que ser estudiada. Lo anterior da como consecuencia que se tenga que analizar si la conducta que se pretende establecer a través de la construcción del tipo es acorde también con la necesidad derivada de una realidad, por lo cual, lo más pertinente es el análisis de los aspectos positivos y negativos que traerá aparejada esa conducta que se pretende establecer a través de la tipificación. La justificación de la creación del tipo penal

deriva de la solidificación del aspecto positivo y negativo de la conducta a tipificar.

De lo anterior se puede dar cuenta con estadística criminal que solidifique la necesidad de creación del tipo penal que se pretende, y que sirva de sustento para determinar con precisión la viabilidad de lo que se desea encaminar dentro de la norma penal. Es de destacar que la estadística criminal como tal vendría en este apartado a dar soporte a la metodología de creación de un tipo penal por análisis político-criminal.

5. Estructura del tipo penal

Es importante tener en consideración que la estructura del delito, como definición clásica, refiere que la conducta deba ser típica, por lo cual la estructura del tipo tiene que encaminarse a la descripción de una conducta necesariamente típica.

La tipicidad se encamina al encuadramiento de la conducta en la descripción del ordenamiento normativo penal. Esto significa que para que una conducta pueda ser castigada penalmente, se requiere que esta sea descrita con los criterios establecidos en la ley penal con anterioridad al hecho cometido.

La estructura básica de una conducta típica requiere se cumplan elementos específicos:



Fuente: Elaboración propia

Por esto, la identificación de la conducta proviene de la estructura mínima de los elementos: objetivos, subjetivos y normativos del tipo. Lo anterior es de importancia dado que, por estructura de la teoría del delito, estos elementos son indispensables para la consolidación de una conducta típica. La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de sus tesis de jurisprudencia y jurisprudencia firme, ha dejado claro que un tipo penal, una vez que es incorporado al texto de la norma penal, debe contener los elementos mínimos de consolidación.

Por lo anterior, el legislador no solo se acota en sí mismo a la creación del tipo por estructura, aunque es lo que se espera, sino que la construcción del tipo penal se acoge en una necesidad analizada previamente. Para el caso específico, el verbo rector indica la acción u omisión que la conducta debe sancionar, por lo cual los elementos objetivos del tipo indican todos los elementos materiales observables que la conducta debe responder. Los elementos subjetivos responden a todos aquellos elementos no observables de la conducta. Y por elementos normativos se entiende que son todos aquellos elementos descritos en otras normas jurídicas, necesarios para entender la descripción del tipo.

6. El criterio de punibilidad

Todo tipo penal dentro de las estructuras normativas penales debe establecer un criterio de punibilidad al cual debe acotarse, es decir, dejar claro qué sanción debe aplicarse a toda aquella persona que ha cometido el tipo penal establecido.

Toda conducta típica, por lo menos en nuestro estado, al ser considerada un comportamiento que lesionó un bien jurídico vital, debe sancionarse. Basados en un razonamiento lógico, si la conducta típica no tiene sanción, no habría necesidad de ser tipificada como delito. El criterio de punibilidad, es decir, la sanción fijada en la norma penal que debe imponer el legislador, resulta también de un estudio criminológico.

Es decir, la sanción que se aplica para un tipo penal no es elegida al azar, sino que debe tener un sustento basado en la siguiente pregunta: ¿Por qué esa sanción penal y no otra? Lo anterior es importante, pues se cree que la única forma de establecimiento de mínimos y máximos de sanción, dentro de un tipo penal, acontece a partir de la necesidad de protección establecida al bien jurídico penal, que necesariamente debe encontrarse sustentado en el trabajo de campo criminológico.

7. Conceptualización del tipo penal

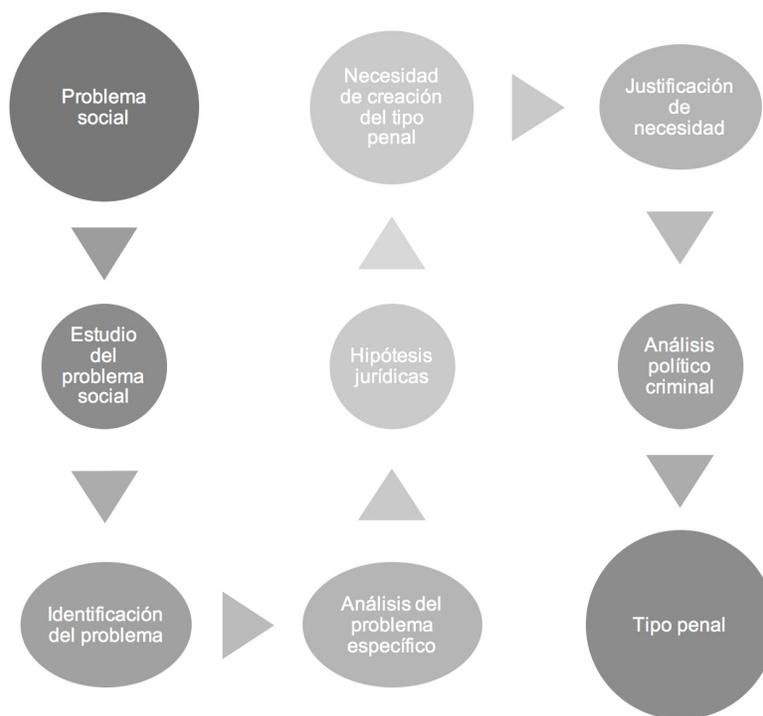
Una vez que se ha encuadrado la estructura del tipo bajo el verbo rector y los elementos objetivos, subjetivos y normativos,

es necesario conceptualizar la conducta típica bajo un nombre particular. Es decir, hay que nombrar cómo deberá conocerse a ese tipo penal.

Dicho lo anterior, es de señalarse que la propuesta que se encamina se enuncia en siete puntos básicos que toda creación de tipo penal por análisis político-criminal debe contener. La conjunción de los siete elementos básicos, en sí mismos, refleja la metodología con la cual se pretende que el legislador deba atender la construcción de un tipo penal, para quedar como sigue:

- Todo tipo penal surge de una necesidad problematizada (necesidad real).
- Toda necesidad problematizada (identificada como tal) debe ser estudiada.
- El estudio de la necesidad problematizada tiene que tener un reflejo de las condiciones político-criminales que orientan al estado (identificar el problema).
- La identificación del problema debe resolverse con hipótesis jurídicas a través de la tendencia político-criminal y la tendencia dogmática.
- Toda identificación de problema se resume en una conducta que tiene que ser encapsulada.
- Reconocer verdaderamente que esa conducta que lesiona a la sociedad y al Estado debe ser encapsulada, requiere que se analicen algunos aspectos básicos, ya sean positivos o negativos, de creación.

Figura 2: Explicación gráfica de la construcción del tipo penal: aplicación de un CTTAEEC



Fuente: Elaboración propia

- Ponderar la necesidad de focalización implica redactar el tipo penal bajo elementos de teoría del delito ya dados y su respectiva sanción.
- Por último, es necesario determinar cómo debe conocerse a esa nueva conducta típica.

Por lo anterior, se puede concluir de una manera específica que para la construcción de un tipo penal en México es necesario tener un CTTAEEC completo.

Estructura de un CTTAEEC

1. Consideraciones político-criminales

2. Tendencia político-criminal
3. Tendencia dogmática
4. Apartado de consecuencias jurídicas (positivas-negativas) que traerá la implementación de la tipificación de la conducta
5. Estructura del tipo penal
6. El criterio de punibilidad
7. Conceptualización del tipo penal

En el presente gráfico, lo que se busca es clarificar la idea de que la creación de un CTTAEEC procede de un aparato metodológico; lo anterior no podría ser de otra forma: la necesidad de creación de un tipo penal

deviene en lo más importante que puede y debe realizar el Estado.

Como ha quedado establecido, la creación de un tipo penal requiere en sí mismo de condiciones precisas de dogmática penal, en conjunción con la política criminal precisa que oriente la creación del tipo penal. Como lo señalara Muñoz Conde, se requiere en la construcción de un tipo penal de “un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica” (1975, pág. 14). El tipo penal que se pretende en la construcción debe necesariamente atender el problema emergente ubicado, que dé como derivación que busque verdaderamente orientar la política criminal implementada.

IV. Conclusión general

Hacer trabajo de campo enfrenta al investigador a costumbres, procedimientos y formas de actuar que en la mayoría de los casos no coinciden con su espacio de interacción cotidiana. Aunado a eso, adentrarse al mundo social de los jóvenes también genera retos importantes, pues las conductas que llevan a cabo forman parte de una dinámica que para ellos es importante y de la cual se sienten orgullosos. De tal manera, una de las principales dificultades del proceso de investigación descrito fue la comprensión de fenómenos que experimentan los jóvenes y que estos conceptualizan de manera diferente a otros grupos. La experiencia en campo fue diversa e interesante. En algunos momentos iniciales

hubo resistencia con algunos interlocutores; más adelante de la investigación se percibió empatía y cooperación con la mayoría de los integrantes. Sin embargo, lo más importante fue el logro de la objetividad ante hechos que usualmente estigmatizamos como nocivos, en este caso las conductas delictivas. A través de una mirada más neutral se pueden conocer los hechos sociales y el impacto que generan. Un error reiterativo sería medir sus consecuencias basados solo en suposiciones; la experiencia en campo nos enseña que la metodología es la base de toda propuesta formal en este tipo de temáticas.

La construcción de un tipo penal en México no debe surgir de un temor generalizado de que una conducta pueda aumentar el índice de la criminalidad, y como consecuencia de ese recelo el legislador, sin llevar a cabo un análisis político criminal, encamine la conducta típica. Lo anterior sería como el más grave error en el cual podrían caer el Legislativo federal y estatal. La creación de un tipo penal debe surgir en nuestro estado a partir de un análisis que sea propositivo y metodológico.

Como quedó señalado, es necesario que el legislador tenga para sí bases o directrices que le ayuden a solventar la construcción de un tipo penal. Es de señalarse que la construcción de un tipo penal procede en gran parte de un problema social. Sin embargo, también es de puntualizarse que no todo problema social debe terminar en

la construcción de un tipo penal o de una política pública, sino únicamente aquel que por una máxima necesidad –ya analizado– pueda ser susceptible de una protección penal para el particular.

Como se establece, lo presentado tiene como base un criterio que es orientador. Esto significa que es necesario sentar las bases, por lo menos metodológicas, de qué debe realizar el legislador por lo que toca a la construcción de un tipo penal. También es de especificarse que incluso la derogación de un tipo penal necesita de bases mínimas. Para el caso en particular, pueden aplicarse los mismos puntos que fueron señalados.

En México no existe un criterio homologado de cómo debe estructurarse un tipo penal. Si bien se conoce que debe surgir de una necesidad sólida y que esta se encuentre sustentada, no menos cierto es que en la praxis no se consolida a ciencia cierta qué realiza un legislativo federal o estatal para realizar un análisis político criminal en la construcción de un tipo penal.

El presente trabajo de investigación, con base en un estudio de campo criminológico, ofreció la oportunidad de clarificar que es necesario, por lo menos en las entidades de la República, que se siga con directrices específicas la creación de tipos penales. Si bien la experiencia que se rescata es de una sola entidad federativa, no menos cierto es que se toma como base para dejar claro que la construcción de

tipos penales surge de una necesidad extraída de una investigación social. Lo anterior, partiendo de una necesidad que a la fecha es latente dentro de muchos estados de la República.

Es preciso dejar claro que la consolidación de una metodología mínima por puntos consolida una forma de trabajo que por técnica legislativa tiene que acotarse el legislador. Los puntos mínimos que se consideran en el apartado de Propuesta se especifican como aquellos elementos imprescindibles para todo análisis de política criminal que pretenda encaminar la construcción de un tipo penal o, en su defecto, la derogación de una conducta tipificada como delito.

Es necesario establecer en nuestro estado que verdaderamente son ineludibles directrices metodológicas que le permitan al legislador orientar sus propuestas de creación o derogación de tipos penales bajo lineamientos sólidos y precisos. Estos permitirán colocar a México en el conocimiento de que la construcción de tipos penales no debe surgir de una presión al Estado o de un temor generalizado, sino de que se visualicen las necesidades que verdaderamente preocupan a la población.

Conocer las necesidades de la población, debe considerarse un interés especial, dado que la identificación correcta de un problema social puede ayudar al mismo estado, no solo en la materia penal, sino en otras áreas como salud, economía, de-

sarrollo social. Esto le permitiría a nuestro Estado tener un avance significativo sobre diversas materias vitales para nuestro país, y además, consolidar políticas públicas viables que le permitan a México avanzar en todos los niveles de gobierno y tener un impacto hasta el último rincón de nuestro país.

Un Estado que se hace llamar a sí mismo “de derecho” tiene que caminar a formas metodológicas de actuación. Ya no debería permitirse nuestro estado marchar bajo formas abruptas no metodológicas, pues ello conlleva a manifestaciones que la sociedad no comprende y que el mismo estado no entiende. Es necesario que México y las entidades federativas avancen hacia formas sólidas de construcción. Si bien, en este momento únicamente se particulariza sobre tipos penales, no menos cierto es que la metodología social ayudaría a nuestro estado a poner en práctica mejores formas de entendimiento, no solo de él mismo, sino de su población. Caminar hacia la consolidación social es una parte que debe ser atendida por el estado. Los individuos que integran la sociedad y su contexto son tan necesarios que es imposible que no se tomen en consideración, como quedó demostrado con el estudio de campo criminológico que sirvió de base para el presente trabajo de investigación.

Los individuos que pueden determinar lo que en un contexto cultural es adecuado, y por ende, lo que no lo es, tienen una

gran responsabilidad. El trabajo de los legisladores puede ser visualizado desde este principio. A partir de parámetros de la sociología de la desviación, son la entidad que juzga, cataloga y determina comportamientos para salvaguardar el bienestar de la mayor parte de la población.

Sin embargo, la sociedad es dinámica y compleja. No se pueden comprender sus efectos si no se avanza en el estudio de teorías y técnicas innovadoras. Hoy, nuestros grupos sociales deben ser visualizados como una profusa red cuyos nódulos constriñen acciones, instituciones y decisiones de poder. En correspondencia con lo anterior, el trabajo legislativo es punto clave en el tejido social.

Determinar cuál es una conducta que debiera ser prevenida o sancionada implica un ejercicio de complejidad basado en procesos reflexivos, críticos y metódicos. Ningún mecanismo que pretenda establecer acciones de poder puede obviar o invisibilizar el contexto social.

La investigación realizada mostró un fenómeno que no ha pasado desapercibido: los jóvenes delinquen y usualmente evitan la sanción a la que podrían ser acreedores por haber realizado una acción considerada como dañina. Se pudo constatar que diferencias sociales y económicas influyen directamente en las técnicas, herramientas y elecciones de víctimas, así como también, que visualizar el fenómeno delictivo desde tres aspectos es fundamental:

habría que estudiar las causas, el modo de operar el delito y las consecuencias directas. El tipo penal en gestación o el proyecto de modificación de este también podría estudiarse desde una perspectiva sincrónica: las probables causas sociales que motivan esa conducta, el patrón usual de la acción cometida y la tendencia o proyección de ese tipo penal. La temporalidad, motivantes y consecuencias plantean un terreno fértil de interpretación que nos permite vislumbrar sanciones, pero sobre todo opciones de prevención para esas conductas típicas. Sin embargo, el trabajo de campo demostró algo más interesante: hay una relación estrecha entre el desafío a la autoridad y la seguridad proyectada al delinquir que aumenta en cuanto el conocimiento jurídico (sea certero o no) se considera alto. La transgresión de la norma viene, en la mayoría de los casos, sujeta al deseo de evadir la responsabilidad y en repetidas ocasiones, como el estudio lo comprueba, se logra. A mayor percepción de vulnerabilidad de la autoridad, mayor transgresión. Y a mayor sensación de incongruencia entre un tipo penal y la percepción real del mal en una sociedad específica, mayor es la generación de “una propia autoridad” clandestina.

Dichas impresiones se incrementan gracias a errores metodológicos. La falla de un procedimiento, en la mayoría de los casos, se basa en el método empleado y no en el objetivo planteado. Con esta información se pretende disuadir de la forma emplea-

da, tácita y determinada de construir un tipo penal, por opciones divergentes. Se requiere una construcción dinámica basada en cómo se movilizan la sociedad y sus integrantes.

México se está preparando para nuevos acontecimientos debido al cambio de sistema penal. Pasar de una percepción inquisitiva a una acusatoria trae consigo la posibilidad de generar diferentes visiones en materia de delito. Si a la par de esto no se modifican las metodologías de creación y acción, el desplazamiento que se antoja benéfico no lo será.

Implementar pasos concretos basados en la investigación para la generación o modificación de un tipo penal brinda la certeza del debate científico. Consolidar las propuestas con el trabajo de campo hace de nuestros procesos acciones específicas para el contexto particular y no mecanismos traídos de otras esferas disímiles que se podrían equiparar a la imitación. En temas tan importantes como la seguridad y la protección ciudadana, el simulacro nunca puede ser una opción. Simular es fingir. Disimular es ocultar aquello que no se quiere evidenciar. Trabajar los tipos penales desde una metodología clara y concisa no deja cabida para ninguna de las dos.

V. Referencias

- Aguirre, Alberto. (2009). "Introducción", en *Horas infaustas. La tragedia del New's Divine*. México: Ririki, pp. 5-9.
- Azaola, Elena. (2014). *La reinserción sociofamiliar de los adolescentes en conflicto con la ley: de la situación actual hacia una propuesta de intervención*. México: Ciesas.
- Díaz de León, Lizzeth. (2016). *Diario de campo personal III*. México: mecanografiado.
- H. Ayuntamiento de San Luis Potosí. (2013). *Colonias con mayor número de delitos. Informe para jurídico*. H. Ayuntamiento de San Luis Potosí. Disponible en línea: <http://sanluis.gob.mx/wp-content/uploads/2013/11/Mapadelictivo.pdf> [Consultado el 05 de agosto de 2016].
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2013). *Seguridad pública y justicia*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en línea: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/poblacion/> [Consultado el 05 de agosto de 2016].
- . (2014a). *Panorámica de la población joven en México desde la perspectiva de su condición de actividad*. México: Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
- . (2014b). *Conjunto de datos: población en los centros penitenciarios*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en línea: http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDX-QueryDatos.asp?#Regreso&c=319524 [Consultado el 05 de agosto de 2016].
- Mulet, José. (2016). *La ciencia en la sombra. Los crímenes más célebres de la historia, las series y el cine a la luz de la ciencia forense*. España: Editorial Destino.
- Muñoz Conde, Francisco. (1975). *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Olivo, Sheyla. (2010). ¡Todas valemos mil! Ejercicios para la construcción de la ciudadanía desde una perspectiva de género. México: Ririki.
- Ramírez, Nashieli. (2013). *Detrás de la puerta... que estoy educando. Violencia hacia niñas y niños en el ámbito familiar en México*. México: Ririki.
- Pavón, Luis. (2015). *Menores reclusos*. Los reposteros. Noticieros Televisa. Disponible en línea: <http://noticieros.televisa.com/programas-reporteros/1508/menores-reclusos/> [Consultado el 05 de agosto de 2016].
- Procuraduría General de la República. (2016). *Sistema de consulta de detenidos*. Procuraduría General de la República. Disponible en línea: <https://www.consultadetenidos.pgr.gob.mx/> [Consultado el 05 de agosto de 2016].
- Secretaría de Economía. (2014). *Acuerdo por el que se aprueba el Programa Nacional de Protección a los Derechos del Consumidor 2013-2018*. Secretaría de Economía. Disponible en línea: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343849&fecha=08/05/2014 [Consultado el 05 de agosto de 2016].

¿ES LA PRUEBA DE INFORMES UNA PRUEBA DOCUMENTAL? ¿IS THE TEST REPORT A DOCUMENTARY PROOF?

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de prueba y objeto de la *idem*. III. Definición de documento. IV. Tipos de documentos que deben ser aportados al proceso. V. Excepciones a la regla general de aportación de documentos en el proceso civil. VI. Concepto de prueba de informes. VII. Contenido de la prueba de informes. VIII. Naturaleza de la prueba de informes. IX. Conclusiones. X. Referencias.

Resumen

La prueba de informes goza de escasa o nula regulación dentro del marco jurídico mexicano. Son pocos los ordenamientos normativos que regulan los informes como medios de prueba, siendo mencionado y regulado dicho medio probatorio en el Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua, así como también se localiza discretamente mencionada en la Ley Federal del Trabajo. Tácitamente ha permanecido implícito en la práctica judicial que la prueba de informes sea ofrecida y admitida como documental, pero cabe plantearse lo siguiente: ¿es realmente la prueba de informes una prueba documental? Para poder responder al planteamiento será necesario analizar qué se entiende por documento, así como mencionar los *idem* que deben presentarse al inicio de una demanda; es necesario determinar la finalidad de la prueba de informes, en qué consiste dicho medio probatorio, así como las características y la naturaleza de la *idem*.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas. Especialista en derecho internacional privado y maestro en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo: 510019417@derecho.unam.mx

Como consecuencia lógica inevitable del estudio anteriormente mencionado, se sostiene que la prueba de informes es una prueba documental en estricto sentido, pero jamás podría ser considerada como un documento procesalmente hablando.

Palabras clave: prueba, informes, documental, prueba de informes, derecho procesal.

¿Is the test report a documentary proof?

Abstract

The test of reports has lacks of regulation within the Mexican legal framework. There are few regulatory ordinances that regulate reports as means of proof being mentioned and regulated this probative mean in the Code of Family Procedures of the State of Chihuahua as well as it is also located discreetly mentioned in the Federal Labor Law. Tacitly it has remained implicit in the judicial practice that the test of reports is offered and admitted as documentary, but it is necessary to consider the following: is the test of reports really a documentary proof? To be able to answer the proposal, it will be necessary to analyze what we understand by document as well as to mention the documents that must be presented at the beginning of a claim; it is necessary to determine the purpose of the test of reports, in what this probative mean consists as well as the

characteristics and nature of the idem. As an unavoidable logical consequence of the aforementioned study, it is maintained that the test of reports is a documentary proof in strict sense, but it could never be considered as a document procedurally speaking.

Keywords: proof, reports, documentary, test of reports, procedural law.

1. Introducción

Todas las cosas ya fueron dichas, pero como nadie escucha es preciso comenzar de nuevo.

André Gide

Toda demanda que inicia un procedimiento judicial lleva consigo una pretensión de validez, la cual va aparejada con la necesidad de aportar pruebas que sirvan para corroborar tanto los hechos en que el actor funda su demanda como aquellos en los que el demandado apoya sus excepciones. Lo anteriormente enunciado es una afirmación de la cual no cabe duda alguna, puesto que resulta ser axiomático que la prueba jamás puede concebirse sin el objeto materia de ella.

Dentro del procedimiento pueden ser allegados diversos medios probatorios para proporcionar convicción al juez, pudiendo distinguirse entre documentales privadas y públicas, confesionales, testimoniales, inspecciones judiciales, así

¿ES LA PRUEBA DE INFORMES UNA PRUEBA DOCUMENTAL?

¿IS THE TEST REPORT A DOCUMENTARY PROOF?

como el dictamen técnico de algún perito sobre alguna materia en particular, etcétera.

A la prueba de informes se le dedicará toda la atención en el presente estudio, toda vez que carece de regulación en el ordenamiento jurídico mexicano, por lo que es necesario que en México sea prevista en los diversos ordenamientos con sus características especiales y debidamente diferenciada de los demás medios probatorios.

Para ilustrar lo anterior, la prueba de informes únicamente se encuentra regulada de manera incipiente en la Ley Federal del Trabajo, concretamente en el artículo 803, el cual expresa lo siguiente: “Cada parte exhibirá los documentos u objetos que ofrezca como prueba para que obren en autos. Si se trata de informes, o copias, que deba expedir alguna autoridad, la Junta deberá solicitarlos directamente”.

El Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua² ha regulado de manera más generosa y ejemplar la prueba de informes. Dichos articulados del citado ordenamiento nos servirán para compararlo con la doctrina que se ha pronunciado respecto al objeto de esta investigación; resulta interesante mencionar que la prueba de informes no se encuentra aún regulada en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas,³ a diferencia del código procedimental familiar en la entidad federativa de Chihuahua.

Es necesario clarificar dicho medio probatorio para que pueda ser debidamente incluido en los ordenamientos federales, tales como Ley Federal del Trabajo, Código Federal de Procedimientos Civiles y Código de Comercio. Hay que manifestar que ha sido poco estu-

² La última reforma data del 22 de febrero de 2017.

³ 2 de octubre de 2010.

diado por los Órganos del Poder Judicial de la Federación en relación con las tesis aisladas o jurisprudenciales que aborden el tema en cuestión.

Es pertinente hacer una pausa y narrar lo siguiente: cuando se acude a la Facultad de Derecho se asumen demasiadas enseñanzas sin cuestionamiento de fondo, por ejemplo, al surgir la interrogante básica acerca de lo que es el Derecho, con suerte se aprenden sus diferentes connotaciones, es decir, se puede entender el Derecho como un conjunto de reglas o también como la potestad para ejercer una acción, es decir, como un derecho subjetivo para solicitar una prestación. Al final, esa clase de cuestionamientos y pertinentes respuestas han sido tácitamente otorgados al campo de acción de la filosofía del derecho.

Es de explorado derecho que la costumbre, es decir, el uso reiterado y aceptado de alguna práctica dentro de cualquier comunidad, termina siendo muchas veces una fuente del derecho, pero es un deber de los juristas evitar que en ciertas ocasiones lo anterior suceda. El uso frecuente del ofrecimiento en los tribunales de la prueba de informes como documental ha sido aceptado sin cuestionamiento alguno; siendo incontrovertible la afirmación de que porque algo suceda de manera inveterada signifique que sea adecuado únicamente por el uso reiterado, pues resulta ser meramente circunstancial, es decir, re-

sultante de una anuencia recíproca tanto de los actores en el juicio como de los propios funcionarios jurisdiccionales.

Así, podemos aplicar la duda metódica de René Descartes, es decir, la duda de todo: ¿por qué no dudar de ciertas verdades que se han dado por sentado? Se ha preservado que la prueba de informes sea ofrecida y admitida como documental, pero cabe plantearse la siguiente interrogante: ¿es realmente la prueba de informes una prueba documental? Esta es la principal razón de ser (*raison d'être*) por la cual el presente documento ha sido elaborado; se han excluido del mismo consideraciones o recomendaciones de cómo debería estar legislada la prueba de informes, por lo que el primer paso que atañe debe ser el de clarificar el panorama, es decir, lo que realmente es y lo que representa.

Para brindar una respuesta al planteamiento del problema, la cual queda integrada en la pregunta inicial que ya se ha planteado, es necesario un objetivo general que sería el siguiente: esclarecer si la prueba de informes es o no una prueba documental; para poder desarrollar tal objetivo general es necesario el uso de objetivos específicos que serán los siguientes: establecer el concepto de prueba; conocer el concepto de documento y los tipos de documentos que se aportan a un proceso; comprender qué es la prueba de informes; establecer el contenido y naturaleza de la prueba de informes. A partir de estos dos

últimos objetivos, podremos saber qué clase de prueba documental es, es decir, si es una documental en sentido estricto, como se viene utilizando reiteradamente sin dubitación alguna.

Con base en el estudio de los objetivos específicos, se concreta el objetivo general de esta investigación y, como es posible apreciar, ambos objetivos, tanto específicos como generales, son congruentes para dar solución al planteamiento del problema. La respuesta al planteamiento devendrá en gran medida en que haremos la distinción del concepto de documento en sentido estricto y la denominación específica que se da a los documentos que deben ser presentados al iniciar un procedimiento legal o al dar contestación a una demanda. Nos basaremos en las definiciones que diferentes procesalistas y doctrinarios han dado respecto a lo que debe entenderse por un documento. En relación con los documentos procesales tomaremos como muestra el Código Adjetivo Civil de la Ciudad de México que indica los documentos que deben ser aportados al proceso, siendo importante aludir que todos los códigos procesales en materia civil de la República Mexicana mencionan los documentos que deben ser aportados al proceso.

Así, al haber dejado en claro la distinción que existe entre documento en estricto sentido y los documentos que deben ser aportados al procedimiento, se podrá elucidar la respuesta planteada, pero para lo-

grar lo anterior es necesario hacer uso de los diversos autores que se han pronunciado respecto al objeto de estudio. Con base en dicho estudio, se realizará un análisis del bagaje anteriormente obtenido para resolver la cuestión planteada.

Como ya se mencionó en párrafos que anteceden, uno de los objetivos específicos va dirigido a conocer la naturaleza de la prueba de informes, por lo que para poder desarrollar tal objetivo ha sido necesario crear un apartado en el cual se enuncian diversas posturas por las cuales la prueba de informes no debe ser considerada como otro medio probatorio, toda vez que es una prueba con características singulares.

La investigación será abordada únicamente como fenómeno normativo, porque desde este tipo de enfoque el objeto de la investigación puede ser estudiado de una manera eficaz, ya que si se estudia el derecho desde el punto de vista de un hecho social, resultaría contrario a la concepción positivista-formalista que es necesaria para la consecución de la presente investigación, por lo que para lograr su cometido le serán aplicables los siguientes métodos:

- a) Método inductivo. De lo particular a lo general. Como se puede apreciar en la presente investigación utilizamos este método para poder llegar a conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se puede apreciar que se es-

tudiaron los objetivos específicos por separado, cada uno de ellos como una singularidad, para después integrarlo en un todo como una unidad y así poder cumplimentar el objetivo general que nos permite dar respuesta a la pregunta inicial y al planteamiento del problema.

- b) Método analítico-sintético. Se utilizará para estudiar cada parte integrante de la investigación en aras de lograr conjuntar, al final, todo lo estudiado y así poder brindar una respuesta al planteamiento del problema.

II. Concepto de prueba y objeto de la *idem*

Probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significado corriente expresa una operación mental de comparación.⁴ En otras palabras, es comprobar que lo afirmado corresponde a la realidad. La palabra prueba tiene diferentes acepciones en el derecho procesal, pudiendo destacar la prueba como resultado, medio y actividad.

José Ovalle Favela (2001) proporciona el siguiente concepto de prueba como resultado:

La prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a

proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.⁵

La prueba como actividad refiere al medio a través del cual el litigante presente al juez la verdad del hecho afirmado; así, por ejemplo, se presenta un documento, el dictamen de un perito, la declaración de un testigo, la confesión, etcétera.⁶

José Ovalle Favela (2001) respecto a la prueba como medio manifiesta que “[...] también se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, terceros y el propio juzgador con el fin de lograr el cercioramiento de este sobre los hechos controvertidos u objeto de prueba”.⁷ El objeto o finalidad de la prueba es la comprobación de los hechos en controversia, es decir, los invocados por las partes como fundamento de su acción o excepción y/o defensa.

Son objeto de la prueba, las afirmaciones sobre hechos conducentes acerca de los cuales no hubiera conformidad entre las partes. A condición de que el hecho afirmado, controvertido y conducente no esté exento de prueba ni exista prohibición legal al respecto.⁸

⁴ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría general del proceso*, Porrúa, México, 2011, p. 202.

⁵ Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, Oxford, México, 2001, p. 306.

⁶ Ovalle Favela, José, *op. cit.*

⁷ Ovalle Favela, José, *op. cit.*

⁸ Midón, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio: parte general*, Jurídicas Cuyo, Argentina, 2007, p. 95.

III. Definición de documento

En la mayoría de las ocasiones las etimologías de las palabras ayudan a esclarecer y comprender mejor su significado. El término documento proviene del latín *documentum*, *documenti*, que significa enseñar o enseñanza, inclusive lección.⁹ A su vez, el término latino *documentum* se deriva de *docere*, con similar significado. En sentido amplio, un documento es cualquier soporte material o informático susceptible de transmitir información.

El origen etimológico del término proviene del griego *dék*, correspondiente al verbo latino *docere*, “instruir”, de donde proviene el vocablo *documentum*, que significa originalmente “lo que se enseña, con lo que alguien se instruye”. De la raíz *dek*, *dock* o *doc* nacen varias palabras. Entre ellas, el verbo latino *doceo* y de este el vocablo *documentum*, de donde se derivan las acepciones siguientes: como un instrumento para instruirse referente a la enseñanza y como el objeto de lo que se enseña.

El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española menciona que documento es aquel escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo. En el ámbito de la bibliotecología tradicional, se habla de *documento* para referirse a cualquier unidad significativa de infor-

mación que haya sido registrada en un soporte que permita su *almacenamiento* y su posterior *recuperación*. Cualquier soporte que permita, simultáneamente, multiplicar ilimitadamente la consulta de la información en él registrada y postergarla indefinidamente en el tiempo.

De esta manera, un documento se convierte en un testimonio material de un hecho o acto, el cual se encuentra registrado en una unidad de información de cualquier tipo, *verbi gratia*, papel, cintas, CD, disco duro, USB.¹⁰

En conclusión, cualquier conjunto de información que conforme una unidad significativa independiente, registrada en un soporte físico o electrónico, constituye también un documento.

Los documentos, ya sean materiales o digitales, es decir, que consten en un soporte físico como una hoja de papel, tienen como finalidad ser utilizados en todas las actividades humanas para soportarlas, y en la especie para servir como medio probatorio legal.

Jaime Guasp define al documento como “aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser lle-

9 Rodríguez Castro, Santiago, *Diccionario etimológico griego-latín del español*, Esfinge, México, décima edición, 2003, p. 162.

10 Recordemos que, con anterioridad a los avances tecnológicos, el medio para soportar un documento era el papel y la información contenida en este era de manera manuscrita, es decir, ingresada a mano utilizando tinta, pero en la actualidad gracias a los avances científicos y tecnológicos es posible tener información registrada en un disco compacto o en una USB (conocidos popularmente como CD y USB por las siglas en inglés de compact disc y universal serial bus).

vado físicamente a la presencia del juez”. Vale hacer la aclaración de que este concepto es netamente de carácter procesal.

Los documentos que se aportan en un procedimiento legal son llamados pruebas documentales y son uno de los medios más eficaces para probar los extremos de una demanda, así como en la contestación de la misma para tratar de probar sus excepciones.

El tratadista Hugo Alsina (1961) entiende por documento “...toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal”.¹¹

iv. Tipos de documentos que deben ser aportados al proceso

Al hacer mención de documentos procesales, se hace referencia a todos aquellos que son de relevancia para el proceso, los cuales deben ser presentados en la demanda, contestación y reconvencción. Más que una petición es una exigencia o imperativo que requiere toda demanda; dicha exigencia encuentra su fundamento legal correspondiente en cada ordenamiento jurídico.

En México es inexistente una distinción nominativa acerca de los documentos que deben presentarse junto con la demanda o la contestación, entendiéndose todos ellos con el nombre genérico de documentos,

pero en otros países, como España, la Ley de Enjuiciamiento Civil hace una distinción entre los siguientes documentos:

A. Documentos procesales. El artículo 264 de la Ley de Enjuiciamiento Español la señala que junto con la demanda o la contestación habrán de presentarse los siguientes documentos procesales:

1. El poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue *apud* acta.
2. Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya.
3. Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento.

B. Documentos probatorios. Se trata de documentos esenciales para las posiciones de las partes y de la pretensión que se ejercita, y por ello su aportación está limitada a una serie de momentos procesales concretos y determinados, después de los cuales no podrá ser admitido dicho documento, teniendo como consecuencia la preclusión del derecho de allegar a juicio los documentos que se hubieran omitido, y deberán ser rechazado por el tribunal al haber precluido el momento procesal oportuno de su presentación y su incorporación al proceso.

En aras de salvaguardar el principio de lealtad que rige en el proceso civil, así como el debido proceso y para evitar el

¹¹ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Ediar Soc. Anón., Buenos Aires, 1961, p. 377.

estado de indefensión de una de las partes, las legislaciones procesales son afines al establecer que no deben ser admitidas nuevos medios probatorios presentados fuera del momento procesal oportuno (salvo que sean supervenientes). El criterio anterior evita que una de las partes sea sorprendida con la introducción de nuevos medios probatorios durante la secuela procedimental después de haberse integrado la litis.

El artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento española contiene los tipos de documentos probatorios que se deben anexar para que las partes, tanto en la demanda como en su contestación, logren probar los extremos de sus hechos para probar la procedencia de la acción o de sus excepciones.

El Código Procesal Civil vigente en la Ciudad de México, en su capítulo tercero denominado De la presentación de documentos, en específico en el artículo 95, menciona los documentos que deben ir presentados en la demanda y contestación de la misma, sin hacer distinción alguna si son procesales o probatorios, pero sí indica que deben ser presentados (entre otros) aquellos con los que se acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro, con la posibilidad de representar a otro por medio de un poder general para pleitos y cobranzas o por medio de un contrato de mandato, etcétera.¹²

12 Artículo 95.- A toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente: I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre

v. Excepciones a la regla general de aportación de documentos en el proceso civil

En la mayoría de los casos existen excepciones a reglas generales para diversos casos, siguiendo con la misma suerte la

de otro, o bien el documento o documentos que acrediten el carácter con el que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona; II. Los documentos en que el actor funde su acción y aquellos en que el demandado funde sus excepciones. Si no los tuvieren a su disposición, acreditarán haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se les expida certificación de ellos, en la forma que prevenga la ley. Se entiende que las partes tienen a su disposición los documentos, siempre que legalmente puedan pedir copia autorizada de los originales y exista obligación de expedírselos. Si las partes no pudiesen presentar los documentos en que funden sus acciones o excepciones, declararán, bajo protesta de decir verdad, la causa por la que no pueden presentarlos. En vista a dicha manifestación, el juez, si lo estima procedente, ordenará al responsable de la expedición que el documento solicitado por el interesado se expida a costa de éste, apercibiéndolo con la imposición de alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley. Salvo disposición legal en contrario o que se trate de pruebas supervenientes, de no cumplirse por las partes con alguno de los requisitos anteriores, no se les recibirán las pruebas documentales que no obren en su poder al presentar la demanda o contestación, como tampoco si en esos escritos se dejan de identificar las documentales, para el efecto de que oportunamente se exijan por el tribunal y sean recibidas; el mismo tratamiento se dará a los informes que se pretendan rendir como prueba; III. Además de lo señalado en la fracción II, con la demanda y contestación se acompañarán todos los documentos que las partes tengan en su poder y que deban de servir como pruebas de su parte y, los que presentaren después, con violación de este precepto, no les serán admitidos, salvo de que se trate de pruebas supervenientes, y IV. Copias simples o fotostáticas, siempre que sean legibles a simple vista, tanto del escrito de demanda como de los demás documentos referidos, incluyendo la de los que se exhiban como prueba según los párrafos precedentes, para correr traslado a la contraria.

regla general de aportación de documentos en el proceso civil. Las excepciones se encuentran contenidas en el artículo 95, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles del otrora Distrito Federal, ahora Ciudad de México. Es fundamental conocer las instancias o momentos en que deben ser aportados los documentos, tanto de manera general como excepcional.

Con anterioridad se ha hecho mención que es un imperativo que todos los órganos jurisdiccionales de la República Mexicana exijan junto con la demanda y contestación todos los documentos que sirvan como base para resolver el asunto de fondo y, en consecuencia, prueben su derecho para hacerlo, así como los documentos con los que ostenten personalidad, dado el caso de que comparezcan en carácter de apoderado legal de una persona física o jurídica.

Si bien es cierto que las legislaciones procesales exigen la presentación de los documentos al iniciar la demanda, existen ciertas circunstancias que permiten allegar documentos al juicio fuera de la etapa de presentación, contestación y reconvencción de la demanda. Por regla general, las leyes adjetivas procesales en materia civil en el territorio mexicano admiten una triple excepción:

Documentos y hechos supervenientes.¹³
La superveniencia de pruebas documen-

13 Por hecho superveniente se entiende aquel que ocurre con posterioridad a la fecha en que se formula la demanda o la contestación en la etapa procesal

tales ocurre cuando se refiere a los documentos de fecha posterior a la presentación de los escritos que ya hemos señalado en diversas ocasiones. Es pertinente aclarar por qué se mencionan hechos supervenientes: pues bien, en muchas ocasiones, por ejemplo, en los juicios de alimentos en el transcurso del proceso, la parte actora tiene conocimiento de que el deudor alimentario tiene un nuevo empleo u otro empleo, por lo que la parte interesada ofrece como superveniente la prueba de informes que comúnmente se ofrece como documental en vía de informes, manifestando que son hechos posteriores a la presentación de la demanda, por lo que en esa tesitura la prueba debe ser admitida porque se encuentra en el supuesto marcado en el artículo 98.

No únicamente hay documentos supervenientes, sino también hechos supervenientes y otros medios probatorios supervenientes como la confesión expresa que comúnmente se lleva a cabo en la diligencia de emplazamiento, requerimiento de pago y embargo en los juicios ejecutivos mercantiles, en donde la parte demandada reconoce la deuda que se le está solicitando, por lo que se puede presentar como medio probatorio la confesional

correspondiente, mas no aquel que ya había acaecido, aunque era ignorado por la parte que se cree beneficiada por el mismo. *Cfr.* Tesis de jurisprudencia emitida por la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXXXII, pág. 234. "Hechos supervenientes, concepto de".

expresa realizada por la parte demandada en el transcurso de la diligencia. Si la parte demandada diera contestación a la demanda, la confesional expresa debería ser ofrecida en el desahogo de vista que se le concede a la parte actora por un término de tres días.

Es importante mencionar que la confusión que impera y la falta de claridad que ronda en este medio probatorio, es el resultado de que sea aceptada como una documental, encuadrando perfectamente como una prueba documental que puede ser aceptada después de la demanda, pues los hechos se ven plasmados en un papel, lo cual lo convierte en un documento que crea convicción al juzgador; sin embargo, se analizará por qué no debe ser ofrecida como una prueba documental.

Documentos de los cuales no se tenía conocimiento. Es decir, documentos de fecha anterior a esas fases, siempre y cuando la parte que pretenda introducirlos “justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia”, pidiendo en nuestra legislación mexicana manifestar bajo protesta de decir verdad no haber tenido conocimiento antes de su existencia. A simple vista este requisito pareciera ser insignificante, pero no lo es; de hecho, de comprobarse lo contrario, es decir, si hubiera tenido conocimiento de dichos documentos, pero por descuido o alguna otra circunstancia no los ofreció en su escrito inicial o contestación de la demanda, pero para obtener una

ventaja y a pesar de haberse manifestado bajo protesta de decir verdad en relación a que no tenía conocimiento de la existencia de los documentos, pero en la trama de la secuela procesal se descubre que realmente sí tenía conocimiento, esto lleva consigo un problema de índole penal por falsedad en declaración y a la vez en el delito de fraude procesal.

Documentos que no obren en poder del oferente. Cuando una de las partes ofrezca como prueba un documento público o privado que no esté bajo su poder, puede pedir al juez que este se sirva solicitar a la dependencia su emisión, con el apercibimiento de sanción pecuniaria establecida por la ley. El único requisito que establece el Código de Procedimientos Civiles vigente en la Ciudad de México, es que se haya hecho de manera oportuna la petición al juez, toda vez que tales documentos obran en poder de un tercero. Lo anterior así lo establecen los artículos 96 y 98 que se deben interpretar en conjunto.¹⁴

¹⁴ Artículo 96. En el caso de que se demuestre haber solicitado la expedición del documento al protocolo o archivo público, y dicha dependencia no lo expida, el juez deberá ordenar su emisión al encargado del archivo con apercibimiento de imposición de sanción pecuniaria, hasta por los importes señalados en el artículo 62 de este ordenamiento, que se aplicará en beneficio de la parte perjudicada.

Artículo 98. Después de la demanda y contestación, no se admitirán al actor ni al demandado, respectivamente, otros documentos que los que se hallen en alguno de los casos siguientes: 1: Ser de fecha posterior a dichos escritos; 2: Los anteriores respecto de los cuales, protestando decir verdad, asevere la parte que los presente no haber tenido antes conocimiento de su existencia; 3: Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que

Es necesario realizar el siguiente comentario que puede ampliar y enriquecer el tema abordado: en los juicios ejecutivos mercantiles que se rigen procedimentalmente por el Código de Comercio, es posible que el actor ofrezca pruebas de nueva cuenta cuando es contestada la demanda y se plantean excepciones para destruir la acción de la parte actora. Lo anterior podría parecer contradictorio al principio de la litis cerrada que rige en el procedimiento ejecutivo mercantil, porque si bien es cierto que el artículo 1337 del Código de Comercio vigente en la República Mexicana establece que la sentencia resuelva la litis planteada o fijada con el escrito inicial de la demanda y la contestación respectiva.

Por lo tanto, del artículo anteriormente transcrito se colige que únicamente en la sentencia se ocupará de las acciones deducidas en la demanda y de las excepciones opuestas y deducidas en la contestación, pero lo anterior es incorrecto, toda vez que de una interpretación armónica y sistemática del ordenamiento jurídico procesal que lo rige, existe una excepción a lo estipulado en el numeral mencionado en este párrafo.

De los artículos 1399, 1400 y 1401 del Código de Comercio vigente en la Federación podemos advertir lo siguiente:

no sean imputables a la parte interesada, y siempre que haya hecho oportunamente la designación expresada en el párrafo segundo del artículo 96.

Artículo 1399. En la contestación de la demanda se opondrán las excepciones, así como el ofrecimiento de las pruebas en las que funde sus excepciones.

Artículo 1400. Se dará vista al actor en el caso que el demandado haya opuesto excepciones y cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 1061, para que en el término de tres manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca pruebas para desvirtuar los hechos en los que basa sus excepciones la parte demandada y así no se vea destruida la acción del actor.

Artículo 1401. En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas.

La razón de conceder la oportunidad de ofrecer nuevas pruebas al actor es en atención o con la finalidad de que este pueda destruir las excepciones o defensas opuestas, o que la acción no quede destruida con aquella prueba ofrecida por su contrario.

Como regla general, la obligación que tiene el juez de resolver la litis única y exclusivamente con la contestación y la demanda tiene su fundamento en el impedimento de que ninguna sentencia debe ser incongruente, es decir, debe cumplir con el principio de congruencia, el cual es uno de los pilares para una correcta y debida impartición de la justicia.

Es importante señalar que el principio de congruencia no es un principio que se haya acuñado contemporáneamente, sino

que desde los tiempos de los romanos y en su derecho, se expresaba lo siguiente: “sententia debet esse conformis, libello; ne eat iudex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum iudicatum; iudex iudicare debet secundum allegata et probata parlium”. Esto significa que la sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes.¹⁵

José Becerra Bautista (1975), en su exposición sobre el principio de congruencia, nos señala que Baldo, en su glosa, enseñaba que “et sententia debet esse conformis libello in tribus, in re, causa, et actione et si iudex pronuntiat ultra peita sententia est ipso jure nulla”. Esto es, la sentencia debe ser conforme a la demanda en tres aspectos: en la cosa, en la causa y en la acción.¹⁶

No pretendemos ahondar en las distintas clasificaciones y subclasificaciones que existen acerca de la falta de observancia a dicho principio rector del derecho, toda vez que no es el objeto del presente artículo, por lo que únicamente nos abo-

caremos respecto a la incongruencia en relación con la pretensión a la causa.

Es importante recalcar que el principio de congruencia en relación con la pretensión a la causa va de la mano con el principio dispositivo,¹⁷ que impera con mayor rigidez en el procedimiento mercantil que en el civil, ya que según este principio son las partes quienes aportan los hechos y pruebas, tanto para justificar el actor su acción y, en su caso, el demandado sus excepciones; por lo tanto, el juez no puede aportar hechos o dictar resoluciones que omitan o se aparten de los propios hechos señalados por las partes.

Si bien el principio dispositivo se manifiesta de diversas maneras, la que nos interesa es la relativa a que las partes fijan el objeto del proceso (*thema decidendum*). En materia mercantil opera con mucho mayor rigor el principio dispositivo de estricto derecho; así se han pronunciado distintos tribunales colegiados de circuito, por lo que al existir un consenso se ha creado jurisprudencia al respecto, la cual dice lo siguiente:

15 Botto Oakley, Hugo, *La congruencia procesal: principio base para una teoría general del procedimiento civil. Planteamiento general en relación a la prueba en el Código de Procedimiento Civil chileno*, Editorial de Derecho, Santiago, 2007, p. 151.

16 Becerra Bautista, José, El principio de la congruencia en las sentencias civiles, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* del Instituto de Investigaciones Jurídicas, núms. 22-23, 1975, p. 91.

17 José Ovalle Favela nos menciona que el principio dispositivo se divide en varios subprincipios, pero respecto al tema que estamos hablando manifiesta que: “Las partes son las que fijan el proceso a través de las afirmaciones contenidas en sus escritos de demanda y contestación a la misma. El juez no puede resolver más allá (*ultra petita*) o fuera (*extra petita*) de lo pedido por las partes”. Cfr. Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, Oxford, México, 2003, novena edición, p. 9.

PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO. OPERA CON MAYOR RIGOR EN LA MATERIA MERCANTIL, QUE EN LA CIVIL.

En los juicios mercantiles opera con mayor rigor el principio dispositivo de estricto derecho que en las controversias de carácter meramente civil, lo que significa que a los contendientes, ante una actitud u omisión del órgano jurisdiccional que les perjudique, les compete actuar, promover y gestionar con más atención y cuidado, en el momento procesal oportuno, que sus pruebas sean admitidas y desahogadas, buscando con ello, que sus peticiones se satisfagan para inclinar el ánimo del juzgador y así lograr posiciones favorables ante la parte contraria.¹⁸

En este sentido, son las partes quienes delimitan el objeto del proceso y la discusión debe centrarse en lo planteado por las partes, es decir, el juez está imposibilitado para dictar una sentencia que no esté contemplada en los propios hechos que hayan manifestado las partes, debiendo la parte vencida soportar los efectos si la sentencia le es adversa negativa, teniendo como base dicha condena si es consecuencia directa de una mala narración u omisión de los hechos.

18 Tesis: I.6o.C./50, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. XIII, junio de 2006, p. 1045.

vi. Concepto de prueba de informes

En primer término, habrá de puntualizarse qué es la prueba de informes y sus características; de acuerdo con el concepto que brinda el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, de Manuel Ossorio, es lo siguiente:

En las normas procesales argentinas se entiende por prueba de informes aquella que consiste en solicitar a las oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas, informaciones relativas a actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Dentro de ese mismo tipo de prueba se encuentra el requerimiento a las oficinas públicas para que remitan al juez requirente expedientes, autos, testimonios o certificados relacionados con el juicio.¹⁹

Lino Palacio (1984) menciona lo siguiente:

La prueba de informes puede caracterizarse como un medio de aportar al proceso datos concretos acerca de actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros contables de terceros o de las partes, siempre que ta-

19 Ossorio Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf. Fecha de consulta: 26/02/2017.

les datos no provengan necesariamente del conocimiento personal de aquéllos.²⁰

Para Hugo Alsina (1990), la prueba de informes es concebida como autónoma, porque no se asemeja a la instrumental, testimonial ni pericial debido a su producción, y tan solo trata de allegar elementos a juicio en forma diferente.²¹

De los anteriores conceptos podemos encontrar algunas características, siendo estas las siguientes:

- El informe debe versar sobre pruebas preconstituidas, es decir, documentación, archivos o registros contables de terceros o de las partes
- El informe jamás puede versar sobre hechos que no estén contenidos en documentación, archivos o registros, por lo que está fuera de esta categoría la imposición al informante para que averigüe sobre pruebas no preconstituidas
- Pueden ser tanto personas físicas o privadas, sin importar su naturaleza pública o privada para que rindan el informe que ha sido solicitado a través del juez de conocimiento

- El informe debe venir fundado directamente de documentos preexistentes al proceso

VII. Contenido de la prueba de informes

Se deduce del concepto de prueba de informes que para que realmente pueda ser considerado dicho medio probatorio de esa manera, es decir, como una verdadera prueba de informes, debe basarse sobre pruebas preconstituidas. La prueba de informes es solicitada por la parte oferente y si dicho medio probatorio ofrecido es admitido, el juez ordenará a un organismo o persona que dé informes o noticias acerca de una prueba preconstituida, es decir, de elementos probatorios que ya obren en conocimiento del informante.

No será considerada prueba de informes, sino de informaciones, si se solicita al informante que indague sobre nuevas situaciones o sobre elementos probatorios o nuevas situaciones de hechos que no están en conocimiento de él. Este tipo de petición debe desecharse *ipso facto*, en la consideración de que no es al juzgador a quien le corresponde procurar las pruebas de las partes, sino que a estas les incumbe la obligación de gestionar las pruebas necesarias. En resumen, en tal circunstancia corresponde a las partes realizar las diligencias tendientes a obtener las pruebas necesarias.²²

²⁰ Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, tomo IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, pp. 655 y 656.

²¹ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1990, pp. 464 y 465.

²² Sabemos que el juez para despejar la incertidumbre sobre los hechos que se han fijado en el proceso,

Es importante hacer la distinción entre prueba de informes y prueba de informaciones. La primera se presenta cuando se requiere que un organismo dé noticias acerca de una prueba preconstituida, esto es, de elementos probatorios que ya existen y que ya están en conocimiento del informante; la segunda se da cuando se pide que se hagan averiguaciones de elementos probatorios o de hechos que no están en conocimiento del informante. Este segundo tipo de averiguación debe en principio rechazarse, pues en tal circunstancia corresponde al instructor realizar él mismo las diligencias tendientes a obtener las pruebas necesarias.²³

El Código de Procedimientos Familiares para la entidad federativa de Chihuahua ha legislado la prueba de informes, siendo interesante realizar el contraste que existe entre la doctrina y la regulación normativa por parte del Poder Legislativo de dicho estado, toda vez que existe una divergencia en cuanto al ofrecimiento y aceptación de la prueba en relación con lo que deberá versar. La siguiente información puede resultar una verdad de Perogrullo, pero cualquier persona con un bagaje jurídico

medio sabe que una sola aprobación legislativa sepulta millones de bibliotecas; así, el Código Adjetivo citado considera lo siguiente: “ARTÍCULO 308. El juez o la jueza, cuando lo consideren conveniente, podrán disponer que el informe sea recabado directamente por uno de sus funcionarios”.

Para el multicitado tratadista Sentís Melendo (1959), la manera en que el legislador ha decidido redactar dicho artículo llevaría indefectiblemente a su desecamiento, ya que, como bien menciona, se debe diferenciar entre prueba de informes y prueba de informaciones, recayendo el supuesto normativo del artículo 308 en lo que se considera una prueba de informaciones.

Como ya se mencionó, la prueba de informaciones se materializa cuando se pide que se hagan averiguaciones de elementos probatorios o de hechos que no están en conocimiento del informante. Este segundo tipo de averiguación debe, en principio, rechazarse, pues en tal circunstancia corresponde al instructor realizar él mismo las diligencias tendientes a obtener las pruebas necesarias y no debería ser arrojada dicha labor a los funcionarios o subalternos del juez.

Sentís Melendo (1959) menciona lo siguiente respecto a la prueba de informes:

Se pide a una repartición pública que informe acerca de lo que en ella conste con relación a determinada afirmación formulada en el litigio; de esos antece-

se vale de la prueba como medio para conocer la verdad, es decir, como cotejo entre lo afirmado por las partes con los elementos probatorios o medios probatorios suministrados por las partes. Así, en primera instancia, las partes deben suministrar las pruebas, puesto que la prueba es verificación, contrastación y no averiguación en el sentido de que el juez salga a buscar los hechos que ignora.

23 Sentís Melendo, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, EJEA, 1959, p. 283.

dentes debe disponer la repartición con anterioridad; si los ha de adquirir y después informar, no será una prueba de informes.²⁴

En sentido similar, Lino Enrique Palacio (1965) agrega una variante de interés: “El informante [...] puede adquirir conocimiento de los hechos respectivos en el momento mismo de expedir el informe”,²⁵ pero cabe decir que siempre con referencia a la prueba documental o instrumental que obra en su poder, es decir, la prueba de informes es un medio probatorio que permite allegar datos, en específico, contenidos en *documentación, archivos o registros* contables de terceros o de las partes, pero con el requisito *sine qua non* de que siempre tales datos no provengan necesariamente del *conocimiento personal* del o los informantes.

De manera categórica se afirma con seguridad que se incurre en un error cuando las partes al realizar el ofrecimiento de la prueba de informes, dicho ofrecimiento viene acompañado de la petición que deberá realizar el juez, pero fundamentado con el sustento legal de las facultades que prevé la ley, para que el juez en atención a la función primordial que desempeña en la impartición de justicia, y para que en ese afán de conocer la verdad, pueda hacer uso de cualquier medio a su alcance

para allegar al proceso los elementos necesarios para emitir su fallo.

Sin embargo, la facultad del juzgador anteriormente mencionada no puede ser invocada y aprovechada por las partes con la certeza de que será admitido el medio probatorio aportado, pues, se reitera, la misma es una facultad exclusiva del juzgador en los casos que así lo estime pertinente.

Sin embargo, ha existido una flexibilidad que se ha dado en el procedimiento civil, el cual se ha vuelto patente en los juicios o procesos que se desenvuelven dentro de la denominada “justicia de acompañamiento”, “de colaboración” o “auxiliatoria”.²⁶ La justicia de acompañamiento es un término o léxico jurídico que no se ha introducido en México, pero lo podemos ver materializado en los juicios o controversias del orden familiar en donde están involucrados menores; en esas circunstancias el juzgador debe flexibilizar el procedimiento siempre y cuando sea conducente al interés superior del menor.

Así, en algunas materias como el derecho familiar, el cual es considerado en México de orden público y de interés social, es permisible que oficiosamente el juzgador se allegue de los elementos de convicción, a causa de que es permisible que en materia familiar, cuando estén involucrados intereses de menores, dicha facultad se convierta en obligación, pues es eviden-

24 Sentís Melendo, Santiago, *op. cit.*, p. 106; y nota 20.

25 Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 200.

26 Midón, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio: parte general*, Jurídicas Cuyo, Argentina, 2007.

te la intención del legislador de propiciar una mayor protección para aquellos.

Así se expresan Augusto Morello y Néstor Cafferatta (2004) respecto al término acuñado de justicia de acompañamiento:

Y en lo que atañe a la justicia de protección o acompañamiento, la posición del juez cambió radicalmente: por supuesto que es independiente, pero está comprometido con las consecuencias que se sigan de la interpretación facilitadora de la realización, y no de la frustración por razones formalistas, de derechos que cuentan con especial tutela constitucional. Aunque, la prudencia y la cautela del juez en esta área se extreman de modo notable y así lo señala, de continuo, la Corte Suprema de la Argentina.²⁷

Ahora bien, retomando el tema respecto a la prueba de informes, el artículo 397 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vigente en Argentina establece que: “No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos”.

Lo anterior cobra consonancia cuando se ofrece la prueba en vía de informes, pero la misma puede ser rechazada porque la información que se requiere obra

²⁷ Morello, Augusto M. y Cafferatta, Néstor A. *Visión procesal de cuestiones ambientales*. Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 201 y 203.

en documentos públicos al alcance de las partes, es decir, pueden solicitarse por encontrarse en algún archivo público.²⁸

A. Prueba preconstituida en el derecho español y el derecho mexicano

Es necesario diferenciar entre lo que se conoce como pruebas preconstituidas en el derecho argentino y el español en contraste con el ordenamiento jurídico mexicano. En México se está acostumbrado a escuchar el término en relación con los títulos ejecutivos contenidos en la legislación mercantil, primordialmente los enunciados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual ha sido acaparado por la materia mercantil sin lugar a dudas. La anterior distinción servirá para dejar en claro a qué nos referimos cuando afirmamos que única y exclusivamente los informes deben versar sobre pruebas preconstituidas.

Como es sabido, fue Jeremías Bentham (1847) quien propuso el término de pruebas preconstituidas, definiéndolas como aquellas en que el medio de prueba llevado al proceso es una representación ya formada, a fin de comunicar al juez y fijar en la sentencia el hecho representado que

²⁸ El artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles vigente en la Ciudad de México, otrora Distrito Federal, establece que las partes tienen a su disposición los documentos, siempre que legalmente puedan pedir copia autorizada de los originales y exista obligación de expedírselos.

constituye el *thema probandum*.²⁹ En otras palabras, son medios probatorios que se han formado fuera del proceso y que son llevados al mismo para que produzca efectos a favor de quien los ofrece.³⁰

El Código de Comercio vigente en la República Mexicana establece en su artículo 1391, primer párrafo y fracción IV, que los títulos de crédito son prueba preconstituida de la acción y traen aparejada una ejecución, lo que significa que para ejercitar la acción cambiaria tendiente a obtener su pago no es necesario demostrar el negocio causal que dio origen al título de crédito, lo que exonera al creador de estar obligado a probar la causa originaria del negocio jurídico,³¹ pudiendo ser este un contrato de mutuo (préstamo de dinero), ya sea escrito o verbal.

De las anteriores afirmaciones, es en el término que acuñó Jeremías Bentham (1847, citado por Carlos Lessona, 1957) al

29 Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, 1847, pp. 145 y 166-177, en las cuales se refiere a las pruebas preconstituidas y a las circunstanciales. Citado por Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Reus, Madrid, 1957, t. I, p. 63.

30 Berizonse, Roberto, *El principio del contradictorio y su operatividad de la prueba*; citado por Midón, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio: parte general*, Jurídicas Cuyo, Argentina, 2007, p. 61.

31 El artículo 165 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en México establece entre uno de sus supuestos que la acción cambiaria prescribe en tres años a partir del vencimiento de la letra. Como sabemos los títulos de crédito son utilizados en su mayoría para garantizar un pago. No obstante, si no se ejecuta dicha acción durante los tres años posteriores desde el día en que se volvió exigible, se puede intentar el cobro de la deuda contenido en el pagaré a través de la acción causal, que básicamente prosperará si se demuestra el negocio jurídico subyacente que dio vida al título ejecutivo.

que nos referimos al mencionar que los informes deben versar sobre pruebas ya preconstituidas, y no como es concebido por el Código de Comercio vigente en México.

Se menciona que la prueba constituida solo adquiere significado atendiendo al sistema probatorio del proceso penal español. La prueba preconstituida es aquella prueba que existe antes de la apertura del proceso judicial y que está a disposición del juez en cualquier momento. Es sobre todo la prueba documental, que hace constar en actas hechos que podrán ser agregados a la causa una vez iniciada.

El artículo 382 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina establece que “Los informes que se soliciten a las oficinas públicas [...] Procederán únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante”.

Dicho todo lo anterior, podemos entender que la prueba de informes es en sí misma una prueba preconstituida, de acuerdo con cómo la consideran en el derecho español y el argentino, toda vez que la información solicitada existe con anterioridad a la solicitud, estando en una oficina pública o privada, etcétera.

VIII. Naturaleza de la prueba de informes

Poco se ha comentado y tratado acerca de la naturaleza en relación con la prueba de informes. Ante tal situación resulta relevante hablar, ahondar y nutrir este tema

de singular importancia, toda vez que existe poca claridad en la *praxis* jurídica de cómo debe ser ofrecida y aceptada.

Resulta pertinente realizarnos el siguiente cuestionamiento en aras de lograr una comprensión más clara sobre este tema: ¿a qué nos referimos cuando nos preguntamos sobre la naturaleza de algún objeto o persona? La solución o respuesta de tal pregunta aterriza en el campo epistemológico.

Como ya se pudo observar anteriormente en el cuerpo del presente artículo, es de explorado derecho la imposibilidad de presentar documentos después de que se haya interpuesto la demanda, después de dar contestación a esta; o, en su caso, después de la reconvención y de la contestación a la reconvención (con las únicas excepciones que ya se han expuesto con anterioridad).

Agotados los temas anteriores, es factible hacer o plantear el punto toral que desencadena el *quid* del artículo, es decir, si realmente la prueba de informes es o no un documento. El punto fino que hay que dejar en claro es que estamos conscientes de que existen dificultades que surgen en relación con la distinción entre la prueba de informes y la prueba documental, confundiendo así el contenido con el continente.

Pero ¿a qué nos referimos al mencionar que no se deben confundir el contenido y el continente? Pues bien, la confusión tanto de litigantes como del personal de

los juzgados, ya sean estos secretarios de acuerdos o jueces, radica en, como ya mencionamos, confundir el contenido con el continente, es decir, confunden la apariencia de las cosas con las cosas en sí mismas, confunden la presentación con la esencia.

En palabras más sencillas, el contenido es la declaración que realiza el tercero sobre hechos que obran ya en un documento o en un archivo y que puede allegarse de tal información; el continente es el papel en sí mismo, recordando toda vez que si bien es cierto, en sentido estricto, que un documento es un testimonio de una actividad humana fijada en un soporte, no debe pasar inadvertido que lo que realmente obra en el papel es la declaración de un tercero ajeno al juicio sobre hechos controvertidos en el litigio que se pretenden probar, pero el tercero se allega estos conocimientos a través de la documentación que posee.

Claramente la confusión radica en que en nuestra práctica procesal, la prueba de informes es rendida a través de un documento; en palabras burdas, el informe (el contenido) de un tercero se encuentra en una o diversas hojas de papel que se anejan al expediente, toda vez que a la fecha todo lo actuado debe obrar de manera física en el expediente, pero doctrinalmente si nos apegamos al concepto de documento, de acuerdo con lo que enuncia la legislación procesal mexicana; por ejemplo, el Código de Procedimientos Civiles de la

Ciudad de México, medio probatorio, no puede considerarse como una documental en los términos señalados, pues la misma no se encuentra materialmente formada o construida en el momento en que se inicia el procedimiento, sino que es formada a petición expresa del juez para que le informe sobre los hechos que la parte oferente pretende que se alleguen al proceso, y en virtud de que dicha información se trae al expediente en forma de un documento.

A continuación, expondremos las razones por las cuales compartimos la postura de Hugo Alsina (1961), ya que para él la prueba de informes es concebida como autónoma, y desde su punto de vista no se asemeja a la instrumental, testimonial, ni pericial, debido a su forma de producción.

A. Razones por las que la prueba de informes no debe ser considerada como prueba documental

Claramente podemos advertir que la prueba de informes no es una prueba documental. De ser así, le sería aplicable el principio de contradicción que rige en el proceso civil, siendo lo correcto correr traslado o dar vista³² a la parte contraria en el momento

32 Ya existe un pronunciamiento claro y preciso por parte del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito que menciona lo siguiente: "Un pulcro manejo de ambos conceptos, basado en las enseñanzas que la doctrina proporciona, lleva a concluir que, por lo primero, se debe entender que la promoción o diligencia de que se trate, se quede en los autos del juicio para que de ella se enteren las partes; por lo segundo (correr traslado), se significa la obligación de entregar, por el conducto legalmente apropiado, copia de la promoción a la contraria

en que el informe es rendido por la persona a quien le fue solicitada la información contenida en el documento.

A pesar de que la prueba de informes se ofrece, admite y desahoga, no pasa por inadvertido que la prueba de informes transgrede diversos principios como el de contradicción de la prueba e igualdad procesal, lo anterior debido a que el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México (otrora Distrito Federal) hace mutis en relación con la manera en que la parte contraria pueda contradecir o atacar dicho medio probatorio.

Al ser inexistente alguna regulación en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de la República Mexicana para la prueba de informes, en consecuencia se priva a la contraparte del oferente de esta para controvertirla, aunado a que se violenta el principio de seguridad jurídica de todo ciudadano.

Al no existir forma procesal para debatirla, pues, como ya referimos, no se trata de una prueba documental ni de una prueba testimonial, lo que hace fácticamente imposible que se pueda controvertir por la contraria, se genera, desde luego, la desigualdad procesal entre las partes en litigio. Es necesario enriquecer la anterior narrativa. Para la prueba testimonial existe la tacha de testigos y también existe la posibilidad de formular repreguntas al tes-

para que la conozca y responda, si así conviene a su interés de parte procesal".

tigo de la parte oferente; para la confesional existe la posibilidad de poder formular posiciones a la contraparte en el acto de la diligencia si comparece a la prueba el oferente, así como también si se presenta el pliego de posiciones con anterioridad en la fecha y hora señaladas en la audiencia, a pesar de la falta de comparecencia de quien vaya a absolverlas; la pericial, a través de la designación de perito de la parte contraria; la documental vía objeción de documentos; pero la prueba de informes carece de un medio en específico.

A pesar de que la prueba de informes no se encuentra regulada de manera expresa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en México, se debe mencionar que sí es posible el uso de un medio para controvertirla. El canal sería a través de la impugnación de la falsedad del informe, radicando la veracidad o falsedad de este en relación con la coincidencia entre la respuesta y las constancias documentales que le sirven de sustento.

No debe pasar inadvertido que el Código Adjetivo Civil del Estado de Chihuahua ya cuenta dentro de su cuerpo normativo con la respuesta anteriormente enunciada: “ARTÍCULO 309. Las partes podrán impugnar de falsedad el informe, en cuyo caso se deberá requerir la exhibición de los asientos, documentos y demás antecedentes en que se funde la contestación”.

Otro argumento que demuestra que la prueba de informes jamás debe ser admi-

tida como prueba documental es la razón de que todas las leyes adjetivas civiles en México señalan como regla general que los documentos, ya sean públicos o privados, deben ser acompañados o aportarse junto con el escrito inicial de demanda y, en su caso, con la contestación de esta.

Existen claramente ciertas excepciones a la anterior afirmación. No obstante que debe ser ofrecida al inicio de la demanda o contestación, esta no se encuentra elaborada, sino que es formada e ingresada al expediente de forma escrita por la petición que realiza el juez a la autoridad requerida, la cual tiene la información en su poder, es decir, de la documentación que ya tenga previamente; es por eso que se dice que es una prueba preconstituida en razón de que contiene hechos preexistentes que constan en registros o archivos provenientes de instituciones públicas o también *verbi gratia* bancarias.

Huelga decir que la prueba de informes no debe ser ofrecida como documental. Los argumentos, que resultan ser resistentes a cualquier dardo jurídico, se pueden resumir en los siguientes:

1. La prueba de informes es materialmente inexistente en el momento en que se inicia el procedimiento.
2. No surge de una elaboración espontánea. Si fuera así, podría allegarse al proceso como prueba documental superveniente, pero es elaborada en el

momento en que el juez solicita al tercero que le informe sobre los hechos que la parte oferente pretende se alleguen al proceso.

3. La información se aporta al expediente en una hoja de papel, por lo que *ipso facto* esta se convierte en un documento, es decir, al obrar la información en un soporte material o físico (una hoja de papel en los expedientes) esta simple hoja de papel adquiere la calidad de documento.

Así, de esta simpleza incomprensible, la mayoría de las personas (incluyendo abogados y autoridades jurisdiccionales) llegan a confundir el contenido con el continente.

A. Razones por las que la prueba de informes no debe ser considerada como prueba superveniente

Tampoco podemos afirmar que se trate de una prueba superveniente en la inteligencia de que no reúne las características para que sea aceptada como tal, toda vez que no se trata de actos, documentos o información nueva, sino de actos o documentos con anterioridad a la solicitud, es decir, la prueba de informes es una prueba preconstituida por versar sobre cuestiones con existencia anterior a la materialización de esta. A pesar de que el documento carezca de previa existencia y que este sea elaborado a partir de la orden

judicial del juzgador en la cual se ordena a una autoridad o a un particular que rinda el informe, lo anterior no le dota de características de una prueba superveniente.

A. Razones por las que la prueba de informes no debe ser considerada como una prueba testimonial

Como mencionamos con anterioridad, no debe pasar inadvertido que lo que realmente obra en la prueba de informes es la declaración de un tercero ajeno al juicio con hechos del litigio que se pretenden probar, lo que podría darnos la idea de que es una prueba testimonial, pero la realidad es que no reúne las características para ser una testimonial, en primer término, porque no es ofrecida y desahogada de la manera en que se realiza la prueba testimonial.

Si bien es cierto que tiene alguna semejanza en lo referente a que tanto el informante y el testigo se refieren o deponen sobre hechos sucedidos en el pasado, no menos cierto es que también guardan diferencias sustanciales, tales como:

1. El informante puede ser (y generalmente lo es) una *persona jurídica*, es decir, por lo general el informe se le solicita a una persona moral, pero siempre es rendido a través de quien legalmente la represente (a la persona jurídica); mientras que el *testigo* debe ser necesariamente una *persona física*;

2. El informante, a diferencia del testigo, puede adquirir conocimiento de los hechos de que se trate en el momento mismo de expedir el informe, y el testigo debe contar previamente con el conocimiento de los hechos.
3. Mientras el *testigo* declara sobre percepciones o *deducciones* de carácter *personal*, es decir, sobre circunstancias que conoce, el informante debe atenerse a las constancias de la documentación que posee.

El Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito del Poder Judicial de la Federación, se ha pronunciado respecto a las diferencias que versan entre la prueba testimonial y el informe de autoridad, siendo su criterio el siguiente:

PRUEBA TESTIMONIAL Y DE INFORME DE AUTORIDAD. DIFERENCIAS. La prueba testimonial y la de informe de autoridad se distinguen claramente en su naturaleza y efectos; la primera tiene por objeto que un particular declare sobre hechos y circunstancias de terceros que sabe y le constan, siendo necesario esclarecerlos para dilucidar algún punto litigioso; la segunda es una información oficial que debe en cambio, rendir el órgano autoritario a quien requiere el juzgador sobre cuestiones relativas a su competencia legal y que por ese motivo le constan. SEGUNDO TRIBUNAL

COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO. Amparo en revisión 311/94. Javier Rolando Alanís Govea. 11 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guadalupe Méndez Hernández. Secretario: Marco Antonio Cepeda Anaya.³³

En el derecho procesal civil impera el principio de lealtad procesal, el cual exhorta a las partes a conducirse con sinceridad, honestidad, veracidad y con un comportamiento honrado que deben guardar las partes durante el proceso. La conducta que se requiere de las partes debe ser materializada o exteriorizada en el proceso (probidad), para que el juez decida con base en la verdad de autos y no en engaños que desvirtúan la figura de la justicia; por lo que para evitar un desequilibrio e inequidad procesal, y evitar sorprender a la parte contraria en el juicio, es obligatorio para las partes para que desde el escrito de su demanda, contestación o reconvencción a la misma, presenten las pruebas documentales públicas o privadas que obren en su poder.

Cabe puntualizar y antes de analizar cada una de las excepciones sobre la regla general de aportación de documentos, es pertinente dejar en claro que por regla general en todos y cada uno de los Códigos Adjetivos Civiles en la República Mexicana, se establece que los documentos, ya

³³ Tesis XIX.2o.35 K, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. xv-2, febrero de 1995, p. 486.

sean públicos o privados, deben ser acompañados o aportarse junto con el escrito inicial de demanda y, en su caso, con la contestación de la misma.

El artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles vigente en la Ciudad de México menciona lo siguiente:

Artículo 95.- A toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente: I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro, o bien el documento o documentos que acrediten el carácter con el que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona;

II. Los documentos en que el actor funde su acción y aquellos en que el demandado funde sus excepciones. Si no los tuvieren a su disposición, acreditarán haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se les expida certificación de ellos, en la forma que prevenga la ley. Se entiende que las partes tienen a su disposición los documentos, siempre que legalmente puedan pedir copia autorizada de los originales y exista obligación de expedírselos. Si las partes no pudiesen presentar los documentos en que funden sus acciones o excepciones, de-

clararán, bajo protesta de decir verdad, la causa por la que no pueden presentarlos. En vista a dicha manifestación, el juez, si lo estima procedente, ordenará al responsable de la expedición que el documento solicitado por el interesado se expida a costa de éste, apercibiéndolo con la imposición de alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley. Salvo disposición legal en contrario o que se trate de pruebas supervenientes, de no cumplirse por las partes con algunos de los requisitos anteriores, no se les recibirán las pruebas documentales que no obren en su poder al presentar la demanda o contestación, como tampoco si en esos escritos se dejan de identificar las documentales, para el efecto de que oportunamente se exijan por el tribunal y sean recibidas.

III. Además de lo señalado en la fracción II, con la demanda y contestación se acompañarán todos los documentos que las partes tengan en su poder y que deban de servir como pruebas de su parte y, los que presentaren después, con violación de este precepto, no les serán admitidos, salvo de que se trate de pruebas supervenientes, y

IV. Copias simples o fotostáticas, siempre que sean legibles a simple vista, tanto del escrito de demanda como de los demás documentos referidos, incluyendo la de los que se exhiban como prueba según

los párrafos precedentes, para correr traslado a la contraria.

La anterior afirmación va de la mano con el argumento de que la prueba de informes carece de las características de un documento (procesalmente hablando), pues la misma no se encuentra materialmente formada o construida en el momento en que se inicia el procedimiento y es ofrecida en la presentación de la demanda, sino que es elaborada por petición a una autoridad o un particular por el juez después de que este mande a abrir el juicio a desahogo de prueba. En esta etapa si es ofrecida la prueba adecuadamente, será admitida y se mandará a preparar dentro del lapso o término probatorio que haya determinado el juez, por lo que deberá practicarse dentro de este mismo. El lapso no podrá exceder más de quince días en donde se ordene abrir el juicio a desahogo de pruebas, en el cual se deban preparar todas las pruebas correspondientes para su correcto desahogo, como el caso del medio probatorio consistente en vía de informes.³⁴

³⁴ El artículo 1201 del Código de Comercio vigente en la Federación establece: "Las diligencias de prueba deberán practicarse dentro del término probatorio; el juez deberá fundar la resolución que permita su desahogo fuera de dicho término, las cuales deberán mandarse concluir en los juicios ordinarios dentro de un plazo de veinte días, y en los juicios especiales y ejecutivos dentro de diez días, bajo responsabilidad del juez, salvo casos de fuerza mayor". El lapso que manda abrir el juicio a desahogo de pruebas por un periodo de no más de quince días, se encuentra en el artículo 1401 del Código de Comercio vigente en la Federación, pero puede abrirse un periodo, tanto ordinario como extraordinario,

ix. Conclusiones

La prueba de informes únicamente puede versar sobre cuestiones que existan con anterioridad a la solicitud, es decir, de elementos probatorios que previamente existan y que están en conocimiento del informante. Por esta razón se dota a la prueba de informes de la característica de una prueba preconstituida; pero si lo que se pretende es que el informante realice averiguaciones de elementos probatorios que no estén en su poder, debe rechazarse de plano, toda vez que estaría desnaturalizando la prueba de informes y se estaría hablando de una prueba de informaciones.

No hay que confundir el contenido con el continente, es decir, confunden la apariencia de las cosas con las cosas en sí mismas; confunden la presentación con la esencia, toda vez que el continente vendría siendo el soporte físico de la prueba de informes (la hoja de papel) y el contenido, la información rendida en la hoja de papel. Por lo tanto, adquiere la calidad de documento al estar rendido el testimonio en una hoja de papel.

Así, siendo puritanos y fieles a las tradiciones doctrinarias, se puede llegar a considerar (con mucho esfuerzo) que la prueba de informes es una documental en estricto sentido. ¿La razón?, sencillamente

siempre y cuando se acrediten las circunstancias. Podemos encontrar esta regulación en los artículos 1201, 1206 y 1207 del Código de Comercio vigente en la Federación.

porque obra el informe de un tercero en una unidad de información, siendo esta aportada a través de un papel; sin embargo, procesalmente hablando no podemos considerar la prueba de informes como un documento.

No se puede considerar la prueba de informes como un documento procesal, porque la mayoría de los ordenamientos procesales de las entidades federativas de la República Mexicana son unísonos en el sentido de que los documentos deben ser presentados al inicio (ya sea que se tenga en poder de la persona que la ofrece o haciendo la manifestación de que no está en su poder y se encuentra imposibilitada para exhibirlos), es decir, junto con la demanda o al dar contestación a la misma, pero a pesar de que la prueba de informes sea ofrecida como documental al inicio de la demanda o contestación, el informe no se encuentra aún elaborado y, en consecuencia, plasmado en algún documento, sino posteriormente hasta que es solicitado por el juzgador a cargo de la persona que puede recabar la información solicitada.

Así también, la prueba de informes goza de autonomía como consecuencia de la intensa práctica habitual en el día a día en los tribunales, es decir, podemos considerarla a la fecha como una prueba autónoma, pero no solamente por el uso reiterado, sino también, como se ha podido apreciar en el transcurso del presente artículo, la prueba de informes tiene carac-

terísticas sui géneris y no comparte las características de otros medios probatorios, como ha quedado claramente explicado a lo largo del presente trabajo.

La prueba de informes es autónoma, la cual debe ser tratada y catalogada como tal dentro de los ordenamientos jurídicos procesales; también se debería erradicar el uso nominativo de prueba documental en vía de informes, toda vez que resulta una verdad de Perogrullo que dicho medio probatorio debe ser integrado al expediente en un documento, ya sea una hoja de papel o cualquier otro medio donde pueda ser reproducido y observado, pero, como lo comentamos, no reviste las características de la prueba documental, toda vez que es una prueba específica y diferente a las demás.

x. Referencias

1. Fuentes bibliográficas

- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Ediar Soc. Anón., Buenos Aires, 1961.
- ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, segunda edición, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1998.
- BECERRA BAUTISTA, José, "El principio de la congruencia en las sentencias civiles", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* del Instituto de Investigaciones Jurídicas, núms. 22-23, 1975.
- BERIZONSE, Roberto, "El principio del contradictorio y su operatividad de la prueba"; con cita de Midón, Marcelo Sebastián,

Derecho probatorio: parte general, Jurídicas Cuyo, Argentina, 2007.

BOTTO OAKLEY, Hugo, *La congruencia procesal: principio base para una teoría general del procedimiento civil*, Editorial de Derecho, Santiago, 2007.

LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Reus, Madrid, 1957.

MIDÓN, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio: parte general*, Jurídicas Cuyo, Argentina, 2007.

MORELLO, Augusto M. y CAFFERATTA, Néstor A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, 2004.

OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Recuperado de https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, novena edición, Oxford, México, 2003.

PALACIO, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, Cibergrafía, Buenos Aires, 1965.

RODRÍGUEZ CASTRO, Santiago, *Diccionario etimológico griego-latín del español*, décima edición, México, Esfinge.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, EJE, 1959.

2. Legislación nacional

Código Civil vigente para la Ciudad de México.

Código de Comercio vigente para la República Mexicana.

Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

Código de Procedimientos Civiles para la entidad federativa de Chihuahua.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

3. Legislación internacional

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vigente en Argentina.

Ley de Enjuiciamiento Civil española.

LOS MECANISMOS DE EXCLUSIÓN AL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA EN MÉXICO

THE MECHANISMS OF EXCLUSION TO THE RIGHT TO ADEQUATE IN MEXICO

ALEJANDRO DÍAZ PÉREZ¹
ISABEL ANAYANSSI ORIZAGA INZUNZA²

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos problemas estructurales del derecho a una vivienda adecuada. III. La vivienda en los instrumentos y estándares internacionales. IV. La débil protección del derecho a una vivienda adecuada en México. V. Conclusiones y propuestas. VI. Referencias.

Resumen

El presente texto analiza las problemáticas estructurales sobre la vivienda, explicando aquellos fenómenos que debilitan el derecho a una vivienda adecuada; asimismo, a partir de los estándares más relevantes de protección del derecho a una vivienda adecuada desarrollados en las normas de derechos humanos como marco de referencia, se aborda la forma en que el derecho a la vivienda ha sido vulnerado sistemáticamente en México, para visibilizar como dichas violaciones a este derecho social son algunas de las caras menos discutidas de la desigualdad. Considerando ese contexto, se proponen medidas específicas que contri-

1 Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid, España. Especialista en Derechos Humanos y Máster en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente, abogada en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México. ORCID: 000-0003-0160-9355.

2 Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California y Máster en La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Complutense de Madrid. Exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Abogada en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México. ORCID: 0000-0002-9227-5495.

buyan a aumentar los niveles de protección y garantía de este derecho.

Palabras clave: derechos humanos, vivienda adecuada, exclusión, desigualdad.

The mechanisms of exclusion to the right to adequate in Mexico

Abstract

This text analyzes the structural problems about housing, explaining those phenomena that weaken the right to adequate housing; also, based on the most relevant standards of protection of the right to adequate housing developed in human rights standards as a frame of reference, the way in which the right to housing has been systematically violated in Mexico is addressed to make visible how these violations of this social right are some of the least discussed sides of inequality. Considering this context, specific measures are proposed that contribute to increasing the levels of protection and guarantee of this right.

Keywords: Human rights, adequate housing, exclusion, inequality.

I. Introducción

La desigualdad es la causa que explica las frecuentes violaciones al derecho a una vivienda adecuada; sin embargo, la problemática sobre falta de vivienda, la aquiescencia de los gobiernos ante los fenóme-

nos de la especulación inmobiliaria, los elementos opresivos de algunas políticas de vivienda bajo las categorías de poder económico, origen étnico y género o las visiones que consideran a la vivienda como una mercancía en lugar de un derecho fundamental, son algunos de los ámbitos menos discutidos de esa desigualdad.

Los cambios en los mercados financieros, en la inversión mundial y en el campo inmobiliario han dado lugar a que la vivienda se considere un producto a comerciar o una forma de acumulación de riqueza y no como un elemento que por su valor de uso produzca bienestar en una sociedad democrática. Ese efecto producido por la *financiarización* de la vivienda tiene múltiples impactos en el ejercicio de este derecho social.

En términos formales, los derechos sociales –como el de vivienda– deben tener el mismo nivel de justiciabilidad que los derechos individuales o clásicos, como el de libertad de expresión o integridad personal; pero en el terreno práctico, los esfuerzos de los poderes públicos para proteger y garantizar el derecho a una vivienda, tienen un marcado déficit en relación con otro tipo de derechos.

Internado en ese contexto, el presente artículo pretende exponer cuáles son las problemáticas más relevantes sobre el derecho a una vivienda adecuada –especialmente en México–, estudiar las razones que explican los bajos niveles de protec-

ción de este derecho, y proponer algunas salidas que proporcionen una mejor protección a la vivienda desde un enfoque de derechos humanos.

En un primer momento, se estudian algunas de las mayores problemáticas estructurales que existen sobre la vivienda. Estas problemáticas se estudian a partir del análisis de fenómenos globales que han surgido como consecuencia de procesos como la globalización, las desigualdades existentes, así como el papel de los organismos internacionales en la protección del derecho a la vivienda; posteriormente se presentan con detalle los estándares más relevantes de protección del derecho a una vivienda adecuada desarrollados en las normas de derechos humanos. En un tercer momento, con los elementos previos posicionados, el artículo aborda la forma en que el derecho a la vivienda en México ha sido vulnerado sistemáticamente, y finalmente se proponen medidas que contribuyan a aumentar los niveles de protección y garantía de este derecho.

II. Algunos problemas estructurales del derecho a una vivienda adecuada

La vivienda hoy en día, vive problemáticas de carácter estructural generadas a partir de procesos, predominantemente entendidos en términos del libre mercado y de la globalización, que si bien pueden tener diversos grados o matices dependiendo del país de que se trate, estos producen afectaciones en la protección del derecho a una vivienda adecuada. Para entender esta crisis, es importante describir la transformación que ha sufrido la concepción de la vivienda, y como esta ha desembocado en una idea puramente comercial, al tiempo que está relacionada con las desigualdades prevaletentes en las sociedades contemporáneas, e incluso, con la falta de protección efectiva por

parte de diversos actores, particularmente los órganos internacionales de derechos humanos. Este cúmulo de vicisitudes, enseguida se describen.

2.1 La financiarización o mercantilización de la vivienda

La forma de entendimiento social de la naturaleza de la vivienda ha sufrido una transformación. En el siglo XIX y principios del XX, la cuestión de la vivienda giraba en torno a cómo debía alojarse la clase trabajadora, sin embargo, esta cuestión fue resuelta con posterioridad a la posguerra.³

Asimismo, a partir del desarrollo de las economías de libre mercado, las políticas de los Estados, habida cuenta de la asociación o visión de la vivienda colectiva y locativa como una forma de colectivismo o socialismo, se fortaleció el acceso a la propiedad de la vivienda como una forma fundamental de inversión, potenciando el mercado de las casas individuales a través de una concepción de “la producción de las disposiciones individuales y, más precisamente, de los sistemas de preferencias individuales –en materia de propiedad o de locación especialmente”.⁴

Ese punto de partida en que la vivienda se identifica como una forma de acceso a la propiedad –y única forma de tenencia–,

aunada a una posición dominante sin precedentes en la historia reciente de los mercados financieros y las empresas en el sector de la vivienda, ha surgido un contexto en el que la vivienda se encuentra inmerso: la financiarización.

Aunque la financiarización no es un proceso uniforme con resultados similares en todas partes, la esencia de esta radica en la desigualdad e inequidad derivada de las formas de producción actuales. Este fenómeno complejo comúnmente se refiere a “los cambios estructurales en los mercados de la vivienda y financieros y en la inversión mundial que han dado lugar a que la vivienda se considere una mercancía, una forma de acumulación de riqueza y a menudo una garantía de los instrumentos financieros que se comercializan y venden en los mercados mundiales”.⁵

Ante esta problemática, la Relatora Especial ha hecho un llamado a los Estados para recuperar “la gobernanza de los sistemas de vivienda de los mercados mundiales de crédito y, en colaboración con las comunidades afectadas y con la cooperación y la participación de los bancos centrales y las instituciones financieras, [rediseñar] la financiación de la vivienda”,⁶ señalando el

3 Aalbers, Manuel (2016), *The financialization of housing: a political economy approach*, Londres, Routledge, p. 134.

4 Bordieu, Pierre (2002), *Las estructuras sociales de la economía*, Buenos Aires, Manantial, p. 32.

5 Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Leilani Farha, *sobre la financiarización de la vivienda y el derecho a una vivienda adecuada*, A/HRC/34/51, 18 de enero de 2017, párr. 1.

6 *Ibíd.*, párr. 75.

hecho de que “[m]uchos Estados han sido demasiado deferentes con la dinámica de los mercados no regulados y no han tomado las medidas adecuadas para adaptar la inversión privada al derecho a una vivienda adecuada”,⁷ resaltando como estrategia general la elaboración de iniciativas para “acercar los ámbitos del sector financiero corporativo y público, la vivienda, la planificación y los derechos humanos”.⁸

Quizá uno de los compromisos más importantes ha sido el establecido para los órganos nacionales, regionales e internacionales al pedirles que “presten más atención a la cuestión de la financiarización y expongan con claridad a los Estados, a través de un diálogo constructivo durante los exámenes periódicos y en el examen de casos individuales, sus obligaciones en relación con la financiarización de la vivienda”.⁹

En esta línea, la erosión del entendimiento del concepto de vivienda como un derecho fundamental, para situarse como una mercancía, implica por un lado una profunda deshumanización, en tanto su valor ya no se basa en su uso social, es decir, la vivienda tiene el mismo valor si está vacía u ocupada, si se vive en ella o no,¹⁰ y por otro, conlleva la modificación de las dinámicas sociales cotidianas, produciendo una forma de “financiarización de la vida cotidiana”, proceso mediante el cual

“la residencia se concibe como un activo para generar ingresos o bien promover el ahorro, aun a costa del elevado endeudamiento que comporta”.¹¹

De igual forma, la financiarización se acompaña de los grandes capitales de inversión, la especulación inmobiliaria, e incluso ha producido que algunas formas específicas de economía colaborativa transformen al mercado regular de alquiler o renta.¹² No obstante, existen algunos esfuerzos regulatorios, por ejemplo, Singapur que grava con un 18 % las transmisiones inmobiliarias e impone una tasa adicional de adquisición a los propietarios e inversores ricos, cuyos ingresos se utilizan para subvencionar la propiedad de la vivienda de personas de ingresos bajos, o en países como China, Alemania y

7 Ibidem, párr. 76.

8 Ibidem, párr. 77, a).

9 Ibidem, párr. 77, g).

10 Ibidem, párr. 30.

11 Massó, Matilde, y Pérez Yruela, Manuel (2017, enero-marzo), “La financiarización en España: ¿la emergencia de un nuevo modelo de acumulación?”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, núm. 157, p. 113.

12 Es el caso de las plataformas mundiales de renta o alquiler de inmuebles a corto plazo como Airbnb. Al respecto, Leilani Farha, “Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este aspecto” de la ONU ha sostenido que “[l]a proliferación de las inversiones extranjeras y nacionales en propiedades de alquiler a plazo corto, como por ejemplo Airbnb [...] ha contribuido al aumento de los precios de la vivienda y los cambios en la composición de los barrios, sin crear una vivienda asequible u otros beneficios para la población local”. Para conocer con mayor profundidad esta temática, puede consultarse: Díaz, Alejandro (2018, abril), “Las formas de economía colaborativa como Airbnb y sus efectos en el derecho a una vivienda adecuada”, *Revista Hechos y Derechos*, IJUNAM, 44, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12335/13964>

Malasia, que han introducido un impuesto sobre la especulación inmobiliaria,¹³ la realidad es que son políticas desconectadas entre sí, que no forman parte de una estrategia conjunta de la comunidad internacional para enfrentar la complejidad del problema.

Por ello, el sector comercial, los tratados comerciales y de inversión deben reconocer la primacía de los derechos humanos, así como que se deben elaborar directrices sobre empresas y derechos humanos dirigidas a los agentes financieros que operan en el sistema de vivienda.¹⁴

En suma, la mercantilización de la vivienda incentiva la proliferación de ejecuciones hipotecarias, desahucios innecesarios o injustificados, el desplazamiento forzado de comunidades o personas, desalojos forzosos, personas sin vivienda o situación de calle, entre otros, y por consecuencia el debilitamiento del ejercicio del derecho a una vivienda adecuada.

2.2 La desigualdad estructural

Los elementos opresivos de algunas políticas de vivienda bajo las categorías de poder económico, origen étnico y género, son resultado de la desigualdad estructural prevaleciente en la gran mayoría de las sociedades contemporáneas. La vivienda es un espacio más donde esa exclusión y

desigualdad se manifiesta de diversas maneras.

Como consecuencia de la especulación inmobiliaria, las grandes inversiones en bienes inmuebles, entre otras circunstancias, el aumento de los precios de la vivienda ha generado mayores niveles de desigualdad. De esta manera, con mayor frecuencia las ciudades se adentran en procesos de gentrificación, que constituyen una elitización, mediante la cual la población de una colonia o barrio popular es progresivamente desplazada por otra de mayor poder adquisitivo.¹⁵

En algunos países, la inversión privada inmobiliaria inclusive ha tenido como efecto el mantenimiento de la exclusión racial en el acceso a la vivienda, de manera que las familias con mayor poder adquisitivo –predominantemente blancas– ocupan las zonas centrales de las ciudades, orillando a las personas más pobres a vivir en la periferia.¹⁶

En este mismo sentido, las acciones implementadas para aumentar la densificación y verticalización de las ciudades “están justificando la construcción de múltiples unidades departamentales de

13 Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, A/HRC/34/51, op. cit., nota 3, párrs. 69, 71 y 72.

14 Ibídem, párr. 77, c) y d).

15 Díaz, Alejandro (2018, abril), “Las formas de economía colaborativa como Airbnb y sus efectos en el derecho a una vivienda adecuada”, *Revista Hechos y Derechos*, IJUNAM, 44, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12335/13964>

16 Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, A/HRC/34/51, op. cit., nota 3, párr. 35.

alto impacto”,¹⁷ que pueden generar problemas de igual o mayor magnitud que las ciudades en abandono. A lo anterior, puede sumarse que, ante la necesidad de los grandes capitales globales de invertir, se construyen rascacielos que no solo impactan en los servicios, sino también tienen efectos sobre los precios del suelo.

Por otra parte, debe subrayarse que, de forma transversal, la exclusión y desigualdad en el derecho a una vivienda adecuada, las mujeres, la niñez, los jóvenes, las personas mayores, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, se ven afectados de forma desproporcionada. De todos estos grupos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante, Comité DESC) ha señalado que “las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar”.¹⁸

17 Zambrano, Luis (2018, febrero), “¿Cuánto estamos dispuestos a perder? El caso BeGrand y la UNAM”, *Revista Nexos*, disponible en <https://labrujula.nexos.com.mx/?p=1706>

18 Organización de las Naciones Unidas. Comité DESC. Observación general, 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 de artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados*, párr. 10.

En suma, los impactos financieros globales, la acumulación de la riqueza y su inequitativa distribución no son asépticos, es una estructura reticular muy complejizada, que tiene profundos efectos en las formas de acceso a la vivienda para las personas y grupos más desfavorecidas.

2.3 La indolencia a nivel internacional para garantizar el derecho a una vivienda adecuada

Cabe precisar que, desde el derecho internacional de los derechos humanos, se han desarrollado las obligaciones específicas y particulares aplicables al derecho a una vivienda adecuada. En 1990, 1998 y 2017 el Comité DESC emitió –respectivamente– las Observaciones Generales núm. 3 sobre “la índole de las Obligaciones de los Estados Partes”, núm. 9 sobre “la aplicación interna del Pacto”, y núm. 24 “Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”. Asimismo, de manera específica dicho Comité emitió la Observación General núm. 4 sobre “el derecho a una vivienda adecuada” (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto) y la Observación general núm. 7, relacionada con los “desalojos forzados”. Estos deberes estatales se abordan con mayor detalle más adelante.

Tomando en cuenta, la existencia de este amplio *corpus juris* de protección de la vivienda, la pregunta que parece razo-

nable plantearse es, ¿por qué entonces de manera general las condiciones del derecho a una vivienda adecuada tienen tan bajos déficits de protección? Inicialmente parece evidente que existe una amplia asimetría entre las normas de protección y la realidad o el estatus fáctico de la vivienda. Por ello, en conexión a los contextos de mercantilización de la vivienda, el problema de la protección efectiva de este derecho no estaría relacionado –al menos no únicamente– con el desarrollo del contenido del mismo, sino a los vacíos existentes en las acciones realizadas, tanto en la comunidad internacional, como a nivel interno de los países.¹⁹

Al respecto, recientemente la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este aspecto, de las Naciones Unidas (en lo sucesivo Relatora Especial) resaltó “la incapacidad de los Estados y de la comunidad internacional para gestionar la interacción entre los agentes financieros y los sistemas de vivienda de conformidad con el derecho a una vivienda adecuada”;²⁰ al tiempo que consideró que “[l]os altos funcionarios de las Naciones Unidas raras veces señalan la falta de hogar y la vivienda inadecua-

da generalizadas como crisis de derechos humanos que exige atención prioritaria”.²¹

Asimismo, la Relatora Especial en una posición muy crítica enfatizó que “[...] los tribunales nacionales y los órganos de derechos humanos raras veces colaboran con los gobiernos respecto a sus obligaciones de adoptar estrategias eficaces para abordar y eliminar la falta de hogar y las condiciones de vivienda intolerables como obligaciones de derechos humanos exigibles [...]”.

Este acentuado déficit en la protección de la vivienda adecuada, que podríamos denominar como un problema “político” al interior de los órganos internacionales, no parece ser compartido cuando esos mismos órganos dan protección efectiva a otro tipo de derechos. En ese aspecto, las constantes vulneraciones al derecho a una vivienda adecuada se enfrentan a la dificultad que justamente son esas vulneraciones, el ámbito menos discutido o la cara menos visible de la desigualdad.

III. La vivienda en los instrumentos y estándares internacionales

En una posición contrastante con la realidad -como se observó anteriormente-, el

19 Díaz, Alejandro (2018, febrero), “Los vacíos en la protección del derecho a una vivienda adecuada”, *Revista Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7736>

20 Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, A/HRC/34/51, op. cit., nota 3, párr. 12.

21 ONU. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este aspecto, Leilani Farha, *sobre el derecho a la vida más el derecho a una vivienda adecuada: la indivisibilidad e interdependencia entre estos derechos*, A/71/310, 8 de agosto de 2016, párr. 9.

corpus iuris de protección del derecho a la vivienda se erige desde la esfera internacional como un conjunto de instrumentos y estándares internacionales sobre los que vale la pena dar un recorrido con el fin de clarificar las obligaciones –estatales, del sector privado y de los propios organismos y tribunales nacionales e internacionales– que subyacen en el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda adecuada, y que dan una respuesta adelantada a las problemáticas que obstaculizan el acceso a una vivienda adecuada en nuestros días.

El derecho a la vivienda ha sido considerado como parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en ese sentido, su desarrollo a nivel global ha dependido de ciertas conquistas que han dado paso al joven avance en la justiciabilidad de un cúmulo de derechos que hasta hace poco distaban mucho de ser igualados a los derechos civiles y políticos.

En el ámbito internacional, el derecho a la vivienda se encuentra reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este último establece el reconocimiento del derecho de toda persona a una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

Por lo que corresponde a la región interamericana, este derecho se encuentra referido indirectamente en el artículo XI de la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, mismo que considera a la vivienda como una de las medidas sanitarias y sociales, a través de las cuales toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada.

Así también, de manera reciente en un pronunciamiento beneficioso y encomiable por parte del Juez Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, se ha sostenido que –a pesar de la nula mención de este derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en su Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales– el derecho a la vivienda debe interpretarse a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” y de lo dispuesto en el artículo 34.k de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.²²

En cuanto al desarrollo del contenido del derecho a la vivienda, la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido quizá la más sobresaliente a nivel internacional. Así, a través de sus Observaciones Generales número 4 y 7, el Comité ha desarrollado algunos requisitos mínimos que deben considerarse cuando se habla del derecho a la vivienda adecuada y al desalojo forzado.

22 Véase, voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C Núm. 325.

Publicada en 1992, la Observación General núm. 4 del Comité DESC tuvo por objeto establecer algunos aspectos de este derecho, tales como su interpretación, su interrelación con otros derechos y los mínimos con que debe contar una “vivienda adecuada” y no solo “vivienda a secas”.²³ Lo sostenido en ese documento continúa siendo materia de exhortos a los Estados hasta el día de hoy.²⁴

3.1 Las siete características fundamentales de la vivienda adecuada

En su afán por diferenciar una “vivienda adecuada” de otros tipos de asentamientos o vivienda, el Comité ha fijado desde entonces siete características que, pese a los “factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole” que pueden llegar a influir en la adecuación de la vivienda, deben prevalecer en todo momento como características esenciales de la vivienda adecuada.²⁵

La seguridad jurídica de la tenencia, es en palabras del Comité, una de las características indispensables para una vivienda adecuada. En cuanto a dicho punto, se ha resaltado la importancia de que las personas cuenten con cierto grado de seguridad

de tenencia que las proteja del desahucio, el hostigamiento u otras amenazas, destacando la obligación estatal de adoptar “medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares” que carezcan de ella.

El Comité también ha valorado la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, entre los que menciona el agua potable, la energía para la cocina, la calefacción, entre otras.

En cuanto a los gastos que implica la vivienda, se ha sostenido que estos no deben comprometer la satisfacción de otras necesidades básicas, por lo que ha referido la necesidad de que los Estados garanticen que los gastos que derivan del mantenimiento de la vivienda se correspondan con los niveles de ingreso. Además, ha señalado la importancia de los subsidios de vivienda para aquellas personas que no pueden costear una, y medidas de protección contra los aumentos desproporcionados de los alquileres.

Respecto a la habitabilidad de la vivienda, se ha sostenido que esta debe poder ofrecer un espacio adecuado a sus habitantes, así como debe brindar protección del frío, calor, lluvia, entre otras condiciones. En este punto se ha considerado la importancia de esta característica para la protección de la salud.

²³ ONU. Comité DESC. Observación general núm. 4, *El derecho a una vivienda adecuada* (Art. 11, párr. 1), párr. 7.

²⁴ Véase, por ejemplo: ONU. Consejo de Derechos Humanos, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2018, A/HRC/RES/37/4, 9 de abril de 2018.

²⁵ ONU. Comité DESC, Observación general núm. 4, op. cit., nota 21, párr. 8.

La asequibilidad ha sido valorada como un factor indispensable sobre todo para los grupos desfavorecidos, señalándose la necesidad de políticas en materia de vivienda que consideren las necesidades de estos grupos, con miras a “apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad”.

El Comité ha enfatizado la necesidad de que la vivienda adecuada tenga una ubicación adecuada, es decir, permia el acceso de sus habitantes a “opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales”, añadiendo la necesidad de que las viviendas no deben construirse en lugares cuya contaminación afecte la salud de las personas.

Como séptima característica, la adecuación cultural debe abarcar aspectos de la construcción de la vivienda que permitan la “expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda”, sin que el desarrollo sacrifique las dimensiones culturales de la vivienda.

3.2 Obligaciones estatales

La Oficina del Alto Comisionado, atendiendo a lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha demarcado algunas de las obligaciones que corresponden a los Estados en el tema de vivienda. Esto lo ha hecho partiendo de la base de que los Estados tienen un deber general máximo de hacer efectivos los derechos reconoci-

dos en los instrumentos sobre los cuales fijan un compromiso –a través de la ratificación–.²⁶

Para ello, ha diferenciado dos principales tipos obligaciones que deben ser realizadas por el aparato estatal, entre ellas: las generales, de efecto inmediato y de realización progresiva; y las de respeto, protección y realización.²⁷ Además, ha ido más allá al identificar las obligaciones cuyo cumplimiento es propio de los actores no estatales, entre los que se encuentra el sector privado y las organizaciones.²⁸

Dentro de las obligaciones generales se han distinguido las obligaciones de efecto inmediato de aquellas de realización progresiva. En cuanto a las primeras, se ha señalado la obligación estatal inmediata de garantizar el derecho a una vivienda sobre la base de la no discriminación, atendiendo a lo establecido en el artículo 2 del PIDESC.²⁹ Su cumplimiento, desde el punto de vista de Naciones Unidas, no está sujeto a una realización progresiva.

Por otro lado, se ha enfatizado la existencia de una obligación inmediata de adoptar medidas “concretas, deliberadas y específicas” para la garantía del derecho a la vivienda. En cuanto a dichas medidas, el

26 Atendiendo a lo que dicta el principio *pacta sunt servanda*.

27 Véase: ONU. Oficina del Alto Comisionado, *El derecho a una vivienda adecuada*, Derechos Humanos, Folleto Informativo núm. 21, Rev. 1, 2010. Disponible: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf

28 Ídem.

29 *Ibidem*, p. 32.

Comité DESC ha considerado algunas medidas que deben adoptarse inmediatamente por los Estados para mejorar la situación de la vivienda, entre las que menciona: otorgar la seguridad jurídica de la tenencia a quienes carecen de esa protección, solicitar cooperación internacional, la creación de legislación y políticas favorecedoras de grupos desaventajados, el establecimiento de una estrategia nacional de vivienda al interior de los Estados, y la vigilancia eficaz del tema de vivienda.³⁰

Sobre el particular, la Oficina del Comité ha enfatizado el hecho de que las medidas que deben ser adoptadas por los Estados deben ajustarse a la realidad y posibilidades de los mismos, razón por la cual –señala– los tratados internacionales no ofrecen prescripciones rígidas.³¹ En adición, en los casos donde los Estados adoptan medidas regresivas, es decir, medidas que revierten o disminuyen la protección del derecho a la vivienda, tienen la obligación de demostrar que se hizo un uso pleno de todos los recursos disponibles y hubo una valoración del impacto de dicha medida en todos los derechos humanos, determinando que dicha disminución en la protección del derecho fue de última instancia.³²

Por lo que corresponde a la obligación general de realización progresiva, y en la

consciencia de la magnitud de esfuerzos y sobre todo recursos económicos que demanda a los Estados lograr el pleno ejercicio del derecho a una vivienda adecuada, el PIDESC en su artículo 2, párrafo 1, establece que los Estados tienen el compromiso de “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga” para el logro progresivo la efectividad –en este caso– del derecho a la vivienda. El cumplimiento de la obligación mencionada debe ser supervisado con el fin corroborar que los Estados hagan un uso máximo de recursos disponibles.

En cuanto al segundo tipo de obligaciones, se encuentran aquellas de respeto, protección y realización. La obligación de respeto, tal y como ocurre con otros derechos humanos, entraña el deber de abstención estatal de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho a una vivienda adecuada.³³

Asimismo, la obligación de proteger consiste en el deber de los Estados de velar por el respeto por parte del sector privado de las normas relativas al derecho a una vivienda adecuada, y en ese sentido, impedir la injerencia de los actores privados (los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios, los propietarios de

30 ONU. Comité DESC, Observación general núm. 4, op. cit., nota 21, párr. 10 al 13.

31 ONU. Oficina del Alto Comisionado, *El derecho a una vivienda adecuada*, op. cit., nota 25, p. 33.

32 *Ibidem*, p. 33.

33 *Ibidem*, p. 35.

tierras y las empresas) en el ejercicio de este derecho.³⁴

Finalmente, la obligación de realización exige que los Estados adopten las medidas “legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a una vivienda adecuada”.³⁵ Ha especificado, por ejemplo, los compromisos de adoptar una política o un plan de vivienda nacional que defina los objetivos de desarrollo del sector de la vivienda, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; que determine los recursos disponibles para lograr esos objetivos, describa el modo más económico de utilizarlos, exponga las responsabilidades y plazos para la aplicación de las medidas necesarias, dé seguimiento a los resultados, y asegure recursos adecuados para los casos de violaciones.³⁶

3.3 La desigualdad y los grupos en situación de vulnerabilidad

La desigualdad en el acceso a la vivienda, sobre todo aquella que aqueja a los grupos vulnerables, continúa siendo uno de los grandes retos donde las obligaciones estatales para su confrontación siguen siendo materia de pronunciamientos internacionales.

En ese tenor, una de las obligaciones principales para los Estados en el respeto y garantía del derecho a la vivienda es el

deber de garantizar el derecho a la vivienda sin discriminación. Acorde con el principio de no discriminación en el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, en su Observación General núm. 20, el Comité ha señalado que los derechos contenidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la vivienda, deben ser garantizados bajo este principio.

En esa lógica, el Comité ha señalado que la discriminación formal y sustantiva debe erradicarse en aras de garantizar el derecho a la vivienda, señalando a la primera como aquella que puede generarse por lo establecido en la Constitución, leyes o políticas que entrañan tratos discriminatorios, y por lo que corresponde a la discriminación sustantiva, ha manifestado que los Estados partes deben prestar atención al trato desigual del que son objeto los grupos o individuos que “sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes”.³⁷ Al respecto, ha destacado la necesidad de implementar medidas especiales de carácter temporal que ayuden a alcanzar a esos grupos una igualdad *de facto*.³⁸

Entre otras cuestiones, el Comité ha destacado la discriminación en el sector privado de la vivienda, por parte de “los propietarios de viviendas privadas, los proveedores de crédito o los proveedores

34 Ídem.

35 *Ibidem*, p. 36.

36 Ídem.

37 ONU. Comité DESC. Observación General núm. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto)*, párr. 8.

38 *Ibidem*, párr. 9.

de viviendas públicas” quienes pueden obstaculizar el acceso a una vivienda o hipoteca por motivo de alguna categoría prohibida de discriminación, instando a los Estados a tomar medidas en contra de prácticas discriminatorias en este sector.

Recientemente, en la resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre “La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y el derecho de no discriminación a este respecto”, se ha instado a los Estados para adoptar “estrategias intersectoriales inclusivas que respeten, protejan y hagan efectivos los derechos humanos de todos, [...] haciendo especial hincapié en las necesidades de las personas que están marginadas y son más vulnerables”.³⁹

Asimismo, se resalta la necesidad de que “en las estrategias de vivienda se identifique a los grupos que padecen desventajas en el ámbito de la vivienda y se aborden los obstáculos concretos a los que se enfrentan”.⁴⁰

Ante dichos pronunciamientos, las problemáticas a las que se enfrentan los grupos vulnerables dan cuenta de las exigen-

cias particulares de dichos grupos para impulsar su acceso a la vivienda adecuada.

3.3.1. Mujeres

Dentro de las principales dificultades a las que las mujeres y niñas se enfrentan en el goce de una vivienda adecuada, se encuentra la discriminación de género, así como aquellas temáticas relacionadas con el acceso a la propiedad, los desalojos forzados y la violencia de género.⁴¹

En cuanto a la propiedad, el Banco Mundial ha manifestado su preocupación en cuanto a los grandes desafíos que sigue representando el acceso de las mujeres a la propiedad.⁴² El Comité DESC en su Observación General núm. 16 ha sostenido que la lectura en conjunto del artículo 3 con el párrafo primero del artículo 11 del Pacto establece el derecho de la mujer a la propiedad, usufructo u otra forma de intervención sobre la vivienda.⁴³

Por su parte, el Ex Relator Especial sobre Vivienda de Naciones Unidas ha manifestado con anterioridad su preocupación por “la prevalencia de determinadas normas y tradiciones culturales que privan a la mujer de su derecho a la tierra, a la herencia y a la propiedad, lo que, a su vez,

39 Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2018, A/HRC/RES/37/4, op. cit., nota 22, párr. 2, a).

40 ONU, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Leilani Farha, A/HRC/37/53, 15 de enero de 2018, párr. 36.

41 Véase, Oficina del Alto Comisionado, *El derecho a una vivienda adecuada*, op. cit., nota 25, p. 17 y ss.

42 Banco Mundial (2012), *Igualdad de Género y Desarrollo*, Informe sobre el desarrollo mundial 2012, p. 13.

43 ONU, Comité DESC, Observación general núm. 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 28.

les impide hacer efectivo su derecho a una vivienda adecuada”.⁴⁴ En ese sentido, la existencia de legislación o costumbres que niegan a las mujeres a acceder a la herencia, a las hipotecas y a otras formas de obtener la propiedad de bienes, sumado a la tenencia que preponderantemente tienen los hombres de las propiedades o bienes, contribuyen al hecho de que las mujeres no tienen la suficiente autonomía para obtener la tenencia jurídica de las viviendas.

Los desalojos forzados también constituyen una de las prácticas que más influyen en la violación de las mujeres al derecho a una vivienda adecuada. Con motivo del desalojo forzado, las mujeres se ven afectadas de manera desproporcionada al ser fácilmente víctimas de violencia, además de tener frecuentemente la carga familiar que implica el sostenimiento del hogar y la vivienda.⁴⁵

La violencia contra las mujeres, como una manifestación de la discriminación de género, también interviene en la forma en la cual las mujeres ejercen su derecho a la vivienda; por ejemplo, el Ex Relator Especial sobre vivienda ha considerado que la pobreza persistente que obliga a mujeres a vivir en lugares inadecuados e

inseguros “es en sí misma una forma de violencia”.⁴⁶ Así como el hecho de que la violencia doméstica es un motivo por el cual las mujeres pueden llegar a carecer de una vivienda, o por el contrario, el temor a quedarse sin vivienda puede obligarlas a mantenerse bajo situaciones de violencia doméstica.⁴⁷

3.3.2. *Personas mayores*

El Comité DESC en su Observación General núm. 6 ha recordado lo establecido en el principio 1 de Naciones Unidas a favor de las personas de edad que establece que “[l]as personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia”.⁴⁸

Asimismo, el Comité ha subrayado la necesidad de que las políticas nacionales contribuyan a que “las personas de edad permanezcan en sus propios hogares, mientras sea posible, mediante la restauración, el desarrollo y la mejora de sus viviendas y su adaptación a las posibilidades de acceso y de utilización por parte

44 ONU. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, *La mujer y la vivienda adecuada*, E/CN.4/2006/118, 27 de febrero de 2006, párr. 37.

45 Oficina del Alto Comisionado, *El derecho a una vivienda adecuada*, op. cit., nota 25, p. 19.

46 Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, E/CN.4/2006/118, op. cit., nota 42, párr. 32.

47 Oficina del Alto Comisionado, *El derecho a una vivienda adecuada*, op. cit., nota 25, p. 19.

48 ONU. *Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad*, Resolución 46/91, 16 de diciembre de 1991. En: ONU. Comité DESC, Observación general núm. 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, párr. 32.

de las personas de edad”, de acuerdo a lo establecido en la Recomendación núm. 19 del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación general núm. 27, ha señalado el deber de los Estados de “asegurar a las mujeres mayores el acceso a una vivienda adecuada acorde a sus necesidades y eliminar las barreras arquitectónicas y de movilidad que obstaculizan su vida”, permitiéndoles también la prestación de “servicios sociales que les permitan mantenerse en su hogar y vivir de manera independiente el mayor tiempo posible”.⁴⁹

3.3.3 *Personas con discapacidad*

Según lo establecido en el artículo 28 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la vivienda adecuada juega un papel fundamental en la garantía de un nivel de vida adecuado y protección social de las personas con discapacidad. No obstante, de acuerdo a lo sostenido por Naciones Unidas, en el tema de vivienda las personas con discapacidad se enfrentan a diversos factores tales como la inaccesibilidad, falta de seguridad en la tenencia y a la estigmatización.⁵⁰

49 ONU. Comité CEDAW, Recomendación general núm. 27, *Sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos*, CEDAW/C/GC/27, párr. 48.

50 Oficina del Alto Comisionado, *El derecho a una vivienda adecuada*, op. cit., nota 25, p. 24 y ss.

Así, las personas con discapacidad frecuentemente se encuentran frente a viviendas que carecen de la accesibilidad necesaria, y muy pocas veces sus necesidades son tomadas en cuenta en la creación de viviendas.⁵¹ Sumado a ello, la común falta de reconocimiento a su capacidad jurídica les dificulta asegurar la tenencia de la vivienda.⁵² Como factor común con otros grupos vulnerables, la discriminación y estigmatización de este grupo de personas es un punto importante por el cual se les dificulta acceder a la vivienda.⁵³

IV. La débil protección del derecho a una vivienda adecuada en México

Una vez teniendo en cuenta los contextos globales en lo que la vivienda está inmersa, así como los estándares internacionales en la materia, a continuación, se analiza la forma en que las desigualdades, las prácticas administrativas, los vacíos normativos, entre otros fenómenos, erosionan de diversas maneras y grados el derecho a una vivienda adecuada, especialmente en México.

A nivel federal, la Comisión Nacional de Vivienda es la institución que dirige la operación de la política nacional de vivienda, con independencia de que a nivel estatal o municipal existan instituciones

51 *Ibidem*, p. 25 y ss.

52 *Ídem*.

53 *Ídem*.

de vivienda en las distintas entidades de la república.

El sistema existente, se encuentra fragmentado y generalmente está enfocado en el acceso a la vivienda como única forma de tenencia. En ese aspecto, tanto para las y los trabajadores de empresas privadas, el otorgamiento de créditos se realiza a través del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), y para los trabajadores del Estado, el acceso es mediante el Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Fovissste). Por otra parte, para aquellas personas que no cuentan con un empleo formal o del sector estructurado, el Estado mexicano no ha articulado un sistema efectivo para garantizar el acceso efectivo a este derecho social.

Esta política de financiación de la vivienda del Estado mexicano que suele centrarse únicamente en el acceso a la vivienda y no aborda en forma efectiva y completa los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada, conlleva además, como bien ha señalado Raquel Rolnik ex Relatora Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada la “discriminación] a las familias de menores ingresos y, en el mejor de los casos, aumentan la asequibilidad de la vivienda para los grupos de ingresos elevados o medios”,⁵⁴

⁵⁴ ONU. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el de-

En cambio, algunos países que han adoptado una política de vivienda más equilibrada al alentar distintas formas de tenencia, han podido combatir con mayor efectividad los efectos de las crisis inmobiliarias. En Austria, el 40 % de la población alquila la vivienda y el 56 % posee vivienda propia, en tanto que el 54 % de la población en Alemania y el 56.1 % en Suiza alquilan la vivienda.⁵⁵

Por su parte, en Estados Unidos existen programas específicos en los que el Gobierno destina fondos federales para el acceso a una vivienda de renta asequible;⁵⁶ en Uruguay se han construido desde la sociedad civil cooperativas de viviendas;⁵⁷ mientras que en Brasil, se adoptó el programa gubernamental *Minha Casa* con un objetivo dirigido a la población de baja renta y otro de rentas medias.⁵⁸

Lo anterior, rompe la idea clásica del acceso a la propiedad de vivienda como la única forma tenencia, o inclusive como la forma más deseable de llevar una política de Estado, por tanto, resulta indispensable

recho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik, *Sobre seguridad de la tenencia*, A/HRC/25/54, 30 de diciembre de 2013, párr. 20

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 21.

⁵⁶ Puede verse en <https://gobierno.usa.gov/vivienda-accesible>

⁵⁷ Negro, Virginia, y Caballero, Pablo (2018, abril), “Cooperativas de Vivienda, una solución de Uruguay a México para impulsar el derecho a la vivienda”, *Revista Nexos*, <https://labrujula.nexos.com.mx/?p=1797>

⁵⁸ Ziccardi, Alicia, y González, Arsenio, (2015), *Habitabilidad y Política de Vivienda en México*, México, UNAM, p. 42.

la diversificación e impulso de otras formas de tenencia de vivienda.

Asimismo, este tipo de políticas producen una serie de desigualdades que tienen consecuencias graves en elementos mínimos del derecho a una vivienda adecuada, como la habitabilidad o la seguridad de tenencia. En ese sentido, las instituciones que brindan el acceso a créditos baratos, no han implementado mecanismos robustos de supervisión y fiscalización en los casos en que las inmobiliarias, desarrolladoras o constructoras no garantizan los principios de calidad y habitabilidad de las viviendas, no obstante, que de acuerdo a las normas del derecho internacional, los Estados tienen tres tipos de obligaciones principales en relación con las empresas privadas: i) obligaciones de respetar, ii) obligaciones de proteger; y iii) obligaciones de dar efectividad; mismas que deben observarse para hacer frente a violaciones al derecho a la vivienda realizadas por terceros, entes privados o actores no estatales.⁵⁹

59 El Comité DESC de la ONU, ha enfatizado que los Estados partes pueden ser directamente responsables de la acción o inacción de las entidades empresariales: a) si la empresa de que se trate actúa, de hecho, siguiendo las instrucciones de ese Estado parte o bajo su control o dirección al realizar el comportamiento en cuestión, como puede suceder en el contexto de los contratos celebrados por las autoridades públicas; b) cuando una entidad empresarial esté facultada por el derecho del Estado parte para ejercer atribuciones del poder público o en circunstancias tales que requieran ese ejercicio de atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales; o c) en el caso y en la medida en que el Estado parte reconozca y adopte ese comportamiento como propio. Cfr. Observación General 24, "Sobre las obligaciones de los Estados en

De acuerdo con una investigación realizada por *Los Angeles Times*, alrededor de 1 millón de viviendas en México, tienen en promedio un área habitable de solo 30.18 metros cuadrados, y en muchos casos presentan fallas en los servicios de agua, electricidad o están mal construidas. Asimismo, un alto porcentaje de las de viviendas de interés social, fueron construidas por las empresas Homex, Casas Geo, y Urbi, las cuales se declararon en bancarrota en el año 2014, en medio de denuncias de corrupción, fraude, y la falta de supervisión del Estado.⁶⁰

El Estado mexicano ha "cedido" de facto la obligación de garantizar la habitabilidad de la vivienda a entidades privadas, al tiempo que no ha desplegado su obligación de proteger frente a terceros, en un abierto y sistemático incumplimiento de las normas de derechos humanos.

Otro aspecto relevante, tiene que ver con la ausencia de salvaguardias específicas para garantizar la seguridad de la tenencia de la vivienda en México. Son frecuentes los casos en los que el Infonavit o el Fovissste han vendido parte de su cartera vencida (créditos en impago o mora) a empresas privadas,⁶¹ quienes a su vez tienen

virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales", 2017, párr. 11.

60 Cfr. *Los Angeles Times*. "La debacle de la vivienda en México". Disponible en: <http://www.latimes.com/projects/la-me-mexico-housing-es/>

61 Cfr. *La Jornada*. "Venden a extranjeros cartera vencida a 5 y 10 % de su valor". Disponible en <http://www>.

como finalidad la recuperación judicial de los inmuebles, sin ofrecer las garantías que deben seguirse para la debida seguridad de la vivienda o prevención frente a posibles desalojos forzosos o desahucios, particularmente en aquellos que dan lugar a falta de hogar o situación de calle. Sobre este último aspecto, el Comité DESC ha reiterado que “los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”.⁶²

Por ello, además de las omisiones que las instituciones de vivienda en México tienen a este respecto, si se toma en cuenta la rigidez con que la legislación civil y los procedimientos judiciales hipotecarios o de rescisión de contrato de otorgamiento de crédito están articulados en México, la situación de vulnerabilidad de las personas que cuenta con un crédito de vivienda, se exagera.

Este aspecto, merece una reflexión especial, ya que los mecanismos de acceso a la justicia en caso de ejecuciones hipotecarias son sumamente débiles. Las reglas procesales en materia civil aún se guían por principios de estricto derecho y por las reglas generales de los contratos, aunado a que comúnmente los jueces en materia civil, no utilizan en sus decisiones

jornada.unam.mx/2009/01/07/index.php?section=politica&article=003n1pol

62 ONU. Comité DESC. Observación general, núm. 7, “El derecho a una vivienda adecuada” (párrafo 1 de artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, párr. 1.

los estándares en materia del derecho a una vivienda adecuada, a pesar de que se encuentran obligados –entre otras cuestiones– a ejercer control de convencionalidad *ex officio*,⁶³ por ejemplo, para revisar si las legislaciones civiles en materia hipotecaria son compatibles o se ajustan a las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

En contraste, en algunos países, las ejecuciones hipotecarias por impago no están permitidas. Por ejemplo, en Irlanda fue abolida la ejecución hipotecaria tras la crisis financiera de 2008, en Brasil, las ejecuciones hipotecarias están prohibidas por ley cuando las viviendas son utilizadas por sus propietarios para vivir en ellas, y en China, “hay disposiciones para aplicar muchas otras opciones para cobrar las deudas pendientes, y las ejecuciones hipotecarias solo se permiten cuando se han agotado todas las demás opciones”.⁶⁴ Desafortunadamente, ninguna de estas prácticas positivas existe en México.

La debilidad del Estado mexicano también se constata en la tolerancia y en algunos casos auspicio de prácticas sin ética de despachos de cobranza jurídica frente a

63 Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que: “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad [...] incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”. Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia*, párr. 142, y *Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname*, párr. 124.

64 Informe Relatora Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, A/HRC/34/51, op. cit., nota 3, párr. 59.

personas que por razones económicas no pueden hacer frente a los pagos del crédito de vivienda. Lo mismo sucede con la ausencia de controles administrativos y judiciales en el caso de las cláusulas abusivas en contratos de crédito, ya sea en otorgamientos realizados por las propias instituciones de vivienda del Estado, como las contratadas con entidades bancarias privadas, y en la aún prevaleciente política (a pesar de las reformas sobre desindexación del salario mínimo) de financiar el acceso a la vivienda con créditos expresados en unidades de veces salarios mínimo (vsm) o en unidades de inversión (UDIS), los cuales dada sus características, suelen volverse impagables en plazos de largo aliento (20 o 30 años).⁶⁵

El conjunto de estas situaciones, en conexión con otras como la violencia, por ejemplo, dan lugar al aumento de viviendas deshabitadas o no ocupadas, problemática que produce una segregación residencial, de la cual el Estado ha actuado como un promotor de la misma. La tasa de no ocupación de vivienda en México es de un aproximado de 14.2 % (cinco millones de viviendas), que representa un nivel mayor al que se promedia a nivel internacional (10 %).⁶⁶

65 Cfr. Revista Proceso. *La doble cara del Infonavit*. Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/360372/la-doble-cara-del-infonavit>

66 Makkonen, Paavo (2011), "Housing Finance Reform and Increasing Socioeconomic Segregation in Mexico", *International Journal of Urban and Regional Research*, 36(44), pp. 757-772.

Asimismo, condiciones como la falta de hogar o personas en situación de calle, constituyen una grave violación de los derechos humanos que pone en serio peligro la salud, la integridad y la vida de las personas que se encuentran en mayor desventaja o marginación, y deviene como una "inaceptable consecuencia del fracaso por parte de los Estados en la implementación del derecho a una vivienda adecuada".⁶⁷ Aunque recientemente fue elaborado en la Ciudad de México un Censo de poblaciones callejeras, este ejercicio no ha sido replicado a nivel nacional, por lo que, esa ausencia de información, aunada a la falta de perspectiva de derechos humanos obstaculizan la articulación de estrategias y medidas efectivas dirigidas a personas sin hogar.

V. Conclusiones y propuestas

Las más graves afectaciones al derecho a una vivienda adecuada vienen precedidas de un cúmulo de causas estructurales, desde acuerdos financieros globales, dinámicas del mercado inmobiliario, indolencia de la comunidad internacional, hasta las políticas, programas, estrategias y legislaciones nacionales que han fracasado o han sido insuficientes.

67 ONU. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Leilani Farah, *Sobre personas sin hogar: La falta de vivienda como una crisis mundial de derechos humanos que exige una respuesta global urgente*, A/HRC/31/54, párr. 28.

Dicha situación es preocupantemente contrastante con la protección al derecho a la vivienda que evidentemente brindan los instrumentos y los estándares internacionales, por lo que la distancia entre la realidad y lo establecido en el *corpus iuris* del derecho a la vivienda exige que los Estados pongan en práctica la aplicación de dichos instrumentos y estándares, así como también que los organismos y tribunales internacionales presten atención a las cuestiones sobre temas de vivienda.

Habida cuenta de lo anterior, las condiciones del derecho a la vivienda de manera global y especialmente en México, tienen un acentuado déficit de protección, que obliga a todas las autoridades a replantearse las acciones que deben instaurarse para elevar de manera significativa los niveles de protección y garantía del derecho a una vivienda adecuada.

Como parte de estas posibles soluciones, a continuación, se presentan algunas propuestas orientadas a la adopción de medidas específicas para enfocar con perspectiva de derechos humanos a la vivienda y los fenómenos que a esta acompañan.

- Es necesario promover un mayor interés por parte de los Estados, el sector privado y los organismos internacionales por los temas de vivienda con el objetivo que la protección de este derecho sea efectiva.
- El Estado debe construir fuertes regulaciones fiscales a la especulación inmo-

biliaria, y despliegue controles efectivos frente a empresas desarrolladoras de fraccionamientos o inmuebles.

- Es importante asegurar que todas las inversiones en vivienda tengan en cuenta su función social y cumplan las obligaciones de derechos humanos.
- Se elaboren directrices sobre las empresas y los derechos humanos dirigidas a los agentes financieros que operan en el sistema de vivienda.
- Es necesaria una reestructuración administrativa de las instituciones de vivienda del Estado mexicano, para que su operación no se enfoque únicamente en la financiación o acceso a créditos de vivienda, sino instaure salvaguardias o mecanismos para asegurar la habitabilidad, asequibilidad, los gastos soportales y la seguridad en la tenencia de la vivienda.
- Evitar a toda costa que un desalojo forzoso dé lugar a una situación de falta de hogar, y que con independencia de la causa que lo origine se asegure un alojamiento alternativo para esa persona o grupo de personas.
- Es fundamental realizar una profunda revisión de la legislación en materia hipotecaria en las entidades federativas de la república, para que esta se adecue a las normas de derechos humanos en materia de vivienda.
- Adicionalmente, el personal judicial que tiene como labor cotidiana decidir sobre casos de problemáticas que

involucran la vivienda, tiene el deber de aplicar los estándares de derechos humanos en sus resoluciones.

- Se introduzcan regulaciones legales que desincentiven el alquiler de vivienda a corto plazo, y se priorice a aquellas que entren al mercado de alquiler regular.
- Adoptar medidas que permitan dirigir fondos para la financiación de alquiler social, cooperativo o de bajo coste.
- Desarrollar mediciones sobre la falta de hogar personas en situación de calle, que asegure contar los elementos estadísticos necesarios y precisos, que permitan adoptar políticas y estrategias orientadas a la erradicación de esta problemática.
- Derogar aquellas normas, políticas públicas o medidas que discriminen o criminalicen a las personas sin hogar o situación de calle.

VI. Referencias

Libros

Aalbers, Manuel (2016), *The financialization of housing: a political economy approach*, Londres, Routledge.

Abramovich, Victor, y Curtis Christian (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.

Banco Mundial (2012), *Igualdad de género y desarrollo*, Informe sobre el desarrollo mundial 2012.

Bourdieu, Pierre (2002), *Las estructuras sociales de la Economía*, Buenos Aires, Editorial Manantial.

Ziccardi, Alicia, y González, Arsenio (2015), *Habitabilidad y política de vivienda en México*, México, UNAM.

Publicaciones periódicas

Massó, Matilde, y Pérez-Yruela, Manuel (2017, enero-marzo), “La financiarización en España: ¿la emergencia de un nuevo modelo de acumulación?”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, 157.

Mollonen, Paavo (2011), “Housing Finance Reform and Increasing Socioeconomic Segregation in Mexico”, *International Journal of Urban and Regional Research*, 36(44).

Documentos electrónicos

Díaz, Alejandro (2018, febrero), “Los vacíos en la protección del derecho a una vivienda adecuada”, *Revista Nexos*, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7736>

Díaz, Alejandro (2018, abril), “Las formas de economía colaborativa como Airbnb y sus efectos en el derecho a una vivienda adecuada”, *Revista Hechos y Derechos*, IJUNAM, 44, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12335/13964>

Negro, Virginia, y Caballero Pablo (2018, abril), “Cooperativas de vivienda, una solución de Uruguay a México para impulsar el

derecho a la vivienda”, *Revista Nexos*, disponible en <https://labrujula.nexos.com.mx/?p=1797>

Zambrano, Luis (2018), “¿Cuánto estamos dispuestos a perder? El caso BeGrand y la UNAM”, *Revista Nexos*, febrero, <https://labrujula.nexos.com.mx/?p=1706>

Documentos de Naciones Unidas

Comité DESC

ONU. Comité DESC. Observación general, núm. 4, *El derecho a una vivienda adecuada (Art. 11, párr. 1)*.

ONU. Comité DESC. Observación general, núm. 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*.

Comité DESC, Observación general, núm. 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*.

ONU. Comité DESC. Observación General, núm. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto)*.

Comité CEDAW

ONU. Comité CEDAW. Recomendación general, núm. 27, *Sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos*, CEDAW/C/GC/27.

Consejo de Derechos Humanos

ONU. Consejo de Derechos Humanos, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2018, A/HRC/RES/37/4, 9 de abril de 2018.

Oficina del Alto Comisionado

ONU. Oficina del Alto Comisionado, *El derecho a una vivienda adecuada*, Derechos Humanos, Folleto Informativo, núm. 21, Rev. 1, 2010.

Informes de Relatora Especial

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Leilani Farha, A/HRC/37/53, 15 de enero de 2018.

ONU. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, *La mujer y la vivienda adecuada*, E/CN.4/2006/118, 27 de febrero de 2006.

Otros

ONU. *Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad*, Resolución 46/91, 16 de diciembre de 1991.

LA DISPUTA POR EL AGUA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA: BIEN COMÚN O MERCANCÍA.

UN VISTAZO A LOS DECRETOS PRIVATIZANTES¹
DISPUTE BY WATER IN MEXICAN LEGISLATION: COMMON GOODS OR
MERCHANDISE. A LOOK AT PRIVATIZING DECREES

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO²

SUMARIO: I. El agua como bien o cosa; II. El agua. Derecho humano; III. Decretos del 5 junio de 2018, un paso para privatizar el agua. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen

Se hace una descripción analítica del régimen jurídico del agua, partiendo de las normas constitucionales. Después, se discute el modo en que es regulada el agua en la legislación secundaria. Se evidencia que el agua es un bien, se identifica el tipo de bien del que se trata y se vincula con el reciente reconocimiento del derecho humano al agua. Es expuesto el debate entre si el agua es una cosa o un derecho. Los decretos del 5 de junio de 2018 son reseñados como una muestra de una política estatal que tiende a la privatización del agua.

Palabras clave: agua, agua-mercancía, agua-derecho, régimen jurídico del agua.

-
- ¹ Este trabajo toma como base el capítulo tercero de la tesis doctoral: “La ciudad de México, un espacio socio urbano no sustentable. Caso de estudio: Los problemas del agua en la Ciudad de México”, llevado a cabo en el Instituto Politécnico Nacional; y a su vez, tiene referencias directas al capítulo “Derecho humano al agua: pendientes del Estado mexicano” desarrollado en Carmona Lara, Carmen, *La Constitución y los derechos ambientales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. CONACYT, 2016. Al tratarse de una línea de investigación, hay variaciones, pero también continuidad en la investigación, siendo ocioso aludir en cada caso a las cuestiones que corresponden al estado del arte como referencia a los trabajos antes indicados.
 - ² Investigador en la Universidad del Valle de México, Campus Sur; Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la UNAM; Maestro y Doctor en Medio Ambiente y Desarrollo por el Instituto Politécnico Nacional; Investigador Nacional nivel 1. Correo electrónico: simental_franco@yahoo.com.mx ORCID: 0000- 0001-8720-9787.

Dispute by water in Mexican legislation: common goods or merchandise. A look at privatizing decrees

Abstract

An analytical description of the legal regime of water is made, starting from the constitutional norms. Then the way in which water is regulated in secondary legislation is discussed. It is made evident that water is a good, that type of good is identified and it is linked to the recent recognition of the human right to water. The debate on whether water is a thing or a right is exposed. The decrees of June 5, 2018 are outlined as a sample of a state policy that tends towards the privatization of water.

Key words: Water, water-merchandise, water-right, legal status of water

I. El agua como bien o cosa

El agua es “algo” que está en la naturaleza, ese “algo” es tangible e indispensable para la vida en los términos en que esta es conocida para nuestra especie. El agua se puede sentir, tocar, oler, ver. Por supuesto se requiere tomar, a su vez puede ser factor para la muerte, ya sea por defecto (falta de ella, morir de sed, o por no cumplir con las condiciones de potabilidad necesarias, y en su caso, morir intoxicado), o por exceso, cuando se muere ahogado.

La pregunta que asoma es, ¿a qué viene esto?, ya que es evidente lo antes escrito, pues la explicación es, porque sin duda, el agua es una cosa, es un bien, de eso no debe haber duda; es en torno a ese bien que se genera todo un amplio entramado jurídico, que algunos han dado en llamar Derecho de Aguas (Farías dixit) y que otros, entre los cuales nos encontramos, preferi-

mos denominar *régimen jurídico del agua*. Al ubicarse en México nuestro objeto de estudio, lo complementamos con la definición espacial: régimen jurídico del agua en México. Parece pertinente, por tanto, partir de la definición de cosa o bien.

En términos generales, bien es todo aquello que produce bienestar para el ser humano; de una u otra manera todo lo que existe en la naturaleza es un bien. El *Diccionario Jurídico Mexicano* define “bien” del modo siguiente:

“Jurídicamente se entiende por bien todo aquello que puede ser objeto de apropiación, entendiendo como tales, las cosas que nos encuentran fuera del comercio por naturaleza o por disposición de la ley”.³

Todo bien es valioso, aunque no todo lo valioso pueda ser valuado en dinero; desde la antigua Roma se determinó que existían bienes dentro y fuera del comercio. En el ámbito de lo jurídico, la jurisprudencia proporciona diversas clasificaciones de los bienes.

El agua como *cosa* puede ser, y de hecho es, considerada como una mercancía, dada la reinstauración del liberalismo como doctrina político-económica hegemónica en el mundo; no obstante ello, consideramos que las características de este bien,

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas (1996), *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz definida por Pérez Duarte, Alicia Elena, México, UNAM, p. 339.

que lo hacen único, hacen que su privatización, y en consecuencia su comercialización con fines lucrativos, contravenga valores y principios humanos universales.

Según el orden jurídico mexicano (artículos 747 a 749 del Código Civil Federal),⁴ los bienes que están fuera del comercio lo están por dos causas:

- a) Por su naturaleza
- b) Por determinación de la ley

El mejor ejemplo, hasta hace poco, para un bien que está fuera del comercio por su naturaleza, era el agua, objeto de regulación jurídica desde dos posturas:

- a) Como un objeto en específico
- b) Como medio o contenedor de otros bienes

La mayor parte del agua que existe en nuestro planeta es agua de mar. El agua de mar tiene su propio régimen jurídico, mas como continente de otros recursos y como medio de comunicación, su regulación jurídica generalmente ha recaído en el Derecho Internacional Público. El presente trabajo tiene por objeto la referencia a las aguas continentales del Estado mexicano.

⁴ Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio. Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular (*Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos*).

Cuando se dice del agua como un bien, la alusión es por lo general a las aguas continentales, las cuales están asimiladas al agua dulce, aunque existen varios cuerpos de agua continentales que contienen agua salada. Al considerarla como un bien, empieza a presentarse el problema para su clasificación, y la consecuencia son los efectos legales respectivos.

Al ser el agua un bien, se le debe clasificar, a fin de determinar el régimen jurídico aplicable. Por lo tanto, el agua puede ser, dependiendo de su ubicación o fines para los que se destine: un bien que está fuera o dentro del comercio. Si está fuera del comercio, a su vez debe inscribirse en el grupo que lo sea por su naturaleza o por disposición de la ley.

En el sistema jurídico mexicano, prácticamente son consideradas como sinónimos las concepciones *cosa* y *bien*.⁵ Sin embargo, desde perspectivas ius-filosóficas sí es posible encontrar una distinción entre ambos conceptos, y desde esa posición, la palabra *bien* indicaría un conjunto semántico más amplio –sería el género– mientras que la palabra *cosa* sería una especie del género *bien*.

Desde una perspectiva humanista, y reconociendo las características del agua (esencial para la vida, partícipe de todos los procesos productivos, determinante para la vida animal y vegetal, y signo de-

terminante para evaluar el estado de los ecosistemas) la privatización de este bien no debe considerarse como una opción viable para el desarrollo armónico de la sociedad.⁶ Por el contrario, todos los supuestos en los que ha operado la privatización del agua (entendida esta como la transmisión a la iniciativa privada de los servicios administrativos de gestión y distribución del agua, ya sea para fines domésticos, de servicios, industriales y agropecuarios) han terminado en fracaso. Debe quedar claro que, para el autor de este trabajo, el fomento de la comercialización del agua en baja escala (agua embotellada) en los hechos consiste en otro mecanismo de privatización del vital recurso.

En consecuencia, siguiendo a Barlow y Clarke,⁷ el agua debe ser vista como un bien común;⁸ si es privatizada se tiende a

5 Gutiérrez y González, Ernesto (1999), *El patrimonio*, México, Porrúa, p. 62.

6 Véase en el mismo sentido: Dávila, Sonia (2006), *El poder del agua. ¿Participación social o empresarial? México, experiencia piloto del neoliberalismo para América Latina*, México, Ítaca. Barlow, M. y Clarke, T. (2004), *El oro azul*, Barcelona, Paidós. Delgado-Ramos, G. (2005), *Agua y seguridad nacional*, México, Plaza y Janés. León, F. (editor) (2005), *Agua*, México, Desarrollo de Medios. En sentido contrario cfr.: Roemer, A. (1997), *Derecho y economía: políticas públicas del agua*, México, Miguel Ángel Porrúa.

7 Cfr. Barlow, Maude, y Clarke, Tony (2004), *Oro azul. Las multinacionales y el robo organizado de agua en el mundo*, Barcelona, Paidós Controversias.

8 “Bien común (en latín: *bonum commune*) se refiere en general al bien (estar) de todos los miembros de una comunidad y también al interés público, en contraposición al bien privado e interés particular; también puede definirse como el fin general o como los objetivos y valores en común, para cuya realización las personas se unen en una comunidad”. Cfr. Rainer-Olaf Schultze, *El bien común*, visible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3710/13.pdf>

la conformación de monopolios que, en lugar de contribuir efectivamente a resolver los problemas relacionados con el agua, los acentúan. Al inversionista lo que le interesa es obtener la mayor ganancia en el menor tiempo posible. Es lógico que le interesa continuar con los patrones de consumo (despilfarro) actuales y de ser posible incentivar esa demanda. Trujillo explica a detalle lo antes esbozado:

En derecho romano, la propiedad no era un derecho. En efecto, no sólo se limitaban los intereses privados, sino también los intereses públicos, los juristas partían del concepto material y social de cosa, como objeto del mundo exterior susceptible de apropiación y goce por el hombre. El derecho de propiedad sobre las cosas se identificaba como la cosa misma, *rei vindicatio*. Las que pertenecían a una persona formaban su *bona* o su *patrimonium*. Por ello, existía una distinción entre las cosas que podían ser objeto de apropiación individual *in nostro patrimonium* y los otros *extra nostrum patrimonium*. El resto de las cosas pertenecían a las sociedades humanas (mercados, teatros), a los dioses (cosas sagradas), y a la naturaleza (los animales salvajes).

Otra de las divisiones hechas en el derecho romano es entre la *res extra commercium* y *res in commercium*. Las cosas fuera del comercio son aquellas que por su naturaleza o su afectación están fuera de forma absoluta de

los actos de la vida jurídica, y en particular, no son susceptibles de ser alienadas. Las cosas comunes (*res communes*) están fuera del comercio.⁹

Lo propuesto por Trujillo es cierto, y además, “evidente”; los romanos, en su mejor legado para la humanidad –el derecho romano–, incluyeron una clasificación de los bienes que sigue siendo vigente muchos siglos después. Advirtieron que existían muchas cosas (bienes) que por sus características era imposible que fuesen incorporadas al patrimonio privado de la gente.

Las cosas fuera del comercio obedecían a diversas causas, pero una de estas razones por las cuales los bienes (o cosas) no podían ser susceptibles de apropiación privada, estaba en la naturaleza del bien en cuestión. Así, para los romanos era evidente que el aire, el mar, los ríos (el agua) eran bienes comunes de los cuales nadie podía adueñarse, que estos bienes eran para el uso y disfrute de toda la sociedad. Así, aun el más desposeído tenía derecho al agua.

El agua es un bien necesario para todos los procesos naturales y productivos comerciales, de tal manera que dejar en pocas personas la potestad para decidir qué hacer con este vital recurso es apostar al fracaso. Los tiempos han cambiado: hoy la

9 Trujillo Segura, Julio (2008), *Hacia una nueva naturaleza jurídica del agua*, en Rabasa, Emilio O., y Arriaga García, Carol B., *Agua: aspectos constitucionales*, México, UNAM, pp. 145-164.

población se asume corresponsable por el estado de las cosas, y esa corresponsabilidad va de la mano de tomar decisiones en búsqueda del bien colectivo. Trujillo indica:

El agua es un bien natural, que se caracteriza por su gran movilidad y por su presencia en todos los elementos de la naturaleza. ...

La imposibilidad de la apropiación se debe a sus características físicas y su papel indispensable en la vida y desarrollo de la vida humana. Sólo la calificación jurídica de cosa común toma en cuenta la naturaleza de la misma, aunque algunos juristas afirmen que esa naturaleza jurídica es consecuencia de la falta de protección del agua, y postulan que el régimen de las libertades ligado con el estatus de la cosa común constituye la legitimación de los abusos. Pero el problema no es su naturaleza jurídica, sino los intereses sectoriales –agroindustria, industria contaminante– contradictorios a la preservación de este recurso.

Empero, esta argumentación no es válida, porque como usuarios de un bien común no tenemos la total libertad de hacer lo que queramos sobre el recurso. El agua es una *res communis*, y no una *res nullius*. Al ser común, un recurso sólo puede ser sometido a un derecho de uso que no lo agote y que deje intacto el derecho de uso a los demás usuarios, además

de que tiene un valor económico y ambiental innegable.¹⁰

No obstante las consideraciones anteriores, debemos destacar la manera en que es abordada la regulación jurídica de la apropiación del agua por el Código Civil Federal (y en el mismo sentido, el correlativo de la Ciudad de México). Los códigos referidos permiten la apropiación del agua, lo cual implica una contradicción respecto a la teoría clásica romana, que previó la imposibilidad de ser objeto de comercio a ciertos bienes, como vendría a ser el agua.

El Código Civil vigente en materia federal en los Estados Unidos Mexicanos entró en vigor en 1932. Vemos que es consecuencia de las modificaciones a la legislación secundaria derivada de la promulgación de la Constitución Política de 1917. En ese orden de ideas, en el contenido del referido código encontramos la presencia de las conquistas sociales derivadas del movimiento revolucionario iniciado en 1910. Sin embargo, los juristas comisionados para la redacción del referido ordenamiento legal fueron formados conforme a las corrientes ideológico-políticas del siglo XIX (es decir del liberalismo), por lo tanto, encontramos un Código Civil *sui generis* que conjuga instituciones jurídicas deri-

10 Trujillo Segura, Julio, *Hacia una nueva naturaleza jurídica del agua*, op. cit., pp. 145-164.

vadas de un sistema ius-privatista con las generadas por un sistema ius-socialista.¹¹

Los artículos del Código Civil Federal que regulan el dominio privado de las aguas son del 933 al 937, la numeración del articulado en la misma materia del Código Civil para el Distrito Federal es exactamente la misma; por lo que hace a la ley federal que regula a las aguas nacionales (Ley de Aguas Nacionales), vemos que, bajo la figura de transmisión de los títulos de concesión, en el terreno fáctico, permite *la transmisión* y en ese sentido la comercialización de los derechos sobre el agua. Legalmente, en México es válido decir que el agua es objeto de comercio, sin embargo, bajo nuestra opinión, esto debe ser corregido, ya que por las características del agua (esencial para la vida y cualquier actividad productiva) éticamente es reprobable su comercialización, aunado a que es contradictorio con el pleno reconocimiento al derecho humano al agua.

I.1. Tipo de bien que es el agua en el orden jurídico mexicano

En el primer párrafo del artículo 27 de la CPEUM indica, entre otros aspectos, que la propiedad de las aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los par-

ticulares, constituyendo la propiedad privada.

I.1.1. El agua como bien, propiedad de la nación

La propiedad originaria de la nación sobre los recursos naturales (el agua incluida), preceptuada por el artículo 27 constitucional:

Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, me-

¹¹ Cfr. Exposición de motivos del Código Civil Federal para los Estados Unidos Mexicanos de 1932.

joramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; ...

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos

o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional...

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes...

Que sean propiedad originaria de la nación las aguas, conlleva un significado específico; en principio, nación no es sinónimo de Estado, ni mucho menos de gobierno; este es un concepto más de índole político-sociológico que alude al conjunto poblacional que tiene en común una identidad cultural (eventualmente étnica-racial) que genera al interior del gru-

po un sentido de unidad. Sin embargo, los intérpretes del contenido del concepto de nación lo han utilizado como sinónimo de Estado, y dado el sistema presidencialista de gobierno de nuestro país, en los hechos, el poder ejecutivo federal ha ejercido de manera prácticamente exclusiva esa propiedad originaria. En tal sentido, todos los mexicanos somos los verdaderos propietarios del agua, pero entendiéndolo como un conjunto, es decir, nadie en particular puede ostentarse como dueño del preciado recurso. Carmona explica que “del texto constitucional también se desprende la naturaleza jurídica del agua, que en el caso mexicano tiene un doble carácter: el primero, que se vincula con su caracterización como un ‘bien propiedad de la nación’, y el segundo, que implica una forma de gestión integral, es decir, que este recurso sea manejado de forma integral.”¹²

Dentón complementa lo anterior al indicar que “en el texto aprobado en 1917 (la Constitución) [...] La propiedad privada dejó de ser el derecho patrimonial por excelencia para convertirse en un modo de apropiación derivado, se confirió a la Nación la titularidad originaria, que llama preeminente sobre tierras y aguas del territorio”.¹³

12 Carmona Lara, Carmen (2008), *La Constitución y el agua: apuntes para la gobernabilidad el caso del agua en México*, en Rabasa, Emilio O., y Arriaga García, Carol B., *Agua: aspectos constitucionales*, México, UNAM, p. 106.

13 Denton Navarrete, Thalía (2006) *El agua en México. Análisis de su régimen jurídico*, México, UNAM, p. 50.

La Ley de Aguas Nacionales sistematiza las normas relativas al uso de las aguas que de origen pertenecen a la nación, pero que pueden ser concesionadas a los particulares. Al respecto, es importante destacar que, en el terreno de la realidad, hablar de concesión cuando se trata de las aguas nacionales, es una forma técnica para hablar de la transmisión al uso privado de los bienes originariamente nacionales. Por tanto, se trata de un modo especial para referirse (en el aspecto económico) de una privatización:

Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

[...] XIII. “Concesión”: Título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de “la Comisión” o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y de sus bienes públicos [...]

Artículo 16. La presente Ley establece las reglas y condiciones para el otorgamiento de las concesiones para explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, en cumplimiento a lo dispuesto en el Párrafo Sexto del Artículo 27 Constitucional.

Son aguas nacionales las que se enuncian en el Párrafo Quinto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El régimen de propiedad nacional de las aguas subsistirá aun cuando las aguas, mediante la construcción de obras, sean desviadas del cauce o vaso originales, se impida su afluencia a ellos o sean objeto de tratamiento.

Las aguas residuales provenientes del uso de las aguas nacionales, también tendrán el mismo carácter, cuando se descarguen en cuerpos receptores de propiedad nacional, aun cuando sean objeto de tratamiento.

Artículo 17. Es libre la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales superficiales por medios manuales para uso doméstico conforme a la fracción LVI del Artículo 3 de esta Ley, siempre que no se desvíen de su cauce ni se produzca una alteración en su calidad o una disminución significativa en su caudal, en los términos de la reglamentación aplicable.

No se requerirá concesión para la extracción de aguas marinas interiores y del mar territorial, para su explotación, uso o aprovechamiento, salvo aquellas que tengan como fin la desalinización, las cuales serán objeto de concesión.

Artículo 18. Las aguas nacionales del subsuelo podrán ser libremente alumbradas mediante obras artificiales, salvo cuando por causas de interés o utilidad pública el Titular del Ejecutivo Federal establezca zona reglamentada, de veda o de reserva o bien suspenda o limite provisional-

mente el libre alumbramiento mediante Acuerdos de carácter general. [...]

Artículo 20. De conformidad con el carácter público del recurso hídrico, la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales se realizará mediante concesión o asignación otorgada por el Ejecutivo Federal a través de “la Comisión” por medio de los Organismos de Cuenca, o directamente por ésta cuando así le competa, de acuerdo con las reglas y condiciones que dispone la presente Ley y sus reglamentos. Las concesiones y asignaciones se otorgarán después de considerar a las partes involucradas, y el costo económico y ambiental de las obras proyectadas. [...]

Denton, de manera crítica, explica cómo la Ley de Aguas Nacionales es contraria a los principios constitucionales en esta materia:

Con absoluta transgresión a la Constitución, que considera este recurso como bien nacional, que debe usarse, explotarse y aprovecharse para beneficio de la población y elevar su nivel de vida; se permite indebidamente abrir espacios a la inversión privada en el manejo del agua, como elemento fundamental del desarrollo, de empresas o negocios, alejado del beneficio social.”¹⁴

14 Denton Navarrete, Thalía, *op. cit.* p. 62.

Aquí es oportuno hacer una acotación con la modificación al artículo cuarto constitucional, relativa al derecho humano al agua en el decreto de reforma constitucional publicado el 8 de febrero de 2012: en su segundo transitorio se dispuso que el Congreso de la Unión tendría un plazo de 360 días para emitir una Ley General de Aguas, ley que no ha sido promulgada. Como puede apreciarse, existe una omisión legislativa violatoria de un artículo transitorio de una reforma constitucional; por este motivo es que sigue vigente la Ley de Aguas Nacionales.

I.1.2 El agua como bien susceptible de apropiación privada

Tal como ya se había mencionado, el Código Civil Federal regula del artículo 933 al 937 lo relativo al dominio privado de las aguas. Artículos que determinan las reglas que los particulares deben seguir cuando hacen uso de las aguas que les está permitido apropiarse, los cuales, para mayor abundamiento, se transcriben enseguida:

CAPÍTULO V

Del dominio de las aguas

Artículo 933.- El dueño del predio en que exista una fuente natural, o que haya perforado un pozo brotante, hecho obras de captación de aguas subterráneas o construido aljibe o presas para captar las aguas pluviales, tiene derecho de disponer de esas aguas; pero si éstas pasan

de una finca a otra, su aprovechamiento se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones especiales que sobre el particular se dicten.

El dominio del dueño de un predio sobre las aguas de que trata este artículo, no perjudica los derechos que legítimamente hayan podido adquirir a su aprovechamiento los de los predios inferiores.

Artículo 934.- Si alguno perforase pozo o hiciera obras de captación de aguas subterráneas en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no está obligado a indemnizar; pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 840.

Artículo 935.- El propietario de las aguas no podrá desviar su curso de modo que cause daño a un tercero.

Artículo 936.- El uso y aprovechamiento de las aguas de dominio público se registrará por la ley especial respectiva.

Artículo 937.- El propietario de un predio que sólo con muy costosos trabajos pueda proveerse del agua que necesite para utilizar convenientemente ese predio, tiene derecho de exigir de los dueños de los predios vecinos que tengan aguas sobrantes, que le proporcionen la necesaria, mediante el pago de una indemnización fijada por peritos.

Ya en el apartado I.1.1 se indica que la Ley de Aguas nacional contempla la figura administrativa de la concesión, la cual,

en términos fácticos, es la transmisión, a propiedad particular, de bienes o servicios que tiene impedido adquirir la propiedad, de tal manera que la misma ley contempla diversos esquemas jurídicos para transmitir el agua a manos privadas.

No escapan a nuestra perspectiva otras cuestiones que derivan en el incentivo oficial para la privatización del agua, desde el descuido en las redes de distribución del agua para justificar los proyectos de “descentralización-concesión”, a fin de hacer más “rentable y eficiente” la prestación del servicio público de agua potable.¹⁵ Esto, además de orillar directamente a procesos de licitación-asignación para la prestación de este servicio, también incluye que sea proporcionada el agua necesaria para subsistir mediante las llamadas pipas-cisternas, las cuales tienen un costo desproporcionadamente alto para los usuarios; por otro lado (pero estrechamente vinculado), está lo relativo a la calidad del agua: como la que proporciona el Estado es “mala”, se fomenta el consumo de agua embotellada, lo cual es otra forma de privatización, quizás más descarada y deleznable, ya que el precio al cual se vende el agua embotellada es excesivamente caro, muy ajeno a lo que les cuesta a la empresa obtener el agua (mediante la conce-

sión, que es pagada una vez, para explotar el acuífero por décadas).

I.2. Doble naturaleza jurídica del agua (como bien) en el régimen legal mexicano

De lo antes expuesto se deduce que el agua es un bien que, bajo el orden jurídico mexicano, dependiendo de su origen, ubicación geográfica y fines, puede ubicarse en dos supuestos jurídicos diferentes:

- a) estar bajo el dominio público
- b) estar bajo el dominio privado

Esto implica que el uso y aprovechamiento de las aguas de dominio público pueden ser concesionados, lo cual, en términos prácticos, equivale a la apropiación privada si, y solo si, se cumplen los principios que derivan de la propia *CPEUM*; y que, en cualquier momento, las aguas sujetas a dominio privado pueden ser retornadas al dominio de la nación a través de las instituciones jurídicas de la expropiación, de la revocación de concesión o de la veda, misma que puede restringir total o parcialmente su uso.

Además, debemos tener presente que las aguas a las cuales tienen acceso los particulares pueden ser embotelladas, y una vez que han cumplido con los trámites administrativos (en materia fiscal, mercantil y sanitaria), libremente son comercializables, lo cual robustece el argumento de

¹⁵ Cfr. Martínez Omaña, María Concepción (2002), *La gestión privada de un servicio público. El caso del agua en el Distrito Federal*, México, Instituto Mora, Plaza y Valdez.

que el agua en México, bajo el régimen jurídico vigente, puede privatizarse.

II. El agua, derecho humano

Hemos visto la posición material del agua como un bien con ciertas características que le dan una connotación especial que redundará en la imposibilidad ética de su privatización; sin embargo, se muestra que legalmente en nuestro país esta sí es factible pero, por otro lado, encontramos que también puede ser apreciado este recurso como un derecho humano.

Nuestro sistema político-jurídico consagra institucionalmente, a través de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los derechos humanos en términos generales,¹⁶ y de manera particular a la salud, al medio ambiente sano y al agua,¹⁷ así como los relativos a un desarrollo sustentable.¹⁸

Es cierto que disfrutar del agua conlleva un costo y que es necesario que sea cubierto, pero eso difiere de que un bien in-comerciable por naturaleza sea fuente de ganancias y especulaciones privadas.

Consideramos que el agua es un bien fuera del comercio (*res communes omnium*

iure naturali)¹⁹ respecto del cual se manifiesta un derecho humano fundamental.

Tal consideración, ser un bien que debe estar fuera del comercio, no es un obstáculo para que la sociedad en su conjunto, de un modo progresivo, pague el costo que implica el abastecimiento del agua. En el mismo sentido se pronuncia Huerta, quien indica: “La doble calidad del agua de derecho y bien de dominio público no solamente es compatible sino necesaria, es coherente con la relevancia de este recurso”.²⁰

II.1 Los derechos humanos y el agua

El concepto de derechos humanos ha sido materia de debate, ya que la esencia de estos, mas su inclusión en el entramado jurídico del derecho contemporáneo, parece que estaba cubierto por la idea del derecho natural; sin embargo, la necesidad de “fortalecer” el derecho natural (hacerlo positivo) orilló a que se implementaran los derechos humanos dentro del contexto del derecho positivo. Los derechos humanos son producto de una construcción conceptual que tuvo su origen en las apreciaciones positivistas finiseculares del XVIII.²¹

16 Cfr. Artículo 1°. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

17 Cfr. Artículo 4°. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

18 Cfr. Artículo 25°. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

19 *Cosas que pertenecen a todos por derecho natural*. Cfr. Margadant G. (2000), *Derecho Romano*, México, Esfinge, p. 229.

20 Huerta, Carla (2007), *El agua: patrimonio del Estado o derecho de los particulares*, en Fernández Ruiz, Jorge, y Santiago Sánchez, Javier, *Régimen jurídico del agua*, México, UNAM, p. 217.

21 Zagrebelsky, G. (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, p. 26.

Existe un debate teórico respecto a la inclusión de los derechos humanos en el derecho positivo, de entrada, derivado de su propia denominación (puesto todos los derechos, a final de cuentas, son humanos); después, ante la necesidad o no de incluirlos (ya que en gran medida corresponden al derecho natural); posteriormente, a su carácter de derecho positivo (pues se pone muy en entredicho su posición como normas jurídicas “plenas”). Saldaña lo expresa del siguiente modo: “En el reconocimiento de la existencia de normas y principios de justicia anteriores y superiores al derecho positivo, ocupa un lugar protagónico el tema de los derechos humanos, y como en el caso de los principios del derecho, hoy mantienen estos un lugar fundamental en las discusiones iusfilosóficas de los más reconocidos teóricos del derecho”.²²

Con independencia del debate teórico, que seguramente continuará *ad infinitum*, con la reforma constitucional de 2011 a la CPEUM se reconocen plenamente los derechos humanos dentro del régimen jurídico mexicano y además se determina el deber para todas las autoridades de que, en la interpretación de la ley, siempre se atiende de manera prioritaria aquella que sea más acorde con ellos, en búsqueda de la plena dignidad humana.

22 Saldaña Serrano, Javier (2012), *Derecho natural, tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, Porrúa, p. 86.

II.2 El derecho humano a la vida

No puede sostenerse la vida sin el agua. Como consecuencia lógica, el derecho humano esencialmente vinculado con el agua es el derecho a la vida.²³ Sin embargo, según acuerdo del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, en un comunicado conjunto, existen otros derechos humanos que carecerían de contenido o de efectividad si no se les vinculara al agua: “

El acceso a agua potable es una condición previa fundamental para el goce de varios otros derechos humanos, como los derechos a la educación, la vivienda, la salud, la vida, el trabajo y la protección contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También es un elemento crucial para lograr la igualdad de género y erradicar la discriminación”.²⁴

El enunciado “El agua es vida” es ampliamente reconocido por la ciencia como un axioma, ya que sin este recurso la vida sería prácticamente inconcebible y con ello queda claramente demostrada la relación entre la vida y el agua. Las conclusiones que propone Renata Cenedesi, respecto

23 Kempa, Bond, y Vanclay, Frank (2013), *Human rights and impact assessment: clarifying the connections in practice*, Impact Assessment and Project Appraisal, Vol. 31, No. 2, 86-96, visible en: <http://dx.doi.org/10.1080/14615517.2013.782978>.

24 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2011), *El derecho al agua. Folleto informativo No. 35*, Ginebra, p. 13, visible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>.

al concepto del derecho a la vida, da una muestra palpable del vínculo estrecho y natural entre la vida y el resto de los derechos humanos.

La vida es el mayor bien del que goza todo ser humano. Es un derecho que no puede verse afectado, en ningún caso, por razones ajenas a la propia voluntad. Es decir que el disfrute o goce de este derecho es inherente a toda persona y no puede estar sujeto a privaciones. Por ello es evidente que para poder disfrutar de una vida digna se requiere una serie de condiciones básicas que un Estado Democrático de Derecho está obligado a proporcionar y a mantener.²⁵

De este modo, verificamos que las decisiones contenciosas de la Corte Interamericana hacen hincapié en el hecho de que más que garantizar el nacimiento de un ser humano, el Estado tiene la obligación de proveer las condiciones adecuadas que le aseguren una vida con dignidad y el desarrollo de su proyecto de vida. Ya no basta con protegerlo contra la violación arbitraria del derecho a la vida, que también es muy importante, principalmente en los países Latinoamericanos, sino que es imprescindible la obligación positiva del Estado en la pre-

25 Cenedesi Bom Costa Rodrigues, Renata, *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, visible en: <http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>.

servación de la vida y en la garantía de condiciones dignas de existencia.²⁶

II.3 Reconocimiento internacional al derecho humano al agua y el saneamiento

El 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento mediante la *Resolución A/RES/64/292*,²⁷ En la que se reafirma que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhortó a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar apoyo económico, a la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en especial a los países en vías de desarrollo, y sobre todo a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos.²⁸

64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento

La Asamblea General, recordando sus resoluciones 54/175, de 17 de diciembre de 1999, relativa al derecho al desarrollo, 55/196, de 20 de diciembre de 2000, en

26 Ídem.

27 Cfr. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General (2010), *64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento*, Resolución aprobada por la Asamblea General, Sexagésimo cuarto período de sesiones. visible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

28 Organización de las Naciones Unidas (2010), *El derecho humano al agua*, visible en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml.

que proclamó 2003 Año Internacional del Agua Dulce, 58/217, de 23 de diciembre de 2003, en que proclamó el Decenio Internacional para la Acción, “El agua, fuente de vida” (2005-2015), 59/228, de 22 de diciembre de 2004, 61/192, de 20 de diciembre de 2006, en que proclamó 2008 Año Internacional del Saneamiento, y 64/198, de 21 de diciembre de 2009, relativa al examen amplio de mitad de período de las actividades del Decenio Internacional para la Acción, “El agua, fuente de vida”, el Programa 21, de junio de 1992,²⁹ el Programa de Hábitat, de 1996,³⁰ el Plan de Acción de Mar del Plata, de 1977, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua³¹, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de junio de 1992³² [...]

29 Organización de las Naciones Unidas (1992), *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II.

30 Organización de las Naciones Unidas (1996), *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), Estambul, 3 a 14 de junio de 1996* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.97.IV.6), cap. I, resolución 1, anexo II.

31 Organización de las Naciones Unidas (1997), *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12), cap. I.

32 Organización de las Naciones Unidas (1992), *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo I.

1. *Reconoce* que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;

2. *Exhorta* a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento; [...] 108ª sesión plenaria, 28 de julio de 2010.

Previo a la Resolución A/RES/64/292, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la *Observación general número 15 sobre el derecho al agua*. El artículo I.1 establece que “El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna”. La Observación número 15 define el derecho al agua como “el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico”.³³

33 Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (2003), *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, p. 2, visible en: <http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/og15.pdf>.

II.4 Reconocimiento mexicano al derecho humano al agua y el saneamiento

La declaración internacional al derecho humano al agua y el saneamiento fue un proceso largo y sinuoso que pasó por diversas vicisitudes; sin embargo, hoy es un derecho humano plenamente reconocido en el contexto internacional. En el orden jurídico mexicano ya tiene el carácter de un derecho humano pleno, con la reforma a la *CPEUM* en su artículo 1º., realizada el 13 de octubre de 2011, y posteriormente con la modificación al artículo 4º. en sus quinto y sexto párrafos, el 8 de febrero de 2012, que enseguida transcribimos:

Artículo 4º. (párrafos 5º. y 6º.):

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de

la ciudadanía para la consecución de dichos fines

La reforma antes expuesta modificó el paradigma constitucional que aludía exclusivamente a las garantías individuales. Al suprimirse este concepto por el de derechos humanos, se amplía extensivamente el abanico protector de la *CPEUM*. Bajo esta propuesta, ligando el artículo 1º. con los artículos 103 y 107, a través del amparo podrán exigirse todos los derechos humanos consignados en la *CPEUM* y los tratados internacionales signados por México.

Es decir, ahora los derechos humanos son objeto explícitamente de tutela a través del juicio de amparo, no porque antes no lo fueran, sino porque ahora se establece de manera literal. Además, con el concepto de interés legítimo para la defensa de intereses individuales y colectivos para impugnar actos de autoridad distintos a los actos judiciales, se amplía y se complementa la legitimación surgida de la afectación al interés jurídico para promover amparo.

De modo que habrá una apertura del juicio de amparo para la tutela de intereses difusos, como el ambiente y otros derechos colectivos, sobre el patrimonio cultural y bienes comunes, lo cual implica que habrá un control jurisdiccional constitucional del derecho a un ambiente sano y de los demás preceptos constitucionales que inciden en la materia constitucional.

El explícito reconocimiento del agua como un derecho humano, así como la teleología jurídica que lo determina como un bien común, genera la deontología jurídica para los legisladores, tanto en el fuero federal como en el local, de proveer del marco legal que genere certeza para la población de que el derecho humano al agua sea una realidad efectiva de ser realizada, y no tal como viene aconteciendo hasta la fecha para un alto porcentaje de la población, de que se trata de letra muerta consignada en la *CPEUM*.

El reconocimiento del derecho humano al agua por el Estado Mexicano conlleva los correlativos deberes para este, con el fin de que tal derecho sea una realidad y no una quimera. Esto es una definición mínima de este derecho, lo cual significa que (siguiendo a García):

[...] el Estado deberá en principio: a) garantizar el acceso a una cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, y para prevenir enfermedades (consumo humano, salud, higiene y producción de alimentos); b) asegurar el acceso al agua, instalaciones y servicios, sobre una base no discriminatoria, en particular, respecto de los grupos más vulnerables; c) garantizar el acceso físico a las instalaciones, es decir, que los servicios de agua se encuentran a una distancia razonable del hogar; d) garantizar que los servi-

cios proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre, y que cuenten con salidas de agua suficientes para evitar tiempos de espera prohibitivos; e) evitar que se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua; f) garantizar una distribución equitativa de las instalaciones y servicios de agua disponibles; h) garantizar que la calidad del agua suministrada cumpla los estándares mínimos que garantizan la salud de las personas”.³⁴

La anterior definición se complementa con la visión del agua respecto de la vida misma, ya que se trata no solo de un recurso necesario para esta, es decir, el agua es más que una simple necesidad, es un componente integral de la dignidad humana en su más alta aspiración. Tello lo explica así:

[...] para hablar del derecho al agua [...] hay que desentrañarlo de aquellas concepciones que catalogan el acceso al agua potable como una simple necesidad; si bien nadie puede negar que el acceso a una cantidad mínima de agua potable sea necesaria para sobrevivir y satisfacer otras necesidades de índole personal, esto no quiere decir que la existencia de la necesidad humana básica suplante al derecho, sino todo lo contrario, la mis-

³⁴ García Morales, Aniza (2008), *El derecho humano al agua*, México, Trotta, p. 196.

ma existencia de dicha necesidad otorga razones suficientes para reconocer formalmente el derecho.³⁵

III. Decretos del 5 junio de 2018, un paso para privatizar el agua

El Ejecutivo Federal publicó diez decretos mediante los cuales suprimió la veda en diversas cuencas hidrológicas y las mutó en zonas de reserva parcial de aguas nacionales superficiales para uso ambiental o conservación ecológica.³⁶ A simple vista y bajo una lectura un tanto superficial de dichos decretos, parecieran tener un fin loable, pero bajo un análisis más metódico, se advierte que estos pueden dar pie a un proceso de privatización (en el sentido de transferir el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales a particulares a través de la figura de la concesión).

Es oportuna la transcripción de un extracto del primero de los decretos en cuestión para validar las ideas expuestas en el párrafo inmediato anterior.

DECRETO por el que se suprime la veda en las cuencas hidrológicas que se indican, se establece zona de veda en las cuencas hidrológicas Arroyo Zarco, Río Ñadó, Río Galindo, Río San Juan 1, Río

Tecozautla, Río San Juan 2, Arroyo El Puerquito o San Bartolo, Arroyo Altamira, Río Santa María 1 y Embalse Zimapan, y zona de reserva parcial de aguas nacionales superficiales para uso ambiental o conservación ecológica en la cuenca hidrológica Río Pánuco 2, en la Subregión Hidrológica Río Pánuco, de la Región Hidrológica número 26 Pánuco.

[...]

ENRIQUE PEÑA NIETO, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con fundamento en los artículos 27, párrafos tercero y quinto de la propia Constitución; 32 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y 4, 6, fracciones II y III, 7, fracciones I, II, IV y V, 7 BIS, fracciones I, VII, VIII y XI, 38, párrafo primero, 39 BIS, 40 y 41, fracción III de la Ley de Aguas Nacionales, y CONSIDERANDO

Que de conformidad con el artículo 27, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de cuidar su conservación y lograr el desarrollo equilibrado del país y, en consecuencia, dictar las medidas necesarias para establecer adecuadas provisiones,

35 Tello Moreno, Luisa Fernanda (2008), *El acceso al agua potable como derecho humano*, México, CNDH, p. 145.

36 Los diez decretos aludidos pueden ser consultados en la página electrónica del Diario Oficial de la Federación: <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2018&month=06&day=06>

usos, reservas y destinos de aguas de propiedad nacional, entre las que se encuentran las previstas en el párrafo quinto del mencionado precepto constitucional, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, preservar y restaurar el equilibrio ecológico, y evitar la destrucción de los elementos naturales; Que asimismo, el párrafo quinto del citado precepto constitucional establece la facultad del Ejecutivo Federal para reglamentar la extracción y utilización de las aguas de propiedad nacional y aún establecer zonas vedadas, cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; [...]

Que el Programa Nacional Hídrico 2014-2018, tiene como Objetivo 1, fortalecer la gestión integrada y sustentable del agua, a través de estrategias encaminadas a ordenar y regular los usos del agua en cuencas y acuíferos; actualizar decretos de veda, reserva y zonas reglamentadas; regular cuencas y acuíferos, y establecer reservas de aguas nacionales superficiales para la protección ecológica;

Que el artículo 6, fracciones II y III de la Ley de Aguas Nacionales, prevé la expedición, modificación o supresión de zonas de veda y de reserva de aguas nacionales superficiales, como una atribución que el Ejecutivo Federal puede ejercer

siempre que existan causas de utilidad pública; [...]

Que el establecimiento de una nueva zona de veda en las cuencas hidrológicas Arroyo Zarco, Río Ñadó, Río Galindo, Río San Juan 1, Río Tecozautla, Río San Juan 2 y Embalse Zimapán, reservando volúmenes para garantizar el uso ambiental o para conservación ecológica, representan una estrategia de manejo integral de las aguas nacionales, ya que permitirán la conservación de la riqueza natural, garantizando la sustentabilidad hidrológica de la Subregión Hidrológica Río Pánuco, he tenido a bien expedir el siguiente

DECRETO [...]

ARTÍCULO QUINTO. Los volúmenes disponibles, no comprometidos por medio de la reserva parcial que se establecen en el presente Decreto, se podrán explotar, usar o aprovechar mediante título de concesión o asignación previamente emitido por la Autoridad del Agua, en términos de lo previsto por la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento, atendiendo la disponibilidad media anual de las aguas superficiales y conforme al orden de presentación.

En los casos que resulte procedente, deberá observarse también lo dispuesto en los Programas de Manejo correspondientes.

Es evidente que el Presidente de la República tiene facultades legales y constitucionales para expedir los decretos analizados, eso no se objeta, lo que se pone en entredicho es que con estas medidas no se estén llevando a cabo los primeros pasos para una privatización de hecho.

Como puede apreciarse fehacientemente de la lectura del artículo 5º. del decreto estudiado, es explícita la autorización para disponer de los sobrantes de los caudales, cuando sabemos que exceptuando el sur-sureste del país, es la única región donde existen excedentes de agua. Diversas voces de la academia han mostrado reticencias fundadas ante estos decretos. Alanís indica: “resulta difícil sostener hoy en día que las nuevas concesiones y/o asignaciones que se otorguen de los volúmenes comprometidos en los Decretos cumplan con principios de equidad y sustentabilidad”.³⁷ Luege opinó:

[...] veo tres aspectos negativos en estos decretos: 1) aparentar políticas sustentables al hablar de caudales ecológicos, cuando en realidad se ha abandonado la política de desarrollo con visión de cuenca; 2) intereses de proyectos que se quieren aprobar al vapor en el tramo final de esta administración; y 3) la poca

³⁷ Alanís Ortega, Gustavo, “Debilidades de los decretos de reserva de agua”, *El Universal*, 25/06/2018, visible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/gustavo-alanis-ortega/nacion/debilidades-de-los-decretos-de-reserva-de-agua>

participación de los consejos y la certeza de que los decretos no obedecen a estudios técnico-justificativos suficientes.³⁸

En tanto, Anglés señaló:

¿En qué radica la preocupación en torno a pasar de zonas de veda a zonas de reserva? Las primeras prohíben otorgar más títulos de concesión (para agentes económicos privados) y asignación (para entes públicos) destinados a la explotación, el uso o el aprovechamiento del agua; mientras que las reservas posibilitan ampliar el número de ellos. Situación alarmante porque, según la Auditoría Superior de la Federación, la capacidad de vigilancia de la Conagua respecto de la extracción representó en 2016 apenas el 1.7 % de las concesiones.³⁹

Es cierto que asegurar que se vayan a concesionar caudales superiores a aquellos excedentes, o que los estudios estén alterados, o que no se tome en cuenta el interés colectivo o el de las comunidades originarias, o que se vaya a afectar a los ecosistemas con el fin de beneficiar intereses privados o industriales es especula-

³⁸ Luege Tamargo, José Luis, “Decretos de fin de sexenio”, *El Universal*, 25/06/2018, visible en: <http://www.eluniversal.com.mx/columna/jose-luis-luege-tamargo/metropoli/decretos-de-fin-de-sexenio>

³⁹ Anglés Hernández, Marisol, “Los decretos contra las aguas nacionales de EPN”, *El Universal*, 25/06/2018, visible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/marisol-angles-hernandez/los-decretos-contra-las-aguas-nacionales-de-epn>

ción, pero al menos se está cumpliendo con la primera etapa para llegar a ello, que es allanar el camino jurídico-institucional.

IV. Conclusiones

El régimen jurídico del agua en México deriva de lo dispuesto por los artículos constitucionales 4º., párrafo sexto y el 27º. párrafos primero, tercero, cuarto, quinto y sexto. Después de un sinuoso camino se reconoció plenamente el derecho humano al agua y al saneamiento, y se determina la propiedad originaria de la nación sobre las aguas; se lista cuáles serán las aguas nacionales y se indican las reglas generales para el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales; pero también, desde las propias reglas constitucionales, se advierte la dicotomía entre un bien común y su correlativo derecho humano, y la posibilidad de privatizar el agua.

No obstante el reconocimiento constitucional al derecho humano al agua y los principios de conservación sobre el agua, la legislación secundaria es desarrollada sobre todo con base en criterios economicistas. A la fecha sigue sin expedirse la Ley General de Aguas, que se supone debía implementar el efectivo ejercicio del derecho humano al agua y al saneamiento, y además considerar los medios para aprovechar el agua en aras del interés nacional y con base en criterios ambientalmente sustentables.

La legislación civil le da al agua carácter de bien susceptible de apropiación privada, pero esta posibilidad está supeditada a aguas que no sean nacionales (ni estatales), que esencialmente sean subterráneas y respecto de las cuales no exista una veda.

Los decretos del Ejecutivo Federal publicados el seis de junio de 2018 vienen a robustecer la idea de que al titular de la Presidencia de la República le es ajeno cumplir con el mandato constitucional en materia de agua.

Como puede apreciarse, hoy día en México, legal y fácticamente, existe la privatización del agua, aun cuando, en justa apreciación de los principios constitucionales, la privatización es contraria al espíritu constitucional. Falta un largo trecho de discusión, debate y concientización para que los principios constitucionales en la materia se conviertan en derecho positivo.

V. Referencias

V.1. Fuentes bibliográficas

Anglés Hernández, Marisol, Los decretos contra las aguas nacionales de EPN, *El Universal*, 25/06/2018, visible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/marisol-angles-hernandez/los-decretos-contra-las-aguas-nacionales-de-epn>

Alanís Ortega, Gustavo, Debilidades de los decretos de reserva de agua, *El Universal*, 25/06/2018, visible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/>

- gustavo-alanis-ortega/nacion/debilidades-de-los-decretos-de-reserva-de-agua
- Barlow, Maude, y Clarke, Tony, *Oro azul. Las multinacionales y el robo organizado de agua en el mundo*, Barcelona, Paidós Controversias, 2004.
- Carmona Lara, Carmen, *La Constitución y el agua: apuntes para la gobernabilidad. El caso del agua en México*, en Rabasa, Emilio O., y Arriaga García, Carol B., *Agua: aspectos constitucionales*, México, UNAM, 2008.
- Cenedesi Bom Costa Rodrigues, Renata, *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, visible en: <http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9R-CB.pdf>.
- Dávila Poblete, Sonia, *El poder del agua, ¿participación social o empresarial?*, México, Ítaca, 2006.
- Delgado Ramos, Gian Carlo, *Agua y seguridad nacional*, México, Plaza y Janés, 2005.
- Denton Navarrate, Thalía, *El agua en México. Análisis de su régimen jurídico*, México, UNAM, 2006.
- García Morales, Aniza, *El derecho humano al agua*, México, Trotta, 2008.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, México, Porrúa, 1999, p. 62.
- Huerta, Carla, El agua: patrimonio del Estado o derecho de los particulares, en Fernández Ruiz, Jorge, y Santiago Sánchez, Javier, *Régimen jurídico del agua*, México, UNAM, 2007.
- Instituto De Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz definida por Pérez Duarte, Alicia Elena, México, UNAM, 1996.
- Kempa, Bond, y Vanclay, Frank, Human rights and impact assessment: clarifying the connections in practice, *Impact Assessment and Project Appraisal*, 2013, vol. 31, No. 2, 86-96, <http://dx.doi.org/10.1080/14615517.2013.782978>.
- León, F. (editor), *Agua*, México, Desarrollo de Medios, 2005.
- Luege Tamargo, José Luis, Decretos de fin de sexenio, *El Universal*, 25/06/2018, visible en: <http://www.eluniversal.com.mx/columna/jose-luis-luege-tamargo/metropoli/decretos-de-fin-de-sexenio>
- Margadant, G., *Derecho romano*, México, Esfinge, 2000.
- Martínez Omaña, María Concepción, *La gestión privada de un servicio público. El caso del agua en el Distrito Federal*, México, Instituto Mora, Plaza y Valdez, 2002.
- ONU, *El derecho al agua. Folleto Informativo No. 35*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 2011. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>.
- ONU, 64/292. *El derecho humano al agua y el saneamiento*, Resolución aprobada por la Asamblea General, Sexagésimo cuarto período de sesiones. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

- ONU, *El derecho humano al agua*, visible en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml.
- ONU, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II.
- ONU, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II)*, Estambul, 3 a 14 de junio de 1996 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.97.IV.6), cap. I, resolución 1, anexo II.
- ONU, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua*, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12), cap. I.
- ONU, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo I.
- ONU, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 2003, p. 2, visible en: <http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/og15.pdf>.
- Rainer-Olaf, Schultze, *El bien común*, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3710/13.pdf>
- Roemer, Andrés, *Derecho y economía: políticas públicas del agua*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1997.
- Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural, tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, Porrúa, 2012.
- Tello Moreno, Luisa Fernanda, *El acceso al agua potable como derecho humano*, México, CNDH, 2008.
- Trujillo Segura, Julio, *Hacia una nueva naturaleza jurídica del agua*, en Rabasa, Emilio O., y Arriaga García, Carol B., *Agua: aspectos constitucionales*, México, UNAM, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, España, Trotta, 1995.

V.2. Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Civil Federal
- Ley de Aguas Nacionales

JOSÉ GUILLERMO VALLARTA PLATA
(COORDINADOR). 2016. PARADIGMAS DEL
DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI

RAFAEL ENRIQUE VALENZUELA MENDOZA¹

El Instituto Iberoamericano de Derecho Local y Municipal, así como el Instituto de Administración Pública del Estado de Jalisco y sus Municipios, A. C., presentan a todo interesado en el derecho constitucional un libro coordinado por José Guillermo Vallarta Plata, que tiene como atributo destacable la elevada calidad en la aportación de trece especialistas de esta rama del derecho, procedentes de Argentina, México, Perú y Venezuela.

Los autores analizan y ponen al escrutinio del lector, distintos paradigmas constitucionales que exigen su total vigencia para alcanzar un pleno funcionamiento de las democracias en el siglo XXI. El primer capítulo corresponde a José Barragán, catedrático del Instituto de Investigaciones en Innovación y Gobernanza de la Universidad de Guadalajara, quien hace un recorrido histórico de las constituciones políticas que anteceden a la que está vigente en México. Estudia el voto a favor del federalismo y la tesis a favor del unitarismo, que sostiene que el federalismo es una forma de gobierno y no una forma de Estado, al menos así se concibe para el caso mexicano que motivó el análisis del autor.

En total conexión con el capítulo que antecede, Allan R. Brewer-Carías, de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad de Columbia, Nueva York, analiza con sencillez, y sin perder profundidad reflexiva,

¹ Profesor y Coordinador de la Maestría en Investigación Jurídica (Registro PNP-C-Conacyt 005922) de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Doctor en Política Pública por el Tecnológico de Monterrey. Miembro del SNI-Conacyt y sus líneas de trabajo abordan el gobierno abierto y procesos de política pública.

los paradigmas más esenciales del constitucionalismo moderno:

- a) La legitimidad democrática que surge de las elecciones de los gobernantes y los titulares de los poderes públicos; y
- b) La separación de los poderes como instrumento de control del ejercicio del poder conferido mediante las elecciones.

Su hipótesis sostiene que sin la efectiva vigencia de la separación de poderes, no será posible consolidar una democracia en la que los ciudadanos puedan tener asegurados sus derechos y protegido su ejercicio. Cita el caso de Venezuela para demostrar que el mal llamado nuevo constitucionalismo en ese país, condujo a la destrucción de la democracia y la instalación de un régimen autoritario. De esta manera, busca reivindicar la importancia de una democracia representativa y critica fuertemente el modelo de una democracia que el autor denomina plebiscitaria.

En el siguiente capítulo, Antonio Colomer, de la Universidad Politécnica de Valencia, analiza el modelo de Estado autonómico español. Afirma el autor que este último implica un equilibrio en los procesos de integración de las comunidades y una especie de autorregulación del principio autonómico con el cual se articula el Estado español. Refiere que la Carta Magna española se aboca a la des-

centralización de los municipios, pero en ningún texto constitucional se les atribuye soberanía. Su análisis sostiene que debería referirse a un Estado comunitario autonómico, ya que bajo una lógica de complejidad que ayude a comprender la comunidad de comunidades, solo se explica su existencia a partir de los principios de solidaridad e integración y la autonomía que ejercen las comunidades, más el principio de igualdad que está implicado para todas las comunidades con un tratamiento igual.

Al concluir los primeros dos capítulos de autores internacionales, el libro continúa con autores nacionales de primer nivel. José de Jesús Covarrubias analiza la Constitución Política del Estado de Jalisco y establece el rol federalista que los legisladores constituyentes de esa entidad, han manifestado en las Constituciones Políticas de 1857 y 1917.

“Democracia y Estado de derecho” es el capítulo de Jorge Fernández Ruiz, en el cual analiza la definición, surgimiento y personalidad del Estado para abrir el debate a las distintas formas de Estado con gran pedagogía para explicar la relación del Estado con el poder político y la Constitución. En la parte final del capítulo, define la democracia como una forma de Estado, forma de gobierno y forma de vida.

Domingo García Belaúnde explica el control de convencionalidad y los problemas asociados con esta figura jurídica, como

el control difuso de convencionalidad, el control ejercido en esta materia por los poderes del Estado y los derechos humanos. Explica dos temas vinculados con el control de convencionalidad: las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana y las reparaciones o indemnizaciones que la Corte Interamericana señala para un Estado condenado en sentencia.

Antonio María Hernández, utilizando una combinación de la visión politológica y jurídica constitucional, define la situación actual y perspectivas del constitucionalismo latinoamericano. En su texto concluye que solo se tienen dos opciones de cambio constitucional: una en donde se manifieste una agudización de los problemas de calidad institucional, o bien, otra vía en el inicio del cumplimiento de las leyes desde una efectiva vigencia del marco constitucional.

Enrique Orduña Rebollo desarrolla una mirada histórico-organizacional del Estado eclesiástico y describe las congregaciones cardenalicias como los instrumentos más eficaces, y hace un recorrido histórico de singular relevancia para el derecho canónico. Un capítulo que viene a motivar a los lectores a formularse interrogantes acerca de la reforma que reactivó la relación entre el Estado mexicano y el Estado eclesiástico. Tal reconocimiento al Estado Vaticano, se otorgó en la reforma constitucional promulgada en 1992.

Esta última reflexión introducida a esta reseña, abre la discusión a las principales transformaciones del Estado, específicamente a aquellas con relevancia constitucional, que son revisadas en el capítulo de Luciano Parejo. Al revisar tales transformaciones, se facilita la lectura de los siguientes capítulos, escritos por Armando Rodríguez, sobre las estructuras del gobierno local en la perspectiva del derecho constitucional contemporáneo; el escrito por José Guillermo Vallarta acerca del nuevo municipio mexicano y el de Jorge Reinaldo Vanossi, “Reflexiones sobre el buen gobierno local”. En los capítulos se observa de forma transversal la tesis del municipio mexicano como elemento fundamental del federalismo mexicano. La tesis asume que los cambios en el régimen municipal son debido a los factores demográficos, donde Rodríguez anota la transformación de ciudades tradicionales en grandes urbes concentradoras de la gran mayoría de la población; debido a factores políticos, porque el municipio abrazó la transición política y fue donde se vio materializada por primera vez el cambio de partido político en un gobierno mexicano, como lo sugiere Vallarta; y debido a factores administrativos y sociales, donde la autonomía municipal tiene una función central en la prestación de servicios públicos, pero también como factor de paz social por tratarse del orden de gobierno más cercano a la sociedad y sus habitan-

tes, como se sugiere en el capítulo de Reinaldo Vanossi.

Finalmente, se aborda la agonía del federalismo y el municipio en el análisis de José Luis Villegas, al estudiar el caso de Venezuela. Las causas de la agonía, de acuerdo con el autor, obedecen al radicalismo territorial y una desmunicipalización en contra de la propia Constitución Política de Venezuela. El aporte del autor consiste en el repaso del proceso de reorganización política que opera en el Estado venezolano desde 1999, generando nuevas estructuras de control y procesos de desinstitucionalización de la autonomía municipal.

La obra completa tiene 461 páginas en un tiraje de 500 ejemplares y su propósito de divulgar un conjunto de estudios constitucionales de reconocidos académicos nacionales e internacionales, está motivado por la celebración de cien años de la Constitución mexicana de 1917. Se estructura en 13 capítulos, relacionados la mayoría entre sí, en los cuales se reconoce la transformación y aportación que el constitucionalismo tiene en la concepción contemporánea de los sistemas jurídicos actuales.