

REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO
DE MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO

Tomo LXIV

Enero - Junio

Núm. 261

Dra. María Leoba Castañeda Rivas
Directora de la Facultad

Dr. Eduardo Luis Feher Trenchiner
Director de la Revista

Mtra. María de la Luz González Covarrubias
Coordinadora de la Revista

COMITÉ ASESOR

Dra. Sara Bialostosky B.
Dr. Néstor de Buen Lozano
Dr. Héctor Fix Zamudio
Dr. Sergio García Ramírez
Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla
Dra. Olga Islas de González Mariscal
Dr. Jesús Ledesma Uribe
Dra. María Elena Mansilla y Mejía
Dr. Rolando Tamayo y Salmorán
Dr. Diego Valadés

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Miguel Carbonell
Dr. Hugo Carrasco Iriarte
Dr. Edgar Corzo Sosa
Dra. Mónica González Contró
Dra. Patricia Kureczyn Villalobos
Dr. Carlos H. Reyes Díaz
Dr. Pedro Salazar Ugarte

D.R. ©2014, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria 04510, México, D. F.
Facultad de Derecho

Publicación semestral, Número de Certificado de Reserva de Derechos al uso exclusivo del Título 04199808141353000012; Certificado de Licitud en Contenido en trámite; impreso por los Talleres de Impresión Comunicación Gráfica, S.A. de C. V. Manuel Ávila Camacho, 689 A, Col. Santa María Aztahuacán, Delegación Iztapalapa, C.P. 09500, México, D. F.

ISSN: 1870-8722

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica de ninguna manera que esta Revista se solidarice de su contenido.

Editora: Lic. Guadalupe Juárez Quezada

Correctores: Lic. Rafael Caballero Hernández
Lic. Manuel de J. Jiménez Moreno

PRECIOS DE ADQUISICIÓN

SUSCRIPCIÓN ANUAL:	\$180.00	un año
	\$300.00	dos años
PARA EL EXTRANJERO:	20 US Dollars	un año
	35 US Dollars	dos años
EJEMPLARES SUELTOS:	\$120.00	público en general
	\$100.00	profesores y alumnos
	\$110.00	número atrasado
	\$12.00	dólares al extranjero

ÍNDICE

LA FILOSOFÍA EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Argumentum fides o persuasión jurídica

María de la Luz GONZÁLEZ COVARRUBIAS 13

Jueces y Derecho en México: una visión desde la filosofía práctica

René GONZÁLEZ DE LA VEGA 27

La hermenéutica analógica y su aplicación al Derecho

José de Jesús LEDESMA URIBE 51

Aproximación a la filosofía analítica en México

Jaime Hugo TALANCÓN ESCOBEDO 83

VARIA

Segundo Informe de Gestión 2013-2014 de la Directora de la Facultad de Derecho de la UNAM

María Leoba CASTAÑEDA RIVAS 105

Los desafíos de la cultura

Eduardo Luis FEHER TRENSCHINER 147

Nuevas tendencias del Derecho procesal moderno

Carina GÓMEZ FRÖDE 159

Constitución y proyecto nacional

Armando SOTO FLORES 183

ARTÍCULOS

Estructuralismo y teoría de sistemas

Julio Ángel CARDONA MARTÍNEZ 191

Las instituciones jurídicas en la conquista de Yucatán y fundación de Mérida

Russell CERÓN GRAJALES 219

Antecedentes históricos del liberalismo mexicano

José Luis CHIRINOS PALOMO 243

La cultura jurídica

Napoleón CONDE GAXIOLA 259

<i>Reflexiones jurídicas en torno al Acuerdo de Asociación Transpacífico</i>	
Francisco Leopoldo DE ROSENZWEIG MENDIALDUA	279
<i>Suicidio asistido y homicidio requerido. ¿Derecho o deber de vivir?</i>	
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	305
<i>Derecho Penal Familiar</i>	
Julian GÜITRÓN FUENTEVILLA	325
<i>Derecho romano y Filología Clásica</i>	
Martha PATRICIA IRIGOYEN TROCONIS	411
<i>Seguridad jurídica y modernización en el desarrollo de la función registral: el caso de la Ciudad de México</i>	
José Guadalupe MEDINA ROMERO	423
<i>Paraísos fiscales y oficinas off shore. ¿Operaciones ilícitas o planificación fiscal?</i>	
Alicia RENDÓN LÓPEZ	445
<i>Reflexiones sobre la reforma constitucional en materia de derechos humanos</i>	
Luciano SILVA RAMÍREZ	471

*La Constitución renovada: un análisis cuantitativo
(febrero del 1917 – febrero del 2014)*

Guillermo TEUTLI OTERO 487

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTAÑEDA RIVAS María Leoba, *El Derecho Civil en México. Dos siglos de Historia*

José Antonio SÁNCHEZ BARROSO 523

LA FILOSOFÍA EN LA PRÁCTICA DEL
DERECHO

THE PHILOSOPHY IN THE PRACTICE
OF LAW

ARGUMENTUM FIDES O PERSUASIÓN JURÍDICA

ARGUMENTUM FIDES OR LEGAL PERSUASION

María de la Luz GONZÁLEZ COVARRUBIAS *

RESUMEN: Desde Grecia, la argumentación jurídica es una práctica inherente a la actividad de los profesionales y estudiosos del Derecho. Bajo qué requisitos y quiénes argumentan jurídicamente, es el tema de estas reflexiones. La intención es introducir al lector al análisis del uso argumentativo del lenguaje realizado por el profesor Stephen Toulmin y plantear algunas ideas en torno a lo que llamaremos la controversia Tamayo-Perelman con relación a la función de la argumentación jurídica, concretamente trataremos de posicionarnos frente al planteamiento: *argumentum fides* o persuadir auditorios.

ABSTRACT: Since Greece, legal argumentation is an inherent activity of professionals and scholars of Law practice. Under what conditions and who argue juridically is the theme of these reflections. The intention is to introduce the reader to the analysis of argumentative use of language by Professor Toulmin Stephen and raise some ideas on what we call the Tamayo-Perelman controversy in legal argumentation, specifically try to position ourselves toward approach: *argumentum fides* or persuade audiences.

PALABRAS CLAVE: Argumentación jurídica, *argumentum fides*, persuasión jurídica, razonamiento jurídico.

KEYWORDS: Legal Argumentation, *Argumentum Fides*, Legal Persuasion, Legal Reasoning.

* Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción a la argumentación*. II. *Uso argumentativo del lenguaje*.
 III. *Deslinde imprescindible*. IV. *Razonar jurídicamente*. V. *Conclusiones*.
 VI. *Bibliografía*

“El lenguaje es lo más humano que existe. Es un privilegio del hombre... Cada palabra lleva consigo una vida, un estado, un sentimiento”

Carmen Conde

I. INTRODUCCIÓN A LA ARGUMENTACIÓN

Bajo qué condiciones y quiénes pueden construir y usar argumentos jurídicos, es el tema de estas reflexiones. El derecho es una herramienta social que se expresa a través del lenguaje. Se manifiesta mediante actos de comunicación en la interacción humana que podemos denominar, *grosso modo*, “argumentos jurídicos”.

Abordaré el análisis sobre el uso argumentativo del lenguaje en general elaborado por el Profesor de la Universidad de California, Sthepen Toulmin en su obra *The Uses of argument*¹. Esta obra tiene repercusiones importantes en el conocimiento jurídico ya que Toulmin sostiene que los argumentos de la jurisprudencia son ejemplos paradigmáticos del uso de la razón práctica y toma como referencia los argumentos usados en tribunales para construir modelos de argumentos racionales para usarlos en cualquier tipo de argumentación.

Pretendo relacionar algunas ideas de Toulmin respecto al uso argumentativo del lenguaje con el pensamiento del profesor emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM, Rolando Tamayo y Salmorán, quien en su obra *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad*,² explica nociones claves para comprender las características propias de la argumentación jurídica e intentaré sustraer de esta obra un criterio de racionalidad aplicable a esta actividad.

La aproximación de Rolando Tamayo y Salmorán, al análisis del lenguaje jurídico desde la filosofía analítica del Derecho permite la comprensión de expresiones tan importantes como *racional*, *razonamiento*, *argumento*, *argumentación* y *razón/lógica práctica*, usados en la experiencia jurídica,

¹ TOULMIN, Sthepen, *The uses of argument*, Nueva York, Cambridge, 2003.

² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003.

nociones básicas para comprender que subyace en expresiones como "racionalidad del argumento jurídico".

Chaim Perelman, y Lucie Olbrechts-Tyteca, sostuvieron en su obra *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, que el objeto de cualquier tipo de argumentación incluyendo la jurídica, era persuadir y por ello el orador debía asegurarse de lograr la adhesión de su auditorio.³ Entendiendo por auditorio "el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación."⁴ La tesis de Perelman y Olbrechts-Tyteca, podría expresarse diciendo que la argumentación jurídica pretende persuadir auditorios.

Rolando Tamayo y Salmorán sostiene que lo anterior es falso, "¿La argumentación es un juego!"⁵ y existen condiciones o reglas específicas a las que se someten aquellos que deciden jugar a la argumentación jurídica. Argumentar en Derecho "no es escenario para la persuasión"⁶. Intentaré introducir algunos planteamientos relevantes del profesor Tamayo que nos permitan posicionarnos frente al planteamiento: ¿persuadir a los jueces o construir un *argumentum fides*?

II. USO ARGUMENTATIVO DEL LENGUAJE

En 1958, Stephen Toulmin, señalaba que una manifestación propia del comportamiento humano es la práctica de razonar, esto es, en distintos contextos ofrecemos argumentos que contienen razones para demostrar lo que sostenemos y, según el caso, los razonamientos serán distintos. El argumento es para este autor una manifestación inherente en la interacción humana.⁷

Sostiene que la lógica es algo que usamos las personas cuando argumentamos, inferimos o pensamos. Su intención es construir modelos que expliquen la estructura de los argumentos, es decir, los elementos que integran un argumento, las funciones de cada uno y las relaciones entre sí, para asegurarnos que sea un argumento debidamente fundado. Es importante resaltar que su enfoque insiste en la pertinencia de una lógica aplicada en el campo de la argumentación, en el sentido de que la sola lógica formal al estilo geométrico de herencia aristotélica es insuficiente. Sus modelos sirven en

³ PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, p. 48.

⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *op.cit.*, p. 195.

⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁷ Cit. por ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 106.

el campo de la argumentación práctica general, y distingue cinco tipos del uso argumentativo del lenguaje: el arte, la ética, el derecho, la ciencia y los negocios.

Toulmin señala que cuando las personas ofrecemos pruebas o argumentos en favor de nuestras pretensiones usamos el lenguaje en forma argumentativa. El uso argumentativo del lenguaje, “supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según que puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas”⁸. El ejemplo paradigmático del uso argumentativo del lenguaje práctico lo encuentra Toulmin en la argumentación y el razonamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior podemos concluir que la argumentación es parte de la interacción humana en distintos contextos y el uso de la lógica práctica en su construcción nos permite elaborar un buen argumento. Considero que Toulmin acierta en sostener que la jurisprudencia es un ejemplo de uso de la lógica práctica toda vez que la argumentación jurídica tiene por objeto decidir soluciones justificadas sobre conductas humanas, opera con razonamientos lógicos que buscan soluciones a los casos de la experiencia jurídica.

En este sentido, para Tolumin, existe un campo de aplicación del uso argumentativo del lenguaje, *sui generis*, que sirve como ejemplo paradigmático del uso de la razón práctica, la jurisprudencia. El punto de partida de su trabajo son los argumentos construidos por la jurisprudencia como paradigma del uso de la razón práctica. Tulmin, sostiene que:

La lógica (podemos decir) es jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos, y las pretensiones que hacemos y en favor de las que argumentamos en contextos extrajurídicos, con pretensiones hechas ante los tribunales, mientras que los casos que presentamos al hacer buena cada tipo de pretensión pueden ser comparados entre sí. Una tarea fundamental de la jurisprudencia es caracterizar lo esencial del proceso jurídico: los procedimientos mediante los cuales se proponen, se cuestionan y se determinan las pretensiones jurídicas y las categorías en cuyos términos se hace esto. Nuestra investigación es paralela: intentaremos, de modo similar, caracterizar lo que puede llamarse “el proceso racional”, los procedimientos y categorías mediante cuyo uso puede argumentarse en favor de algo y establecerse pretensiones en general.⁹ El paralelismo entre lógica y jurisprudencia permite situar en el centro la función *crítica* de la razón. Un buen argumento, un argumento bien fundado, es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual

⁸ *Ibidem*, p.105.

⁹ *Ibidem*, p. 104.

puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable. Cabría incluso decir que nuestras pretensiones extrajurídicas tienen que ser justificadas no ante sus majestades los jueces, sino ante el tribunal de la razón.¹⁰

Sostiene que la argumentación es “la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.”.¹¹ El razonamiento es “la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión”.¹²

El término argumento es equívoco, para Tolumin puede entenderse en dos sentidos: por un lado, “un argumento es un tramo de razonamiento, esto es, la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que argumenta un determinado hablante”.¹³ El segundo significado de argumento alude a que “son algo en lo que la gente se ve envuelta, esto es, son “interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da la vuelta a tales tramos de razonamiento”.¹⁴

En este sentido, el criterio de racionalidad de Tolumin atiende a que un interlocutor demostrará su racionalidad siempre que esté abierto al argumento y reconozca la fuerza de las razones o intente replicar a ellas. Por el contrario, será irracional si ignora las razones contrarias o las contesta con enunciados dogmáticos.¹⁵

Esta idea de irracionalidad de Toulmin considero va en el mismo sentido que la noción de racionalización de Edgar Morín cuando nos previene diciendo:

La racionalización ha sido y es una palabra que se usa apropiadamente para hablar de una patología . . . Ella consiste en querer encerrar la realidad dentro de un sistema coherente. Y todo aquello que contradice al sistema es descartado, olvidado, puesto al margen como algo ilusorio... la racionalización se niega a la discusión de argumentos y a la comprobación empírica.¹⁶

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem*, p.106.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ MORÍN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 104.

Tolumin señala que la argumentación jurídica es un caso especial de razonamiento práctico, participo de esta idea, toda vez que exige el uso de la razón y lógica para la soluciones de problemas jurídicos reales. Pero además es un argumento *sui generis*, porque su contenido está construido únicamente con el discurso del legislador y el del jurista, excluyendo todos lo demás. Es importante diferenciar ambos discursos porque no son sinónimos.

III. DESLINDE IMPRESCINDIBLE

Una precisión importante a cerca del deslinde del discurso jurídico la desarrolla el profesor Rolando Tamayo y Salmorán,¹⁷ al decir que existen distintos niveles del lenguaje jurídico. Por una lado, existe un discurso jurídico prescriptivo, el lenguaje del legislador (como fuente legitimada de creación del derecho), comúnmente llamado *derecho*, expresado a través de enunciados lingüísticos llamados normas jurídicas, algunas de las cuales contienen las conductas que prohíben, permiten, obligan o facultan a los miembros de una comunidad a hacer u omitir algo. Al respecto, José Ramón Capella sostiene: "Todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje".¹⁸

La interpretación, descripción y sistematización, entre otras actividades, que recaen sobre las normas jurídicas antes descritas, dio lugar al surgimiento de un gremio especializado de concedores que podían decodificar el lenguaje del legislador, los juristas. Sus explicaciones se conocen como doctrina, dogmática jurídica, jurisprudencia o ciencia del Derecho. Dan cuenta del conocimiento científico del Derecho y su discurso tiene un alcance y características distintas al discurso jurídico prescriptivo.

La dogmática jurídica se expresa a través de un lenguaje racional, objetivo, mediante enunciados lingüísticos cuya función es explicar y describir el fenómeno llamado Derecho. Este lenguaje se conoce como discurso jurídico descriptivo. Este discurso da cuenta, entre otras cosas, de los criterios de identidad que permiten identificar que es aquello que llamamos Derecho, reglas de interpretación que sirvan como criterios orientadores para los aplicadores del Derecho, esto es, para los jueces, conceptos jurídicos fundamentales y los primeros principios jurídicos.

¹⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, op.cit., pp. 124 a 126.

¹⁸ CAPELLA,, José Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 28.

El discurso jurídico descriptivo, elaborado por un jurista, se distingue del discurso jurídico prescriptivo, el lenguaje del legislador, en que el primero no condena o absuelve como lo hace el segundo, sino construye conceptos científicos jurídicos y principios al modo en que las otras disciplinas científicas hacen lo propio para dar cuenta con explicaciones racionales y objetivas del fenómeno que se produce en la realidad social a partir de la existencia y la aplicación del derecho.

Los juristas no son órganos de creación de Derecho sino que razonan y a través de un lenguaje explican, describen, interpretan y sistematizan el conocimiento racional sobre el mismo abonando a su comprensión.

La jurisprudencia romana construyó un sistema práctico, un *ars iudicanti*,¹⁹ para resolver los conflictos jurídicos. Desde Roma, las soluciones a los casos prácticos del derecho no se infieren solo del lenguaje del legislador sino también del lenguaje del jurista y las consecuencias normativas que se sigan de ambos discursos.

La precisión de Tamayo es de gran importancia para entender la construcción de la inferencia normativa o las soluciones proporcionadas por los jueces o los juristas a los casos jurídicos, porque alude a que las soluciones jurídicas a los problemas prácticos del derecho, no “se siguen lógicamente”, como si fuera equivalente de la expresión “se sigue jurídicamente”²⁰. La consecuencia normativa no se obtiene de valores o principios lógicos, sino de la interpretación e invocación del material reconocido como “derecho”, así como de los textos donde consta el lenguaje jurídico descriptivo, la dogmática, y las consecuencias jurídicas que se sigan de ambos. Esta idea es central para comprender la regla fundamental del juego de la argumentación jurídica.

IV. RAZONAR JURÍDICAMENTE

Hemos sostenido que la argumentación es una práctica humana que hacemos cotidianamente y en distintos ámbitos. Constantemente razonamos y usamos herramientas lógicas para reforzar la racionalidad de nuestros deseos o pretensiones. Los elementos que deben tomarse en cuenta para el éxito de un argumento correcto e invencible han dado lugar a una amplia literatura y desarrollado posiciones encontradas.

¹⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, op. cit, p. 159.

²⁰ *Ibidem.*, pp. 156-157.

Estas líneas tienen como propósito analizar algunos aspectos que considero relevantes para la comprensión del uso argumentativo del lenguaje jurídico, las condiciones en las que tiene lugar el razonamiento y la argumentación jurídica y dar al lector algunos datos para que se posicione frente a la controversia Tamayo-Perelman.

El análisis histórico del profesor Rolando Tamayo y Salmorán²¹ respecto al origen de la jurisprudencia romana abona al entendimiento de lo que llama Toulmin, *el paralelismo* entre lógica y jurisprudencia. La génesis del oficio del *iurisprudente* es posible una vez que el paradigma de la racionalidad de la ciencia se ha consolidado en el pensamiento romano y las decisiones humanas se tornan racionales, porque son producto de la decisión lógica de los hombres, estos últimos han dejado de ser caprichos de los dioses. Luego entonces, los seres humanos pueden construir explicaciones racionales sobre los objetos de conocimiento. “Lo que hoy en día nos parece evidente, en la antigua Grecia fue, realmente, un hallazgo revolucionario: la capacidad de conocer”.²²

Tamayo resalta la importancia del discurso de Thales de Mileto en la historia de la ciencia y del pensamiento científico occidental porque a partir de él emergen conceptos claves como razón, lógica, racional, razonamiento, racionalidad, método, argumento, argumentar, de ahí que para saber qué significado tienen hay que recurrir a su uso en el quehacer científico. La obra del profesor Tamayo es en muchos sentidos excepcional, pero en este punto, la claridad con que explica el origen de la ciencia griega y su discurso, es magistral.

Tamayo sostiene “cuando los estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, abordan objetos de la geometría, de la matemática, de la física, e la química (disciplinas a las cuales nadie dudaría en aplicarles la palabra, ‘ciencia’), tales estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, devienen los prototipos o paradigmas de la palabra ‘ciencia’”.²³

Los objetos y las teorías paradigmáticas de la ciencia son los que se refieren a las matemáticas, física, química, geometría. Pero existen ciertas actividades así como el producto de las mismas, que se encuentran en una zona de penumbra con relación a si deben ser consideradas o no como actividades científicas.

²¹ *Ibidem*, p. 91-109.

²² *Ibidem*, p. 48.

²³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Facultad de Derecho y Themis Ed., 1992, p. 255.

Concretamente, ¿la actividad de los *iusprudentes* puede ser calificada como proceso científico y, su producto, una teoría o resultado científico? Tamayo en su obra nos proporciona elementos suficientes y contundentes para responder este planteamiento afirmativamente toda vez que cuando los juristas describen, interpretan, conceptualizan y sistematizan el conocimiento del derecho aplican procedimientos reconocidos como “métodos científicos”²⁴ De ahí que “al conjunto de principios y enunciados que resultan de esa actividad”²⁵ también se conozca como ciencia del Derecho. En este sentido, la dogmática jurídica, el producto del trabajo científico del jurista es el aparato semántico que usan los abogados y jueces para construir sus argumentos jurídicos.

Tamayo señala “La palabra argumento puede usarse para indicar cualquier enunciado que afirma algo”.²⁶ Comúnmente es usado como sinónimo de razonamiento. Argumentar, “de latín *arguere*, ‘mostrar’, ‘dar a conocer’, ‘afirmar’, *grosso modo*, consiste en confrontar “argumentos”.²⁷ Argumentar en derecho “consiste simplemente en usar el aparato conceptual y hermenéutico de la jurisprudencia”.²⁸ La argumentación jurídica es un juego que tiene lugar siempre que se cumplan condiciones y requisitos específicos.

Cuando se argumenta el propósito es obtener un enunciado construido racionalmente. Su tesis afirma que el paradigma de la racionalidad es la ciencia. La racionalidad señala Tamayo:

...es básicamente un concepto metodológico que se aplica a cursos de acción intelectual que tienen que ver con el conocimiento científico. En efecto, las expresiones ‘razón’, ‘razonamiento’, ‘racional’, y otras relacionadas nacen a la par que la ciencia griega. ‘Razón’ y ‘ciencia’ son palabras cuyos significados están estrechamente unidos. ‘Razón’, ‘racional’, y ‘razonamiento’ *se aplican a las formas de pensar propias del quehacer científico*.²⁹

Una distinción fundamental para entender la argumentación jurídica es la que introduce Tamayo al explicar que aunque los griegos concibieron la idea de razón desde una perspectiva unitaria, encontraron una variante a la

²⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, *op.cit.*, p. 256.

²⁵ *Ibidem*, p. 250

²⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, *op.cit.*, p. 198.

²⁷ *Ibidem*, p. 195.

²⁸ *Ibidem*, p. 130.

²⁹ *Ibidem*, p. 16.

que los romanos denominaron como prudencia o sabiduría. La razón “es la capacidad de los seres humanos para obtener conocimiento acerca del mundo incluida la habilidad de construir un lenguaje conceptual y usarlo para ofrecer y requerir razones”.³⁰

En atención al objeto de conocimiento en la ciencia existe una distinción entre razón teórica o epistémica, aquella que responde, ¿qué es? determinado objeto. Y, la razón práctica, que se distingue de la anterior porque su objeto de estudio son las acciones humanas y nos dice: ¿qué es?, y ¿qué hacer?, la *prudencia* romana tiene su origen en la razón, el prudente es el sabio, el jurista que decide como resolver el caso concreto de manera correcta.³¹

La razón epistémica y la razón práctica operan con el mismo rigor científico, se distinguen por su objeto, el prudente, el sabio, es aquel que sabe y decide la conducta racional en el campo de la experiencia jurídica.

La jurisprudencia romana es un parte aguas en la historia del derecho universal, en el sentido de que usa la razón práctica, pone énfasis en que el objeto de estudio de la ciencia del Derecho es la norma jurídica para usarla y decidir correctamente los casos jurídicos. Tamayo explica que los *iurisprudentes* romanos convierten a la jurisprudencia en ciencia al incorporar el único modelo disponible, la ciencia griega, para construir los conceptos jurídicos fundamentales y encontrar los primeros principios de la jurisprudencia al modo geométrico.³²

Los juristas aplican la razón práctica y los métodos griegos: “La prudencia busca la acción humana *racional*, la acción justificada. La prudencia, en base al conocimiento, señala la mejor acción que un hombre puede seguir en la circunstancia; la acción “correcta”, “válida para todos”, la que no puede ser objetada (superada) por otra”.³³ En este sentido, los juristas aplican desde Roma, la lógica aplicada que busca Tolmin precisamente en la jurisprudencia.

De lo anterior, podemos distinguir un uso argumentativo del lenguaje jurídico descriptivo, en el que se expresa la dogmática jurídica. Y un uso argumentativo jurídico práctico, los argumentos jurídicos de los abogados de las partes en los litigios, así como los razonamientos o argumentos de los jueces con los que ponen fin a los mismos.

El criterio de racionalidad aplicable a la argumentación jurídica que encuentro en la explicación del profesor Tamayo apelaría, en este sentido, a la capacidad del argumento de no ser refutado ni contradicho por otro en

³⁰ *Idem.*

³¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, *op.cit.*, p. 17.

³² *Ibidem*, p. 98-99.

³³ *Ibid*, p. 93.

el marco de la confrontación y de las reglas propias aplicables al proceso jurídico que se desprenden del material que componen el orden jurídico. El argumento vencedor es el *argumentum fides* del profesor Tamayo. La racionalidad jurídica no busca el consenso o la adhesión de los individuos o el auditorio al argumento, sino que persigue no ser refutado.³⁴

Razonar y argumentar en derecho consiste en hacer y usar enunciados jurídicos. El razonamiento jurídico es la actividad intelectual que se aplica cuando se construye un argumento de este tipo. El argumento jurídico es el producto de dicha actividad. La argumentación jurídica tiene lugar siempre que el oponente cuestione la pretensión que exigimos dentro de lo que se conoce como el proceso jurisdiccional ante el fracaso de soluciones alternas como el arbitraje o la conciliación.

Una regla que debe reconocer aquel que juega a la argumentación jurídica es que sólo valen como jugadas del juego las normas jurídicas,³⁵ el lenguaje prescriptivo. Un argumento jurídico es racional si logra no ser refutado por otro durante la confrontación, en cuyo caso la fuerza del argumento vencedor no reside en elementos retóricos o persuasivos, sino en el material jurídico prescriptivo que invoca para justificar su pretensión, y el material de la dogmática jurídica que usa para reforzarlo.

V. CONCLUSIONES

Stephen Tolumin acierta en identificar como paradigma del razonamiento práctico a la jurisprudencia, disciplina que desde su origen usa la razón y la lógica aplicada para resolver problemas concretos. La jurisprudencia tiene como objeto de estudio las acciones humanas y busca construir explicaciones para decidir racionalmente los casos jurídicos.

Es importante resaltar la utilidad pedagógica que ofrece el trabajo de Stephen Toulmin sobre el uso argumentativo del lenguaje y sus modelos para la enseñanza del razonamiento y argumentación jurídica.

Expresiones como *racional*, *razonamiento*, *argumento*, *argumentación* son polisémicos pero la idea que subyace en el análisis de Stephen Toulmin es que aquel que argumenta tiene como propósito construir algo “racional”. En este sentido, la tesis que abona a la comprensión de las condiciones que gobiernan el uso del razonamiento y argumentación jurídica es la del profesor Rolando Tamayo y Salmorán.

³⁴ *Ibidem*, p. 196.

³⁵ *Ibidem*, p. 217.

Un argumento jurídico es racional si es producto de los cálculos de la razón y la lógica aplicada y es capaz de no ser refutado por otro durante la confrontación de argumentos. La racionalidad jurídica opera con la lógica del discurso científico. Thales de Mileto, no buscaba convencer sino construir una explicación racional sobre las cosas, esta capacidad estaba sujeta a la demostración, del mismo modo que lo está el argumento jurídico frente a las reglas y condiciones dadas por el orden jurídico y que deben cumplirse para jugar a la argumentación jurídica.

La argumentación jurídica es una actividad propia de la razón práctica. El objeto de la argumentación jurídica es la construcción de un *argumentum fides*, un argumento racional, que use el aparato conceptual y hermenéutico de la jurisprudencia para resolver un caso de la experiencia jurídica.

El uso de la lógica en el campo del razonamiento y la argumentación jurídica es relevante, como Toulmin señala, la lógica es jurisprudencia generalizada, pero es vital tener en cuenta como destaca Tamayo, que la construcción de la inferencia normativa o consecuencia jurídica no se sigue de valores lógicos sino del material llamado derecho y de la dogmática jurídica. De igual forma, detrás de la idea de que se usan herramientas lógicas para la formulación de argumentos jurídicos, no se sigue que estos se construyan a partir de valores lógicos sino del material conocido como derecho y la dogmática jurídica.

El criterio de racionalidad aplicable al campo de la argumentación jurídica, no se obtiene de la adhesión o persuasión que el argumento tenga sobre individuos o auditorios, sino como sostiene el profesor Tamayo de que sea un *argumentum fides*. Razonar en derecho no es sinónimo de debatir o polemizar sino usar normas jurídicas para obtener un *argumentum fides*, aquel que no puede ser refutado o vencido en el marco del juego de la argumentación jurídica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CAPELLA, José Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968

MORÍN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 1998.

PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS TYTECA, L, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Madrid, Gredos, 1989.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Facultad de Derecho-UNAM-Themis, 1992.

TOULMIN, Sthepen, *The uses of argument*, Nueva York, Cambridge, 2003.

JUECES Y DERECHO EN MÉXICO: UNA VISIÓN DESDE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA*

JUDGES AND LAW IN MEXICO: A PERSPECTIVE FROM PRACTICAL PHILOSOPHY

René GONZÁLEZ DE LA VEGA**

RESUMEN: A partir de la implementación de la reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011, la labor judicial en México se encuentra en un proceso de modificaciones legislativas, cambios institucionales y capacitación a funcionarios públicos. Sin embargo, no se ha discutido qué modelo de juez es compatible con las exigencias del nuevo sistema de justicia, es decir, coherente con los requerimientos específicos que impone un Estado constitucional democrático, de corte liberal y composición plural. Más allá de un juez formalista o pragmático, existe la posibilidad de un juez que otorgue valor al razonamiento práctico en la adjudicación del derecho otorgando un papel relevante a los contextos y particularidades de cada caso en concreto, esto es, un juez virtuoso.

PALABRAS CLAVE: Labor judicial, formalismo, pragmatismo, consecuencialismo, derecho y virtudes, virtudes judiciales.

ABSTRACT: Since the implementation of the constitutional human rights amendment in June 2011, the judicial work in Mexico has been constantly adjusted through legal reforms, institutional changes and capacity building of public servants. However, one of the reflections that has not been carried out yet refers to what kind of judge is compatible with the requirements of the new judicial system, namely which kind of judge is compatible with the specific requirements imposed by a democratic, liberal and plural constitutional state. Beyond a formalist or pragmatic type of judge it is possible to have the type of judge who values the role of practical reason within legal decisions taking into consideration the contexts and particularities of each specific case or, in other words, a virtuous judge.

KEYWORDS: Judiciary, Formalism, Pragmatism, Consequentialism, Law and Virtue, Virtuous Judge.

* Este texto surge como conclusión general del curso sobre Teoría Jurídica Contemporánea que dicté en la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México durante la primavera de 2013. En ese sentido quisiera agradecer a todos mis alumnos por enriquecerme con sus comentarios y críticas. Sin embargo, quisiera agradecer particularmente a dos de ellos quienes me dieron comentarios muy enriquecedores sobre este texto en particular: Manuel de J. Jiménez Moreno y Rafael Caballero Hernández. Estoy muy agradecido, también, por todos los comentarios que Guillermo Lariguet ha hecho a una versión anterior de este trabajo.

** Profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El problema*. A) *La visión formal(ista) de la labor judicial*. B) *La visión del realista (o pragmatista) sobre la labor judicial*. C) *Problemas encontrados en ambas versiones de la labor judicial*. III. *Los desafíos prácticos a los que tienen que hacer frente los modelos tradicionales de juez*. IV. *La cuarta posibilidad: jueces y virtudes*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que el Derecho no puede evolucionar si sólo se cambian sus leyes y no se cambian también sus modelos conceptuales y sus criterios de razonamiento práctico.¹ No importa cuántas reformas se le hagan a la ley si estas no van acompañadas de una reestructuración conceptual y de un cambio en nuestra concepción sobre la racionalidad jurídica. Brevemente, debe existir una evolución paralela entre los cambios y reformas que hacemos a la ley con una revisión profunda sobre la forma en que comprendemos nuestras instituciones jurídicas, en particular, y el Derecho, en general.

En México se ha prestado mucha atención a todos estos cambios. Sin duda. Pero a excepción de uno: el modelo ideal de juez que requiere nuestro sistema para un eficaz funcionamiento. Un modelo de juez que responda a las necesidades prácticas (normativas) impuestas por el nuevo sistema de reformas constitucionales; esto es, que cumpla con las demandas impuestas por un sistema robusto de derechos humanos y que logre hacer frente a la clase de problemas que surgen en el seno de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Hablar de jueces no es únicamente hablar de la adjudicación de normas jurídicas. Es hablar de criterios de racionalidad, estrategias argumentativas, del rol que tienen que desempeñar las partes en un proceso y de la clase de procedimientos que deseamos. Discutir sobre el modelo ideal del juez es poner en orden nuestra concepción del Derecho, aclarar nuestras expectativas sobre el mismo a través del reconocimiento de sus límites y alcances, sobre su coherencia y sobre sus criterios para la resolución de conflictos. También significa discutir sobre las bases normativas sobre las que éste se asienta.

Son pocos los juristas conscientes de lo que implica estar ubicados, por ejemplo, sobre la base de un sistema jurídico de corte deontológico como también sobre la clase de problemas jurídicos que un Estado con una constitución rígida y una sociedad plural puede engendrar.

¹ Por razonamiento práctico entiendo todo razonamiento dirigido a guiar la acción, contrario a un razonamiento teórico, el cual estaría dirigido a guiar el pensamiento.

La concepción de juez que aun conservamos en nuestra mente y en nuestras prácticas jurídicas ya no es suficiente para hacer frente a las necesidades del nuevo sistema de justicia penal, como tampoco, a las demandas que impone un sistema constitucional rígido robustecido con la fuerza normativa de los derechos humanos. Esto es, un juez de corte formalista que motiva pero no justifica, que subsume hechos en reglas sin considerar otra clase de criterios jurídicos que no sean los de certeza y seguridad, un juez que, en suma, se considera a sí mismo como *la boca inanimada del legislador* y nada más. Esta clase de juez ya resulta insuficiente, sobre todo, si tomamos en cuenta que la evolución del derecho penal está yendo de la mano con el esquema más robusto de derechos humanos que jamás el país haya conocido. En ese sentido, discutir el modelo de juez necesario para el sano funcionamiento de dicho sistema no es baladí.

En 1977, H. L. A. Hart denunció las debilidades que encontraba en dos modelos de racionalidad jurídica que la teoría del derecho de su época recogía y defendía.² Por un lado, Hart denunciaba que la concepción formalista del derecho consideraba a la labor del juez como una labor menor. La labor del juez, según esta concepción, era la de emitir sentencias de manera cuasimatemática subsumiendo hechos en normas y derivando conclusiones sin que esto representara mayor problema. El juez poco tenía que decir sobre qué debía hacerse en cada caso. A esta concepción Hart la denominó como “el noble sueño”, pues dibujaba una idea del Derecho como un sistema determinado de reglas, las cuales siempre ofrecían una respuesta correcta y clara a los distintos casos en concreto. Eliminaba del panorama todo problema relacionado con las lagunas, la vaguedad y la indeterminación lingüística.

Por otro lado, encontraba una postura que era radicalmente distinta a la anterior. Una concepción del Derecho según la cual la labor judicial era una labor sometida a los vaivenes de la política. Los jueces no decidían según las reglas pre-establecidas del Derecho, sino de acuerdo con sus propios instintos, emociones e intereses. El Derecho, según esta perspectiva, era tan radicalmente indeterminado que los jueces podían manipular sus decisiones a placer; las normas al ser tan indeterminadas y vagas cedían ante las manipulaciones lingüísticas de los jueces. De ahí, que juristas como Oliver Wendell Holmes, secundados por otros como Jerome Frank, dijeran que “las profecías de lo que los Tribunales harán de hecho, y ninguna otra cosa más,

² HART, H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144.

es lo que yo entiendo por Derecho”.³ A esta concepción Hart la denominó como “la pesadilla”.

Hart denunciaba estas dos concepciones del Derecho para ubicarse en una tercera perspectiva. Una perspectiva según la cual, el Derecho ni era tan indeterminado como lo presentaban los autores de la “pesadilla” ni tan determinado y cerrado como lo veían los autores del “noble sueño”. Para Hart, el Derecho es una institución construida a través del lenguaje, el cual, como toda construcción humana es imperfecto. El Derecho, en ciertos casos está sometido a lo que él llamaba la “textura abierta del lenguaje”, según la cual, incluso reglas que en principio pensábamos estaban determinadas, al aplicarlas al caso en concreto sufren de ciertas vaguedades que deben ser combatidas por el juez. Ante esta clase de problemas, decía Hart, los jueces tienen que hacer uso de su discrecionalidad y paliar las complicaciones lingüísticas que se presenten dando sentido y certeza a las leyes.⁴ Por lo tanto, los jueces no representan ni la imagen pasiva del formalismo ni la imagen política del realismo.

Sin duda, las cosas han cambiado lo suficiente desde las críticas de Hart. En la actualidad, hay grandes avances en el área de la argumentación jurídica, las cuales, tienen precisamente el propósito de limitar la discrecionalidad de los jueces a través de ciertos criterios formales de racionalidad práctica.⁵ De la misma manera, se discute que además de ese cúmulo de criterios de racionalidad existe también un marco de normas fundamentales que sirven como herramientas sustantivas para la resolución de problemas prácticos.⁶ Sin embargo, todos estos esfuerzos están encaminados, cada vez más, a construir una imagen del juez que si bien no nos regresa a las fatalidades optimistas del “noble sueño”, sí podría llevar a lo que Hart llamó un “neoformalismo”⁷ al estilo Dworkin que defiende otra forma de decir que siempre hay respuesta correcta, sólo que la misma se alcanza sin el postulado de jueces autómatas sino a través de otros criterios como la ponderación y la in-

³ WENDELL HOLMES, Oliver, “The Path of the Law”, en LLOYD, Dennis y FREEMAN, M., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Londres, Stevens, 1986, p. 717.

⁴ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 124 y ss.

⁵ Véase, por ejemplo, ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008; PEZCENICK, Aleksander, *On Law and Reason*, Kluwer-Springer, 1989; ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2003; AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Kluwer-Springer, 1987.

⁶ NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 21.

⁷ HART, H.L.A., “Postscript”, en *The Concept of Law*, op. cit., p. 259.

interpretación. Sin embargo, lo cierto es que termina por defender un modelo de juez cercano al formalista en tanto que, en realidad, no es capaz de hacer frente a los complejos problemas de las sociedades plurales y democráticas, ni reconoce que estos conflictos terminan por mostrar las limitantes que tiene la racionalidad jurídica en general. Esta clase de negación implicaría una especie de compromiso con la irracionalidad.⁸

En términos generales, quitando quizás algunos rasgos como el arraigo y la extinción de dominio, los propósitos de la Reforma penal en México tienen un innegable compromiso con los Derechos Humanos. La idea central ha sido la construcción de un modelo de justicia penal que sea cada vez más acorde con los requerimientos normativos que los derechos humanos imponen, pero también, con la de cumplir con otra clase de requerimientos: los de una democracia plural. Por tanto, insertar al Derecho penal dentro de esta perspectiva generará causas inmediatas en la forma en que lo comprendemos y en la forma en que lo aplicamos. Repárese que a partir de la reforma a los artículos 1º, 16, 18, 19, 20, 21 de la Constitución mexicana, principalmente, el Derecho penal ya no se puede ver como aquella área del derecho que tiene sus propias reglas de interpretación y aplicación, en tanto sistema construido a partir de reglas presuntamente determinadas, sino que ahora está jurídicamente inmerso en un amplio catálogo de requerimientos normativo-constitucionales. Esto es, que ahora en su aplicación tienen supremacía normativa los principios constitucionales.

Teniendo esto en mente, las instituciones mexicanas se han embarcado en la búsqueda de mejores formas para la implementación de dicha reforma: desde la capacitación de los servidores públicos, cambios y modificaciones institucionales, creación de nuevas dependencias, hasta la formulación de reformas y creaciones legislativas que permitan una tersa entrada en vigor de dicha reforma. No obstante una de las grandes ausencias en la discusión sobre la reforma ha sido la de qué modelo de juez es compatible con las nuevas exigencias de este sistema penal y coherente con los requerimientos específicos que le impone un Estado constitucional de corte liberal y puede hacer frente a los conflictos que emergen en una sociedad democrática y plural como la nuestra. Es claro que el sistema jurídico mexicano en su conjunto impone una serie de obligaciones jurídicas a los jueces, y que el sistema penal en particular impone a él una forma específica de desempeñar su labor. Es claro también que uno de los rasgos por los que la reforma se ha distinguido es el de separar funciones entre distintas clases de jueces y conceder a cada uno diferentes grados de competencia y concederles funciones

⁸ Esta es la tesis que defiende Jon Elster en su *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, España, Gedisa, 1999.

de diversa índole. Sin embargo, no se ha discutido aun el modelo de juez penal en general. Un modelo que responda a los requerimientos específicos de la materia ni a los requerimientos normativos de un Estado constitucional de Derecho.

En ese sentido, es relevante preguntarse sobre el *tipo ideal* de juez para este nuevo sistema penal. Es decir, ¿si la clase de liberalismo sobre el que está diseñado este modelo de Estado es coherente con la idea de *jueces virtuosos* o, si requiere de jueces apegados a la tradición formalista o, si el tipo de juez que requiere debe hacer cumplir los requerimientos de un juez pragmático o consecuencialista? Conocer el modelo ideal de juez que requiere la reforma es necesario para el buen éxito de la misma. Es necesario para que se cumplan todos los compromisos normativos que el sistema jurídico mexicano ha adoptado con ella. Para que la capacitación sea idónea. Para que fiscales y defensores conozcan el tipo de estrategias argumentativas y procedimentales que deben llevar a cabo durante un juicio.

Bajo un sistema inquisitivo y formalista, las estrategias procedimentales son sumamente diferentes a las estrategias que se deben adoptar estando en un sistema acusatorio y adversarial. Mientras que en el primer tipo, los jueces al no tener una verdadera necesidad de justificar sus decisiones los abogados tampoco requerían de una estrategia argumentativa, mientras que, en el segundo las cosas cambian radicalmente: los jueces tienen que justificar desde un punto de vista interno su decisión final y desde un punto de vista externo todas las premisas que han integrado su razonamiento, para ello, se requiere que los abogados realicen verdaderos ejercicios de argumentación. Pero nunca sabremos a qué esquemas argumentativos los fiscales y defensores se tienen que apegar sin antes saber a qué clase de jueces se van enfrentar.

II. EL PROBLEMA

La tradición judicial en México históricamente hablando ha respondido a una concepción formalista. A diferencia de la tradición anglosajona que responde a una concepción pragmatista o realista. En términos generales podría decirse que mientras en los países latinoamericanos los jueces pertenecían a lo que Hart llamó el “noble sueño”, los países anglosajones vivían en algo cercano a la “pesadilla”. Sin duda, el formalismo se podría caracterizar como la antítesis del pragmatismo, sin embargo, la evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos y la homologación de criterios entre ambas

clases de sistemas han hecho que cada vez más tanto un sistema como el otro adopten rasgos en común. Esto se hace tangible cuando analizamos algunos de los requerimientos que impone el nuevo sistema penal en México, los cuales responden a una mixtura de criterios entre ambos sistemas jurídicos que ponen en entredicho la concepción tradicional del juez mexicano. En lo que sigue diré en qué consisten ambas perspectivas judiciales (la formalista y la pragmatista) y diré algunos de los problemas que encontramos en cada una de ellas de cara al nuevo sistema de justicia penal.

A) *La visión formal(ista) de la labor judicial*

Si bien es cierto que la concepción formalista del Derecho ha sido ampliamente estudiada y que profundizar en ella significaría algo así como tener que hacer una historia sobre el desarrollo de la Filosofía del Derecho continental, es posible enumerar algunos de sus rasgos y acepciones más característicos en aras de ubicar la concepción de juez que defiende y sus problemas específicos.

En *El problema del positivismo jurídico*,⁹ Norberto Bobbio enumera cuatro diferentes formas de entender el formalismo jurídico:

1. Como concepción legalista de la justicia (legalismo),
2. Como teoría normativa del Derecho (normativismo),
3. Como ciencia del derecho o dogmática jurídica, y
4. Como jurisprudencia de conceptos (conceptualismo jurídico).

Sobre las tesis centrales que Bobbio ya había expuesto con anterioridad, se pueden subrayar las siguientes ideas:

1. De acuerdo con Bobbio, el formalismo entendido como *teoría de la justicia*, es aquel: “[...] que considera que un acto justo es el que se hace conforme a la ley, e injusto aquel que está desacuerdo con ella”.¹⁰ Es decir, esta clase de formalismo podría afirmar que emitir un juicio ético-normativo sobre un acto o acción particular consiste en la conformidad que tiene éste con la norma, donde bueno es estar conforme con ella, y malo es estar en contra de ella. Frente a esta clase de formalis-

⁹ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, BEFDP, 1992.

¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

mo, que ha sido muy debatido, se reconoce con cierta generalidad que sus tesis son teóricamente incompatibles con los estándares normativos impuestos por un Estado constitucional de Derecho.

2. El formalismo, visto como *teoría formal del Derecho*, es defendido por “aquellas teorías que presentan el Derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable)”.¹¹ Así, Bobbio nos dice que todas las teorías con un cierto grado de sistematicidad son formales. El mejor ejemplo de ello es la teoría del Derecho de Kant, esto es por la fuerte atención que Kant prestó a los esquemas formales del Derecho. Esta clase de formalismo en realidad no debería ser descartado ni en la teoría ni en la práctica jurídica, no sólo por el grado de dificultad lógica que exista para hacerlo, sino también, y sobre todo, por el papel tan importante que representan las estructuras formales dentro del sistema jurídico, de las que, si prescindiéramos, podríamos hablar de todo excepto de Derecho como sistema de normas. Esta parte, logra también, la importante tarea de proteger muchos de los principios del Derecho tales como la seguridad jurídica, la certeza, y la coherencia del sistema.
3. La tercera clase de formalismo es el *normativista* o como *ciencia del Derecho*. Es importante destacar que en este caso no se habla de ciencia en sentido estricto, es decir “...como ciencia formal en el sentido más riguroso de la palabra, según el cual se distinguen las ciencias formales (como la lógica) de las ciencias empíricas (como la biología)”.¹² En realidad se habla de ciencia formal en un sentido más amplio “...como forma del saber que no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones *normativas* de hechos y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la *construcción* (de conceptos) y, [...] [d]el sistema”.¹³ Aquí se nota la tajante diferencia entre la concepción formal del Derecho (en este sentido expuesto) y la concepción pragmática. Esta diferencia responde, por un lado, al énfasis que hace el formalismo por el mundo de las ideas y de las abstracciones, mientras que, por el otro, el énfasis que pone el pragmatista en el mundo de los hechos y de la realidad.

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² *Ibidem*, p. 23.

¹³ *Idem*. Subrayados, paréntesis y corchetes son míos.

El haber subrayado esta diferencia sólo tiene como propósito el de mostrar los medios y los fines de cada una de las corrientes, y, por lo tanto, cuáles serán las concepciones de que ambas versiones defienden del juez.

Cuando el formalismo normativista habla de “construcción”, de lo que en realidad habla es del medio de abstracción de conceptos. Este término se lo debemos en gran parte a Max Weber (entre otros). Él se refirió a esta “construcción” con el nombre de “tipo ideal”. Los tipos ideales son el resultado de un constructo abstracto no sólo aplicable al ámbito jurídico, sino a muchos otros como podrían ser el antropológico, el religioso, el sociológico. Empero, en el reino del Derecho estos se han entendido como la unión de las “relaciones vitales” (de individuos) con una “relación jurídica” (con el legislador). Esta construcción jurídica permite elaborar o abstraer, el “sentido” de la relación. Esta “relación” no está dada en los hechos, sino es de carácter conceptual normativo.¹⁴ Normalmente, esta “construcción jurídica” del tipo ideal tiene como medio teórico a la dogmática jurídica, en donde el fin de la investigación no es, ni la explicación causal, ni la justificación de una institución jurídica, sino únicamente la de su estructura normativa.

Este tipo de dogmática jurídica es la que ha tenido mayor arraigo en el desarrollo teórico y en la educación jurídica de los países latinoamericanos, y en algunos de la Europa central. Se podría decir que estos países han seguido por años un modelo legalista-normativista.

4. El último de los tipos de formalismo es la *jurisprudencia de conceptos* (o interpretación formal del Derecho). La principal característica es la de ver al juez como el aplicador de definiciones conceptuales y no como creador de Derecho. Es decir, que la labor del juez se resume a la formulación de silogismos lógicos, mientras que su función motivadora y justificativa en las resoluciones jurídicas no tiene cabida en esta forma de concebir al Derecho.

Se puede hablar, entonces, de una concepción conservadora y poco progresista del Derecho. En oposición al pragmatismo, esta concepción considera al sistema de fuentes como un sistema “cerrado”.¹⁵

¹⁴ Cfr. RADBRUCH, Gustav, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1963, pp. 104 y ss.

¹⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2003.

En un sentido únicamente descriptivo, podemos decir, que esta fórmula ha sido la preferida de los Estados totalitarios, donde la elección es la de un juez autómatas aplicador de las leyes del “dictador” para la preservación del *statu quo*; sin duda esto pervierte su inicial propósito que estaba comprometido con la imparcialidad, empero, es muestra de que la postura acrítica que esta perspectiva profesa la pone al servicio de quien sea. Y, entre otras cosas, esto se debe a que el formalismo de conceptos va en contra de la consecución de fines que no sean otros que los meros fines formales; su mismo conservadurismo se lo prohíbe. Aunque tampoco sería válido considerar siempre a este modelo como incorrecto o injusto, supongamos que vivimos en un Estado –como son muchos de los Estados en transición donde se vive una especie de totalitarismo– donde los fines y los intereses sociales son tan inciertos que un método de interpretación abierto, como el pragmático, a la innovación, sólo lograría causar un mal peor.

Sin embargo, bajo el nuevo paradigma social donde el Estado de Derecho recobra su importancia y, lugar también, donde los derechos humanos tienen la mayor aceptación y, donde el imperio de la constitucionalidad comienza a ser efectivo, la jurisprudencia de conceptos tiene poco que ofrecer.

B) *La visión del realista (o pragmatista) sobre la labor judicial*

La famosa frase de Oliver Wendell Holmes que hace algunas páginas citaba resume de manera clara y breve la tesis central del realismo jurídico: “Las profecías de lo que los Tribunales harán de hecho, y ninguna otra cosa más, es lo que yo entiendo por Derecho”. El realismo, no puede tomarse estrictamente hablando como una teoría, sino más bien, como un movimiento.¹⁶ Como un movimiento que tanto el pensamiento jurídico y el trabajo jurídico adoptaron como respuesta en contra del idealismo y, sobre todo, en contra del formalismo y de la jurisprudencia de conceptos de la clase desarrollada por el primer Ihering.¹⁷ Las tesis principales que este movimiento defendió son las siguientes:

¹⁶ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *El realismo americano*, manuscrito inédito, 2004.

¹⁷ VON IHERING, Rudolf, *Estudios jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1974. Teniendo en consideración que fue el “primer Ihering” quien desarrolló la jurisprudencia de conceptos y, el que podría denominarse “segundo Ihering” quien defendió una jurisprudencia más pragmática que fue la de los ‘intereses’.

1. Una concepción dinámica del Derecho.
2. Una concepción instrumental del Derecho (el Derecho como un medio para obtener fines sociales).
3. Una concepción dinámica de la sociedad.
4. La desconfianza en las reglas y conceptos jurídicos tradicionales como descripción de lo que hacen los Tribunales y la gente.
5. La desconfianza en que las reglas prescriptivas sean el factor protagonista en la decisión judicial.

Según las tesis defendidas por el pragmatismo jurídico a todo juicio de valor subyace una verificación fáctica, por lo tanto, suele resolver el valor de una acción resumiéndola a un criterio que adecua los medios a los fines. La fuente normativa de esta corriente, a diferencia del formalismo que está basado en una concepción kantiana de la racionalidad práctica, es el llamado *consecuencialismo*. Esto es, aquella teoría del razonamiento práctico que ve en los resultados de las acciones el criterio último para su evaluación justificativa. Toda acción es correcta en tanto en cuanto los resultados de dicha acción sean benéficos.

De acuerdo con esto, Ernesto Garzón Valdés considera que para el pragmatismo jurídico: “Aquello que es útil o conveniente para la obtención de un determinado fin es, por la misma razón, valioso”.¹⁸ Por otro lado, Löffelholz en su teoría pragmatista del Derecho apuntó: “Lo importante para la problemática jurídica científica no es saber cómo deben conducirse los tribunales, sino cómo se conducirán”.¹⁹ Por lo tanto, y volviendo con Garzón: “La norma jurídica (en este caso) ya no es una proposición prescriptiva, sino un juicio descriptivo análogo a las leyes naturales”.²⁰

Lo cierto es, que bajo este punto de mira la experiencia producida por los fenómenos sociales suele tener mayor énfasis para la construcción, aplicación y comprensión del Derecho. Digamos que para el pragmatismo la experiencia es el criterio base con el que se predica la verdad y la validez de las normas, en general, y de las jurídicas, en particular. Pero es posible que por poner mayor énfasis en la experiencia social, entendida fundamentalmente como el origen del Derecho, se pongan en duda algunos aspectos formales y materiales de las normas jurídicas, éstos podrían ir desde su validez formal hasta su fundamentación material.

¹⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Introducción" a la obra de Gustav Radbruch: *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 39. Los paréntesis son míos.

¹⁹ *Idem*. Los paréntesis son míos.

²⁰ *Idem*.

También es claro que esta forma de entender el origen del Derecho es propia de países que gozan de una cierta estabilidad social, de criterios de racionalidad compartidos y de cierto consenso acerca de lo correcto e incorrecto. Por lo tanto, consideran que la producción normativa debe tener un carácter “abierto” y la labor judicial debe ser activa.²¹

El pragmatismo reduce al Derecho en tanto sistema de normas a un medio instrumental para la solución “eficaz” de los conflictos sociales. La eficacia, tiene un valor importante, el cual no podemos negar, pero cuando es aislada del resto de valores, se olvidan muchos otros objetivos fundamentales del Derecho, tal como la idea de corrección, es decir, su pretensión de justicia, o la de seguridad jurídica.

Esta crítica no está tan alejada de la realidad. Como vimos, en el pragmatismo jurídico el criterio de fundamentación normativa se encuentra sujeto a la experiencia, es decir, con base en los hechos. Este esquema desecha casi por completo la idea de fundamentar las normas en criterios establecidos por los derechos humanos y los principios de una Constitución. Esta visión instrumentalizada del Derecho, en la mayoría de los casos es guiada hacia un escepticismo ético que en el fondo lleva a pensar que lo que es técnicamente posible es también éticamente aceptable.²²

Como podemos ver, el único *resultado* que es buscado por el pragmatismo es la efectividad del Derecho, siendo así, la efectividad a toda costa obstruye el acceso a otros fines y valores del sistema de normas que favorecen al Estado de Derecho. Por último, si aceptamos lo anterior podemos entonces decir que dicho instrumentalismo pragmatista por sus propias bases teóricas se encuentra propenso a admitir una subordinación del Derecho frente a la política.

Recuérdese que Alexis de Tocqueville en su obra *La democracia en América* decía que tarde o temprano todo asunto político en los Estados Unidos era llevado y debatido en la Suprema Corte.²³

Los resultados de esto serían, por un lado, perder el criterio de imparcialidad en la toma de decisiones jurídicas. Y, por el otro, sustituir los fines del Estado de Derecho, expresados en su gran mayoría por la Constitución, por los fines particulares de los partidos políticos, es decir, someter todo al ámbito de lo negociable.

²¹ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho...*, *passim*.

²² PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, “Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho”, en LAPORTA, F. (ed.), *La enseñanza del Derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

²³ TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 106 y ss.

Las críticas son muchas, pero también debemos reconocer algunas de las virtudes de este modelo como concepción del Derecho. Una de ellas es sin duda que los operadores del Derecho no están limitados únicamente al uso exclusivo de herramientas intra-sistémicas. Es decir, que permanecen “abiertos” a otros ámbitos de las ciencias sociales como son la ética, la política, la economía, la filosofía, la historia, la psicología o la sociología.

Otra virtud que ha de ser tomada en cuenta, y que ya fue apuntada por Manuel Atienza, es:

[E] rechazo de una concepción demasiado abstracta del Derecho; no significa que se esté en contra de los conceptos o de las teorías, sino que unos y otras deben estar elaborados en el nivel de abstracción adecuado.²⁴

Si aceptamos la importancia de estos dos últimos puntos, entonces, debemos considerar la posibilidad de que un tipo de pragmatismo más débil siempre forme parte de un modelo ideal de juez. Sin embargo, lo que se debe de evitar es que la tarea de los jueces se resuma en reducir los fines del Derecho a meros instrumentos o medios eficaces de control.

C) *Problemas encontrados en ambas versiones de la labor judicial*

De todo esto podemos deducir algunos de los problemas que tendrían (o tienen) los dos modelos de juez que hasta ahora hemos analizado: el formalismo y el pragmatismo. Entendiendo a ambos como los modelos tradicionales de dos sistemas jurídicos distintos: el *common law* y el Derecho continental.

En cuanto al formalismo se le podría criticar:

1. *Visión acrítica del Derecho*; reduce la idea de corrección al mero cumplimiento de la Ley.
2. *Aceptación dogmática de las normas jurídicas*; bajo este esquema sólo se obedecen las normas por razones de tipo prudencial. En su estudio se pierde la conciencia autocrítica y la conciencia de crítica social que la enseñanza del Derecho debe promover.
3. *Negación de la relación entre moral, política y Derecho*; niegan toda posibilidad de unificar la razón práctica.

²⁴ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, México, Fontamara, ITAM, UAM, ELD, INACIPE, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2003, p. 127.

4. *Escepticismo ético*; no reconoce la posibilidad que hay en evaluar ciertas conductas o ciertos juicios valorativos como objetivamente correctos o incorrectos.
5. *Decisionismo*; hace que se confunda la autonomía de los gobernantes con una especie de arbitrariedad.

En cuanto al pragmatismo se le podría criticar:

1. *Su perspectiva instrumentalizada del Derecho*; resume los fines en medios, la solución que es efectiva es buena en sí misma.
2. *Su propensión al escepticismo ético*; se piensa que el orden jurídico no es más que la traducción en normas de deber ser de situaciones reales que por su persistente continuidad llevan el germen de lo normativo, es decir, que lo normativo no pertenece al ámbito de la razón, y este ámbito poco puede hacer por el cambio social.
3. *Su servilismo político*; que es propenso a subordinar las decisiones jurídicas a los estándares impuestos por la demanda del mercado y de la política.
4. *Escepticismo axiológico*; los juicios de valor juegan un importante papel en la aplicación del derecho. Sin embargo, estos no parten de la razón, sino de los sentimientos, de las pasiones. Por lo tanto, no son razonables, no pueden estar justificados. Son pura retórica.
5. *Indeterminación radical del derecho* (respecto de las normas y respecto de los hechos); las decisiones jurídicas no pueden explicarse sin recurrir a datos subjetivos del juez que las emitió. Es decir, que bajo esta perspectiva no se le otorga ninguna importancia al análisis argumentativo del derecho. No existe un método, ni un esquema al cual podamos acudir para aplicar el Derecho. Sino, en realidad, para los realistas, las decisiones sólo se dejan guiar por sus emociones.

III. LOS DESAFÍOS PRÁCTICOS A LOS QUE TIENEN QUE HACER FRENTE LOS MODELOS TRADICIONALES DE JUEZ

Uno de los problemas que en la actualidad más se debate en la filosofía del Derecho y en la filosofía moral es el de la existencia de diversas clases de casos a los que la racionalidad práctica tiene que hacer frente. Desde la aparición del famoso libro del filósofo Ronald Dworkin, *Taking rights*

seriously,²⁵ la filosofía del Derecho ha clasificado los casos jurídicos en dos distintas clases: “los casos fáciles” y “los casos difíciles”. Los *casos fáciles* representan aquella clase de conflictos prácticos bajo los cuales no existe ninguna duda sobre cómo deben ser decididos. Es decir, no hay dudas desde un punto de vista normativo (qué norma debe ser aplicable al caso, cómo debemos entender el mandato de dicha norma, no hay dos normas contradictorias que sean aplicables al mismo caso), ni tampoco las hay sobre los hechos que dieron origen al caso en concreto (no hay problemas de prueba, no hay problemas de coherencia en las declaraciones). Los *casos difíciles* en cambio, son aquellos en los que existen problemas sobre cómo debe ser aplicado en Derecho. Ya sea porque el Derecho ofrece respuestas contradictorias, ya sea porque el Derecho no es claro sobre qué norma debe aplicarse al caso en concreto, o ya sea porque el Derecho no es lo suficientemente claro y resulta dificultoso saber cuál es el resultado que ofrece. Son a esta clase de casos a los que las modernas teorías de la argumentación jurídica pretenden dar respuesta. Gran parte del discurso sostenido por esta clase de teorías es el de tener que abandonar las versiones puras del formalismo y del pragmatismo sobre la labor judicial.²⁶ La primera tiene que ser abandonada, porque de acuerdo con sus estándares, ésta no reconoce el papel de los principios dentro del Derecho ni acepta las relaciones entre Derecho y moral. La segunda, en cambio, porque no considera la importancia de un sistema de reglas determinadas y de la labor justificativa de un juez. Los objetivos de las teorías “estándar”²⁷ de la argumentación jurídica, tal y como se les conoce, ha sido precisamente el de superar los déficits encontrados en ambos modelos y la de proponer nuevos criterios de racionalidad para la solución justificada de conflictos prácticos.²⁸

No obstante estos esfuerzos, lo cierto es que dicha clase de teorías tampoco puede dar respuestas satisfactorias a la clase de conflictos que se generan en el marco de un Estado moderno.

En la literatura especializada se discute la existencia de otra clase de conflictos a los cuales comúnmente se les denomina como dilemas morales o

²⁵ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978.

²⁶ Cfr. ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, *op. cit.*

²⁷ Así las denomina Manuel Atienza en su *Las razones del derecho...*, *passim*.

²⁸ *Idem*.

conflictos trágicos.²⁹ Los dilemas morales o los conflictos trágicos consisten en las tres siguientes características conceptuales:

1. La primera de ellas es que son situaciones en la que un agente *S* tiene la obligación moral de hacer *A* y tiene la obligación moral de hacer *B* pero no puede cumplir con ambas obligaciones al mismo tiempo, ya sea porque *B* implica, precisamente, el no hacer *A* o ya sea porque las circunstancias fácticas en las que se encuentra le impiden realizar ambas obligaciones conjuntamente.³⁰
2. El conflicto no tiene resolución racional posible, por ejemplo, porque los valores o principios en conflicto son considerados como mutuamente inderrotables³¹ o incomparables.³²
3. El conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios en pugna, pero esta elección entrañaría un sacrificio o una pérdida moral. Este sacrificio se suele enfocar como un *mal* que la decisión no pudo evitar.

De acuerdo con las características 1) a 3) hay situaciones de conflicto normativo que no tienen respuesta correcta dado que no es posible aplicar al mismo tiempo las dos demandas en conflicto; una de ellas será sacrificada generando pérdida moral. Esta pérdida puede generar sentimientos morales como el remordimiento y la culpa.³³

Frente a conflictos trágicos entre derechos humanos, la respuesta no puede ser correcta ya que dejará pérdida moral. Lorenzo Zucca³⁴ ha defendido justamente esta tesis sosteniendo que hay casos trágicos donde no es posible solución correcta para lo que él denomina “dilemas constitucionales”, es decir, para ciertos conflictos entre derechos humanos contemplados en una Constitución. En estos casos según Zucca tenemos que admitir que un derecho que consideramos valioso ha debido sacrificarse y cuenta como pérdida o fuga moral.

²⁹ Véase WILLIAMS, Bernard, “Conflicto de Valores”, en *La fortuna moral*, UNAM, México, 1993, p. 93.

³⁰ MCCONNELL, Terrance, “Moral Dilemmas”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010.

³¹ Es la idea de que ningún requerimiento vence al otro (son por lo tanto *non overridden*). Véase SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, *Moral Dilemmas*, Oxford, Basil Blackwell, 1998, pp. 20 y ss.

³² Sobre incomparabilidad de valores véase CHANG, Ruth, *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997.

³³ Véase GREENSPAN, Patricia, *Practical guilt: moral dilemmas, emotions, and social norms*, Oxford University Press, 1995, capítulo 2.

³⁴ ZUCCA, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of fundamental legal rights in Europe and USA*, Oxford University Press, 2007.

Por su parte, algo semejante sostiene David Martínez Zorrilla³⁵ cuando afirma que un juez, puesto a decidir un dilema producido entre derechos constitucionales, tendrá “discreción” para resolver ya que la respuesta al conflicto se halla “indeterminada” por razones que obedecen a las características 1) a 3) que, según señalamos más arriba, definen a los dilemas en general.

Ahora bien, normalmente, lo que se le critica a estos modelos de juez y a los esquemas de donde derivan (el kantismo y el consecuencialismo) es que niegan la existencia de esta clase de conflictos. Ambos marcos de racionalidad práctica argumentan que los dilemas morales o los conflictos trágicos son elucubraciones de ficción sin ninguna sustancia real. En contra de esta crítica, pensamos que en la actualidad se pueden encontrar una gran cantidad de ejemplos de dilemas reales y potenciales que hacen necesario revisar críticamente los modelos tradicionales de juez. Al respecto, piénsese, por ejemplo, en el conflicto que puede producirse entre el derecho al silencio y la eficacia del sistema ante actos de terrorismo para preservar la paz y la seguridad de la ciudadanía.³⁶ No es posible respetar ambos requerimientos constitucionales a la vez. En ciertas ocasiones no hay más remedio que sacrificar uno de ellos, pese a que el derecho sacrificado era tan valioso como el que fue aplicado. Parece que este tipo de conflicto, si admitimos su existencia, pone en una encerrona a nuestros jueces, pues, hagan lo que hagan, decidan lo que decidan, no podrán evitar sacrificar un derecho igualmente exigible.

El problema que al que nos enfrentamos en el seno del Derecho penal contemporáneo es, precisamente, el de la tensión que puede haber entre: 1) la estructura de un sistema que ha estado basado por criterios estipulados por un sistema tradicional y que defiende valores como la certeza y la seguridad jurídica con, 2) otra concepción que le imprime importancia a valores sustantivos de la justicia como: la libertad, la igualdad, la ponderación de derechos, entre otros. Lo que pretendo subrayar con esto es, que los jueces penales están ahora, más que nunca, al descubierto teniendo que decidir entre ambos requerimientos (certeza vs. justicia) que no siempre son reconciliables ni commensurables.

³⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 371.

³⁶ Este me parece es el dilema que tuvieron que resolver en los EUA después del 11/S, la respuesta fue el *Patriot Act* de 2001. Sin embargo, podría fácilmente ser un dilema al que se potencialmente se pueden enfrentar los jueces mexicanos con el problema del narcotráfico.

Si prestamos atención a las versiones más radicales de los modelos judiciales que describí más arriba podríamos decir, que, la versión formalista del juez:

A. *Le otorga un valor omnipotente a las normas jurídicas dentro de la labor judicial.*

El ejemplo más crudo de esta postura lo podríamos encontrar en el *Libro Negro* de Giovanni Papini, quien describe un mundo en el que los jueces se han convertido en autómatas pensantes que tan sólo emiten sentencias sin saber quiénes son y cómo son a los que juzgan.³⁷

Y, que la versión pragmatista:

B. *No le otorga ningún valor (o un valor muy disminuido) a las normas jurídicas dentro del procedimiento judicial y, por tanto, practica una fe, en la intuición creativa de los jueces.*

La imagen más acabada de esta versión se vería reflejada, precisamente, en la imagen del Rey Salomón. Quien de acuerdo con el relato de la biblia “se apareció ante Yahvé... y Yahvé le dijo: Pide lo que quisieres que yo te dé. Y Salomón contesto: ...Da pues a tu siervo un corazón dócil para juzgar a tu pueblo, para *discernir entre lo bueno y lo malo* [para poder gobernar....]” (*1 Reyes 3:5,9*). Y Dios respondió: “lo he hecho conforme a tus palabras: he aquí que te he dado un corazón *sabio y entendido*” (*1 Reyes 3:11,12*). Cabe destacar que dicha sabiduría estaba basada en seguir los mandamientos. De acuerdo con esta versión, Salomón fue un juez que se recargaba únicamente en su virtud práctica y no en los criterios de algún modelo de racionalidad práctica.

La versión de los autores de la argumentación jurídica ‘neo-formalista’ abogarían por:

C. *Una versión que le otorga un valor omnipotente a la estructuras del razonamiento práctico dentro de la vida jurídica pero que no le otorgaría ningún valor a las virtudes éticas y epistémicas de un juez.*

Si ninguno de estos tres modelos de juez pueden dar respuesta a la clase de conflictos potencialmente posibles dentro de un marco constitucional de Derecho, es necesario preguntarnos sobre las propiedades disposicionales

³⁷ PAPINI, Giovanni, “El Tribunal Electrónico”, en *El libro negro*, México, Editorial Latino Americana, 1969, pp. 15-21.

que los juez deben de desarrollar para lograr resolver esta clase de conflictos de la manera más plena posible. Es aquí, donde cabría una cuarta posibilidad:

D. Una versión que le otorgue valor al razonamiento práctico y a la razón dentro del Derecho y la moral, aunque está consciente de que éstos tienen límites y que cuando estos límites se presentan es mejor contar con un juzgador virtuoso que con uno que sea puramente técnico o puramente guiado por la intuición de un hombre virtuoso.

IV. LA CUARTA POSIBILIDAD: JUECES Y VIRTUDES

Esta cuarta posibilidad le otorga un valor al razonamiento práctico y a la razón dentro del Derecho y la moral, aunque está consciente de que éstos tienen límites y que cuando estos límites se presentan es mejor contar con un juzgador virtuoso que con uno que sea puramente técnico o puramente guiado por la intuición de un hombre virtuoso.

Ésta es la postura, me parece, que también defiende Martha Nussbaum en su libro *Poetic justice* y a la que se refería Walt Whitman en su poema “A orillas del Ontario Azul”. En él, Whitman dibujaba con sus versos al siguiente juzgador:

De estos estados el poeta es hombre ecuánime,
no en él sino fuera de él las cosas son grotescas, excéntricas e
infructuosas...
Él otorga a cada objeto o cualidad su justa proporción, ni
más ni menos,
es el árbitro de lo diverso, es la clave,
es el igualador de su época y su tierra...
Los veleidosos años él sostiene con fe firme,
él no es pendencia, sino juicio (la naturaleza lo acepta absolutamente),
no juzga como el juez, sino como el sol lamiendo una criatura
indefensa...
El ve la eternidad en hombres y mujeres, no ve a hombres y mujeres como
sueños
o puntos minúsculos.³⁸

³⁸ Citado a través de NUSSBAUM, Martha, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995, p. 80.

Tanto el *Juez fantasma* de Whitman como el *Juez poeta* de Nussbaum ponen en contraste al juez que sólo se guía por la certera abstracción de reglas pseudo-matemáticas y, también, frente al juez que sólo confía en su instinto. Tanto para Whitman como para Nussbaum, el juez debe considerar tanto el valor de las reglas como el de una visión concreta que haga justicia a la vida de las personas. Cuando el *juez fantasma* de Whitman dice que el poeta es “el igualador de su época y tierra” está considerando la abstracta cualidad de reglas generales, pero cuando dice que el poeta “ve la eternidad en hombres y mujeres” y no los ve “como sueños o puntos minúsculos” está haciendo referencia a un juez que sabe *qué* juzga y a *quién* juzga.

La imagen, como lo dice Nussbaum, es la que fue defendida por Aristóteles a través de una metáfora arquitectónica: “el buen arquitecto –decía Aristóteles– es el que sabe darle forma a la piedra para que ésta embone en la estructura”, la virtud del juez, entonces, radica en saber formar un juicio abstracto que se apegue (que embone como la piedra) a los contextos que lo exigen y en reconocer que es a una persona a la que está juzgando.

El Derecho es tanto un área de humanidades como el objeto de estudio científico. Por tanto, requiere tanto las certeras habilidades que ofrecen los métodos del razonamiento práctico como del profundo entendimiento de la vida humana.

Aristóteles alguna vez argumentó que el razonamiento moral y político *es* y *debe ser* diferente del razonamiento deductivo desarrollado por la ciencia. Y que la filosofía práctica debería estar más concentrada en los cambios fundamentales de la historia, con la complejidad práctica que emerge de los contextos en los que nos ubicamos, y con la amplia diversidad de casos y problemas a los que nos enfrentamos.

Donde nos ubica esta perspectiva sobre las virtudes judiciales es frente a una visión menos científica del Derecho, pero también, frente a una perspectiva menos escéptica sobre el papel que éstas pueden desarrollar en la toma de decisiones jurídicas.

La primera perspectiva (la optimista), como he argumentado, atiende una clase de modelo del razonamiento jurídico como la práctica de subsumir hechos en normas o de ponderar valores morales. Todo hecho que esté contenido en los supuestos de la norma debe acarrear la consecuencia prevista por ella; toda ponderación debe servir para rescatar el valor central de cada principio. Si la norma prohíbe mentir, por ejemplo, cualquier acto en el que se encuentre la propiedad “no decir la verdad”, será incorrecto.

Bajo esta forma del razonamiento se obvian propiedades o aspectos destacados que dan forma a la situación en concreto.³⁹ Jonathan Dancy, quien

³⁹ DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, *op. cit.*, p. 112.

también está del lado de un juez al estilo Whitman, ha criticado esta postura desde lo que él llama “racionalidad narrativa” que entra en contraste con la “racionalidad subsuntiva”.

Dancy explica esta diferencia con un ejemplo estético. Dancy compara la situación con la de alguien que trata de describir un edificio desde un punto de vista artístico y no puramente arquitectónico. El arquitecto hará una descripción del edificio enfocándose únicamente en cuestiones relativas al material, las dimensiones, las proporciones, las formas y las técnicas de construcción, mientras que el artista, daría cuenta de otros factores destacados como podrían ser ciertos contrastes entre las formas geométricas, las sombras que generan, los detalles particulares de las cornisas, los retablos tallados, etc., que son los que ayudan a que podamos emitir un juicio sobre la belleza o la fealdad del edificio.⁴⁰

Lo que Dancy quiere decir con esto es que tomar una decisión práctica requiere, en mayor o en menor medida, de una *percepción* más que de un razonamiento deductivo; “comprender la situación tiene que ver más con examinar el caso y ver qué elementos destacan y lo configuran *valorativamente* que con realizar [únicamente] silogismos”.⁴¹

Para terminar con el dibujo de este juez racional y virtuoso que vengo delineando, me gustaría recordar las palabras del juez Raoul Van Caenegan, quien decía que: “el Derecho es tan bueno como lo son los jueces que lo aplican”.

V. BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Kluwer-Springer, 1987.

AMAYA, Amalia y Hock Lai Ho (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2003.

-----, *El derecho como argumentación*, México, Fontamara, ITAM, UAM, ELD, INACIPE, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2003.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, BEFDP, 1992.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 113.

⁴¹ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales...*, *op. cit.*, p. 172.

CHANG, Ruth, *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997.

DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Cambridge, Blackwell, 1993.

DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, EUA, Harvard University Press, 1978.

ELSTER, Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, España, Gedisa, 1999.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Introducción a la obra de Gustav Radbruch”, en RADBRUCH, Gustav, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1963.

GREENSPAN, Patricia, *Practical guilt: moral dilemmas, emotions, and social norms*, Oxford University Press, 1995.

HART, H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

-----, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

HURSTHOUSE, Rosalind, *On Virtue Ethics*, Oxford University Press, 1999.

LARIGUET, Guillermo, *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Lima, Temis-Palestra, 2008.

LEIBOWITZ, Uri D., “Particularism in Aristotle’s *Nicomachean Ethics*”, en *The Journal of Moral Philosophy*, 2012.

MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue*, University of Notre Dame, 2007.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

MCCONNELL, Terrance, “Moral Dilemmas”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 2005.

NUSSBAUM, Martha, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, “El Realismo americano”, manuscrito inédito, 2004.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, “Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho”, en LAPORTA, F. (ed.), *La enseñanza del Derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

PEZCENICK, Aleksander, *On Law and Reason*, Kluwer-Springer, 1989.

RADBRUCH, Gustav, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1963.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, *Moral Dilemmas*, Oxford, Basil Blackwell, 1998.

VON IHERING, Rudolf, *Estudios jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Helias-ta, 1974.

VON WRIGHT, Georg, *The Varieties of Goodness*, Nueva York, Routledge & Kegan Paul, 1963.

WILLIAMS, BERNARD, “Conflicto de valores”, en *La fortuna moral*, México, UNAM, 1993.

ZUCCA, LORENZO, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of fundamental legal rights in Europe and USA*, Oxford University Press, 2007.

LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO*

ANALOG HERMENEUTICS AND ITS APPLICATION IN LAW

José de Jesús LEDESMA URIBE**

RESUMEN: Para los filósofos griegos el Derecho fue en gran medida analogía. Asimismo, la voz griega *herméneia* significa expresión de un pensamiento del que derivan los significados de explicación e interpretación. Es dentro de las corrientes de la hermenéutica en donde se ha rescatado el valor de la analogía para llevarlo al terreno de la interpretación de textos y realidades que no se entienden debidamente. La hermenéutica analógica busca una interpretación analógica intermedia entre la univocidad y la equívocidad; de igual forma, emplea cuidadosamente el método filológico para buscar un mejor entendimiento y una nueva lectura del pensamiento jurídico contemporáneo.

PALABRAS CLAVE: Hermenéutica analógica, argumentación jurídica, filología jurídica, enseñanza del Derecho, equidad.

ABSTRACT: For the Greek philosophers law was largely analogy. Also, the Greek word *herméneia* means the expression of a thought to derive the meanings of explanation and interpretation. It is within the streams of hermeneutics where It has been rescued the value of the analogy to bring it into the realm of interpretation of texts and realities that are not properly understood. The analog hermeneutics seeks an intermediate analogous interpretation between the univocal and the equivocal; likewise, carefully uses the philological method to find a better understanding and a new reading of contemporary legal thought

KEYWORDS: Analog Hermeneutics, Legal Argumentation, Legal Philology, Teaching of Law, Fairness.

* El presente artículo fue presentado como ponencia en el "2º Coloquio de Retórica, Hermenéutica y Argumentación jurídicas", el 2 de octubre de 2013 en la Facultad de Derecho de la UNAM. Agradezco a Rafael Caballero Hernández su apoyo y los valiosos comentarios hechos a la última versión de este trabajo.

** Profesor Titular "C" por oposición de Derecho Romano I y II, y Director del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: semrom@derecho.unam.mx.

SUMARIO: I. *La hermenéutica analógica*. II. *El Derecho es vida humana comunitaria*. III. *Aplicaciones de la hermenéutica analógica a la interpretación e integración del Derecho*. IV. *El tejido analógico de la equidad*. V. *Bibliografía*.

I. LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA

Como es sabido el giro lingüístico en la filosofía, fue impulsado en buena medida por los trabajos de Ludwig Wittgenstein. Especialmente en su célebre *Tractatus* nos dice que lo que se expresa por sí mismo en el lenguaje, no podemos expresarlo mediante el propio lenguaje. La filosofía simplemente muestra lo que hay y agrega el prestigiado pensador: la filosofía no es propiamente una ciencia sino una actividad, lo que hace la filosofía no es decir sino sólo *aclarar*.

Atendiendo a la importancia creciente del denominado “giro lingüístico” de la filosofía y a la rica y creciente aplicación que está cobrando la hermenéutica analógica concebida e impulsada desde la UNAM, por el doctor Mauricio Beuchot, resulta muy interesante aplicar este instrumento con otros diversos en esta investigación. Estamos convencidos de la fecundidad de este método ya que los romanos, buenos discípulos de los filósofos griegos, aplicaron con su idiosincrasia, ricos y diversos instrumentos de la lógica a su propio Derecho. Para ellos, el Derecho es en gran medida, analogía y a través de ésta, impulsan su sistema jurídico.¹

La hermenéutica se propone interpretar los signos. A este propósito existe un breve y preciso pasaje del relato evangélico que dice: “En aquel tiempo, Jesús dijo a la multitud: cuando ustedes ven que una nube se va levantando por el poniente, enseguida dicen que va a llover, y en efecto, llueve. Cuando el viento sopla del sur, dicen que hará calor, y así sucede... Si saben interpretar el aspecto que tiene el cielo y la tierra, ¿por qué no interpretan entonces

¹ Desde el inicio del *Digesto* en 1.12.3, Juliano en su libro acerca de los Digestos, escribe que las fuentes del Derecho no pueden comprender todos los casos de tal modo que cuando alguno quede fuera de dicha ley y aparezca manifiesta la misma razón, el juez deberá proceder de la misma manera que en casos semejantes. Es importante notar que debe procederse del analogado primero y así *ad similia procedere*. Ya en tiempos muy anteriores aciden al adverbio de cantidad *quasi* para denominar analogados segundos. Se pueden ver la cuasi-poseción, los cuasi-contratos, los cuasi-delitos, el cuasi-usufructo, el concepto de póstumo *velleiano* y un sinnúmero de casos e instituciones. Para acercarse a los rudimentos de la hermenéutica recomendamos *Perfiles esenciales de la hermenéutica* de Mauricio Beuchot.

los signos del tiempo presente? ¿Por qué, pues, no juzgan por ustedes mismos lo que les conviene hacer ahora?"²

La hermenéutica analógica, explica Beuchot, partirá "de una acendrada conciencia de que no se puede alcanzar una interpretación perfectamente unívoca de un texto sin por ello lanzarnos a una interpretación completamente equivocista, vaga, relativa. Se buscará una interpretación analógica intermedia entre la univocidad y la equivocidad, aunque más inclinada a esta última porque en la analogía, aunque conjunta la identidad y la diferencia, predomina la diferencia"³.

La voz griega *herméneia* significa expresión de un pensamiento de donde derivan los significados de explicación e interpretación. Se trata de llegar a la intención objetivada del emisor que ha querido hacer trascendente lo que era sólo inmanente.⁴ Evidentemente en este sentido emerge con gran sonoridad la "interpretación" del mensaje. El Derecho en gran parte es mensaje, es comunicación, por ello el intérprete es un "mediador entre el emisor y el receptor"⁵. Esto porque el hombre no puede conocer ni captar directamente los pensamientos ajenos. La comunicación es un puente que nos permite el enlace inter-personal. El pensamiento claro y ordenado es el primer impulso de los dinamismos humanos. He aquí las bases antropológicas de la comunicación.

Es dentro de las corrientes de la hermenéutica en donde se ha rescatado el valor de la analogía para llevarlo al terreno de la interpretación de textos y realidades que no se entienden debidamente, ni bajo los criterios reduccionistas del univocismo ni tampoco a la luz de las visuales equivocistas que

² Lucas 12, 54-59.

³ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, México, UNAM, 2007, p. 56. El autor de este escrito se ha interesado por llevar este modelo analógico a la comprensión y una nueva lectura más rica de las fuentes del Derecho romano. Véase LEDESMA, José de Jesús, "Reseña al libro de Beuchot. Hermenéutica, analogía y símbolo", en *Jurídica*, núm. 34, 2004. En la novela *La rebelión de la granja* de Orson Wells, el cerdo Napoleón dice: "Todos los animales son iguales pero algunos son más iguales que otros", cita tomada de *Algarabía*, núm. 84, p. 115. No deja de ser curioso el juego lingüístico de la palabra igual y el empleo de más.

⁴ Así Platón emplea la palabra como "la razón de lo dicho en la explicación de la diferencia" en *Teeteto* (209 A). *Peri Hermeneias* es el título del tratado de Aristóteles incluido en el *Organón*, obra que funda la Lógica y por ello se ocupa de los juicios y de las proposiciones. Hay dos corrientes en la hermenéutica, la que le da preeminencia al mensaje y la que prefiere privilegiar la libre interpretación del receptor.

⁵ La interpretación de un texto como mediación ha sido ampliamente trabajado por el maestro francés Paul Ricoeur. Para estudiar la comunicación en la globalización, se puede ver la vasta obra de Niklas Luhmann.

todo lo pluralizan y disuelven. Por el contrario, es imperativo rescatar el sentido analógico del ser que es más diferencia que identidad, precisamente por encontrarse en el centro de estos dos extremos.

Muchas veces en la vida del Derecho quienes deben acatarlo lo incumplen, en algunas ocasiones con estrategias que en verdad son lícitas y en otras verdadero fraude a la propia ley. Con la actitud cualquiera que asuma el obligado por la ley, está replicando a la manera de un genuino receptor. Estamos ciertamente en presencia del proceso detonado por la emisión del mensaje. Se establece así un diálogo que puede darse con actitudes, no necesariamente con palabras, tal es el incumplimiento reiterado de la ley, lo es igualmente, su regular acatamiento.⁶

En la hermenéutica analógica juega un papel muy importante la sombra de los cuerpos físicos, la silueta, la caricatura, la traducción y otras realidades que desdoblan y replican al original. Un caso muy interesante es el ícono que aparece desde el signo entendido como señal que representa o conduce a algo cual sería el caso de la fotografía.⁷ Por ello el ícono es entendido como una representación gráfica de algo real o imaginario que facilita la conexión con el objeto representado. Dichos objetos representativos pueden poseer diverso grado de iconicidad según la semejanza entre el signo y la realidad representada. Si se asemeja poco se tiene poca iconicidad y mucha abstracción y a la inversa.⁸

Tratándose de la persona humana se ha discutido si son las manos, el rostro u otras partes de su corporalidad las que podrían de mejor manera conectarse y representarla. Hoy, Levinas, ilustre filósofo del s. xx ha trabajado con enorme creatividad el rostro del otro como ícono por excelencia del prójimo. En otro tiempo, Rúbén supo explotar magistralmente las manos del padre que recibe al hijo pródigo para simbolizar la presencia paterna y materna a la vez, soportando y apoyando al arrepentido. Éste por la posición del abrazo, está escuchando los latidos del corazón paterno arrobado de emoción. Con este material se abre una veta inagotable de reflexiones antropológicas y hermenéuticas.

⁶ Es necesario estudiar lo que hay sociológicamente detrás del Derecho vivo y detrás del Derecho que habitualmente se incumple y que algunos autores han denominado Derecho muerto.

⁷ Del griego *seméion* (señal). El desarrollo de estas ideas ha sido rico y significativo desde Saussure pasando por Peirce y muchos más. Remitimos de nuevo a la extensa obra de Beuchot.

⁸ De *eikon* (imagen). El problema de la imagen, su valor y representatividad dio lugar a una cruenta lucha en el medioevo del imperio romano de oriente, la de los iconoclastas.

Así el Derecho dentro de su múltiple iconicidad, se puede representar por la ley, mejor aún por la justicia y todo lo que a esta última se refiera. Es preciso desde ahora apreciar las conexiones profundas que se establecen entre la justicia y las facciones del otro que no ha sido satisfecho por las exigencias de la misma justicia y contrastarlas con las de aquél a quien sí se le ha cumplido.

La historia universal puede ser estudiada y entendida apreciando, pero, sobre todo, interpretando los rostros de los personajes que desfilan por sus escenarios en los contextos que les son propios. Es el tema del rostro del otro, algo fascinante para todas las ciencias humanas. Mucho de ello le debemos en tiempos relativamente recientes a Martín Buber, a Karl Rahner y otros distinguidos filósofos.

El Derecho es un concepto plenamente significativo como lo enseña Manuel Atienza.⁹ Mas si observamos atentamente en la realidad y en el concepto mismo de Derecho, se encuentran implicadas multitud de disciplinas, todas ellas concurren a darle su carácter pluri-disciplinar a la ciencia jurídica. Esto no significa en lo absoluto que nuestra ciencia carezca de su propio objeto formal, de su método singular, de su legítima cientificidad misma que le otorga la epistemología.

Debemos preguntarnos de dónde deriva este enorme cruce de disciplinas que se conjuntan en el objeto material –lo que el Derecho regula–. Podemos responder que de la misma realidad humana y por ende social. Esta realidad es abigarrada, muy compleja y a la vez grandemente dinámica y es ella la que condiciona al ser y al operar del Derecho ya que constituye como su suelo fértil, su sustento. Es por esta razón que la sociología, la economía, la psicología, la historia, la lógica y particularmente la ética y hasta la religión, contribuyen a imprimirle sus peculiaridades a las fuentes reales del Derecho y es en ellas en donde éste se anida y evoluciona. Puede decirse con propiedad que la historia del Derecho, en el fondo, se reduce a buscar y encontrar soluciones normativas y operativas a los nuevos y a los viejos problemas que se suscitan en la comunidad.

Como puede apreciarse el Derecho es medida de la realidad pero al propio tiempo es medido por ella.¹⁰ Es por eso que el debido entendimiento del círculo hermenéutico nos muestra patentemente que el proceso social del

⁹ ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, 1986, p. 11.

¹⁰ Como se aprecia, es por demás interesante estudiar estos entre-cruzamientos mutuos. Hay un estrecho y elocuente vínculo entre Derecho y realidad.

Derecho nace en el suelo social y a él retorna para encarnarse en la vida y es precisamente ahí donde se determina su eficacia y operatividad.¹¹

Urge señalar que desde el punto de vista de su eficacia, el Derecho siempre tiende a cristalizar en hechos, no puede traducirse en meras proclamas o declaraciones. Ya los romanos insisten en que sirve a los hombres, en que es un verdadero instrumento de la vida social. De otro modo expresado, el Derecho no es sólo un fenómeno literario aunque necesita de la expresión lingüística, tiende a ser y debe ser un hecho social consolidado o un nuevo hecho social que de alguna manera debe incidir en la existencia humana. Por ello, algunos estudiosos han enseñado que el deber jurídico contiene finalmente una conducta deseable e imponible. Ocurre que en ciertas ocasiones el orden normativo pretende conservar el estado de cosas o por el contrario, mudarlas. Esta insistencia en la importancia de los hechos jurídicos, no nos debe llevar a comulgar en todo con la escuela denominada “realismo escandinavo” que pretende reducir la juridicidad sólo a esos hechos.¹²

Es justamente el deber jurídico lo que nos da la medida de la dimensión jurídica ya que en su objeto, reside propiamente el anhelo de lo que se quiere en el ámbito de la justicia comunitaria. Se pretende reconocer el orden que encuentra la persona al irrumpir en el universo.

Como puede inferirse de lo anterior, el Derecho vive en los cambios sociales y vive de ellos. Nada más ajeno al Derecho que la quietud, que lo estático y ajeno al movimiento ya que la vida humana es en esencia cambio. Por ello el hombre necesita imperiosamente “comunicarse” con los demás, comunicarse con sus autoridades y éstas entre sí. Por ello podemos reiterar desde ahora que en gran medida el Derecho es comunicación entre humanos.¹³

A través del instrumento de la hermenéutica analógica que debe emplear cuidadosamente el método filológico, disponemos de un material muy va-

¹¹ Lo relativo al círculo hermenéutico se reduce a la comprobación de que el proceso jurídico se inicia con la observación de la realidad social y a ella retorna igualmente la norma ya elaborada, y si es el caso, aplicada con las medidas de apremio conducentes.

¹² Se trata de una postura interesante que se explica por la tradición de la cultura de Europa Báltica alejada hasta cierto punto de la tradición ius-romanista. Se ve una cierta aversión a vivir dentro de las abstracciones a que nos tiene acostumbrados la tradición romano-germana. Para una primera aproximación hacia esta escuela, puede verse: FASSÓ, Güido, *Historia de la filosofía*, 3 vols., Buenos Aires, Editorial Pirámide, 1982.

¹³ Observemos el carácter societario de la comunicación en la que se va del emisor al receptor y si se produce el diálogo se invierten las funciones. Sin duda uno de los postulados de nuestro sistema de ley escrita es el principio de que la ley debe ser conocida por sus destinatarios antes de poder imponer coactivamente su cumplimiento, de donde el principio de la llamada *vacatio legis*.

lioso para comprender el *modus operandi* de los juristas que concibieron y desarrollaron la ciencia jurídica. Desde este esfuerzo, podremos entendernos mejor y buscar una nueva lectura del pensamiento jurídico contemporáneo. Debemos atender especialmente el proceso histórico de formación y transformación de los conceptos jurídicos fundamentales del Derecho. Ahí emergerá con fuerza la historia de la formación autónoma de las diferentes ramas del Derecho.

II. EL DERECHO ES VIDA HUMANA COMUNITARIA

El debate ha sido rico y multifacético cuando los historiadores han dialogado con los filósofos acerca de los componentes del Derecho entendido como criterio de razón. Dicen los segundos, que se enfilan dentro de las diferentes corrientes del Derecho natural, que se manifiesta en el Derecho un sentido racional que es imposible eludir. Los primeros replican que el orden jurídico es una variable de la historia, que está inserto en el tiempo y en el espacio, que se modifica de acuerdo con las culturas y sus múltiples percepciones muy variables a lo largo de la evolución. No es conveniente caer ni en un univocismo que anule las diferencias ni tampoco en la posición de los equivocistas que desconozcan los elementos comunes del orden humano. Los dos tendrán razones si sus posturas se asumen como valiosas en lo que afirman.¹⁴ La diferencia es importante en la comparación y conocimiento de los seres, esa diferencia es la que les otorga su singularidad e individualidad. La diferencia lejos de obstruir la apreciación de las semejanzas colabora por contraste para identificarlas.

En el Primer Título del Libro Primero de las *Instituciones Imperiales* de Justiniano se conduce a los nuevos estudiantes del Derecho hacia nociones preliminares fundamentales de la concepción filosófico-jurídica. La respectiva página se abre con la conocida definición de la justicia y enseguida se recuerda el concepto ulpiano de la jurisprudencia. Ésta va entendida en célebre expresión como el conocimiento de las cosas divinas y humanas,

¹⁴ De esa manera se logra el equilibrio en el entender y en el decir que procura la hermenéutica analógica. Corral y co-autores expresan en su *Diccionario* que finalmente el Derecho natural “es un problema ilimitado porque acta toda relación jurídica, incluso la del derecho mismo de Dios sobre el hombre, la del hombre sobre sí mismo, la del hombre con los otros hombres e incluso sobre las cosas”, p. 231. Para la Teología jurídica el derecho del creador sobre los hombres y el universo deriva de tres títulos: creación, filiación, y conquista o redención.

ciencia de lo justo y de lo injusto. El emperador ha querido que estas lecciones preliminares para todos lo que aspiran a ser juristas, se inicien con estos dos conceptos, llave de la disciplina.¹⁵ De acuerdo con esta definición de la ciencia del Derecho, el jurisprudente da solución a problemas vitales.¹⁶

No sabemos con precisión cuándo se bautizó a la ciencia jurídica con la expresión *Jurisprudencia*, lo cierto es que los romanos siguiendo el poderoso influjo que entonces ejercían las ideas atenienses, quisieron unir a la raíz *ius* la voz "prudencia" procedente del griego *frónesis* para indicar que en esa virtud del intelecto reside primero, el proceder del jurista cuando se dispone a establecer la solución vital. La prudencia es una virtud práctica por antonomasia. Es que la prudencia como virtud primera, reside en el intelecto, es el primer motor de la actuación racional de la persona humana pues es ella el faro que ilumina el universo en el que se actuará. He ahí una metáfora que quiere ser ilustrativa.

El concepto de jurisprudencia debe ser muy anterior al momento en que Ulpiano nos lo eternizó con su pluma y permanece aún como la expresión de mayor abolengo y prosapia para nombrar a la ciencia jurídica.¹⁷ La palabra jurisprudencia exhibe con gran brillo su sentido analógico y comparte legítimamente, parte de su semántica con aquellas realidades que le son dignas.

Con esta interesante y añeja noción ha ocurrido en la propia experiencia romana que la semántica ha jugado un papel de transformación asaz curioso. Aceptando que la referencia a lo divino se pierde en los orígenes de Roma, los muchos siglos subsiguientes han mutado tal significado.

Llegó el cristianismo, al principio rechazado por el Imperio, más tarde tolerado y finalmente, impuesto. Justiniano, emperador pío y cristianísimo, como él mismo se auto-designa, ha querido conservar bajo el nuevo contexto la afirmación de que la ciencia jurídica es inicialmente conocimiento de las cosas divinas. Cabría preguntarse en este nuevo significado re-utilizado en el s. VI cuál puede ser la respuesta. No tengo noticia de que se haya planteado y respondido, este asunto. Desde mi propia visual, la respuesta puede ser que las cosas divinas ya en su sentido evangélico que pueden acomodarse a los tiempos nuevos, serían el hombre mismo como criatura divina y su plenificación a través de la justicia enriquecida por la equidad. Esta

¹⁵ También D.1.1.10.2 y naturalmente en las *Instituciones* de Justiniano (1.1.1).

¹⁶ Insistiendo en este término y su significado: GORDILLO MONTESINOS, Roberto H., *Derecho privado romano*, México, Porrúa, 2004, p.73.

¹⁷ Se ha empleado esta voz, hasta la fecha para referirse a la interpretación e integración del Derecho. Se podría estudiar la secular experiencia romana atendiendo a sus transformaciones semánticas.

hipótesis se hace más que compatible con la definición de *ius* que ofreció Celso varios siglos antes.¹⁸ A Biondi la ciencia del Derecho le hace recordar la glotología ya que ambas descubren leyes constantes del lenguaje y de sus transformaciones...¹⁹

Agrega Biondi en el mismo sitio, que fueron los romanos quienes fijaron el objeto de nuestra ciencia, su método, su finalidad. El Derecho puede cambiar hasta el infinito pero su ciencia no es otra que la indicada por los romanos o sea *iurisprudencia*, no es ya la *sofía* de los griegos, es decir, el conocimiento en sí, no tiene fin especulativo sino práctico. Lo especificativo del Derecho es su contenido de bien ya que es éste un valor moral, se trata eminentemente del bien honesto que supra-ordina a todos los demás tipos de bien, sea al útil sea al deleitable. Por ello, el jurista es concebido por los romanos como un artista, es verdaderamente un artista ya que debe saber interpretar la ley y el sistema para extraer y fundar con su argumentación persuasivamente, la solución que dirima el conflicto. Debe saber hacer posible encarnar al Derecho y sembrarlo en el suelo social.

El tradicional *ius-naturalismo* ha contemplado con poca atención la positividad del Derecho, sus diferentes maneras de realización.²⁰ Hoy ya se despliegan importantes doctrinas que a partir de la fundamentación de los derechos humanos, han incorporado a las perennes tesis, la riqueza del concepto de “clase natural” localizándola en el ser mismo del hombre y concibiendo al orden normativo como producto cultural con sus propias formas de hacerse efectivo.²¹ Ocurre que el Derecho natural, se va realizando en la historia, se va aplicando a la vida.²² La vida cambia porque los hombres son movimiento, decisiones, en ocasiones contradictorias y por lo mismo, lo que cambia son las aplicaciones del *ius-naturalismo* a la vida humana.

¹⁸ En la literatura romanística del s. XX uno de los estudiosos que se ha detenido con gran atención y esmero para estudiar y entender la famosa definición de *ius* que nos legó Celso como arte de lo bueno y equitativo. Ver su libro *Arte y ciencia del Derecho*.

¹⁹ BIONDI, Biondo, *Arte y ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1953, p. 121. Es importante considerar que en el relato bíblico en el Génesis, el hombre es creado a imagen y semejanza del Padre. Éste es su causa eficiente, ejemplar y final. Hay aquí mucho espacio para la analogía.

²⁰ Ver SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, México, Porrúa, 1997, pp. 141 y ss.

²¹ Atemperando los rigores formalistas de la teoría pura de Kelsen.

²² Podemos hablar en función de esos cambios y del contenido de los objetos sociales y culturales de vida urbana, vida rural, vida familiar, vida profesional, etc. En todos esos ejemplos nos acercamos a las mil facetas de nuestras formas de vivir. Para ver la tensión entre el Derecho natural y la historia jurídica, ver la obra de Rodríguez Molinero.

Por su parte, el Derecho positivo ha sido considerado por los iusnaturalistas como la forma efectiva de realización del Derecho y éste es una disciplina eminentemente práctica. Así fue entendida de intención y de acción por los mismos juristas romanos. Este nexo epistémico y real, indica la vinculación sustantiva que se establece entre la ética y el Derecho. Ambas disciplinas son pensadas y razonadas para ser vividas. Se ha llegado a decir, enseña Biondi, que el Derecho positivo, no es más que un conjunto de normas ejecutivas que tratan de hacer efectivo el Derecho natural.²³

Se ha cuestionado con frecuencia si el Derecho, entendido como orden es susceptible de ser descubierto o construido. Las dos posibilidades se conjuntan ya que el Derecho se sustenta en el deber jurídico que debe ser satisfecho. Existe un orden al que el hombre debe someterse. Empero la creatividad humana exige también que se pacte la manera de realizar aquel orden. No deben absolutamente descuidarse los fundamentos metafísicos de los órdenes moral y jurídico.²⁴

A bien mirar la realidad, no resulta difícil apreciar el orden jurídico como un verdadero compuesto de elementos de razón que le son característicos y que se forman en sus raíces morales e históricas. Estas exigencias, lo hacen universal, es cierto, pero además, debe reconocerse que en tanto fenómeno humano, el Derecho se realiza de mil maneras atendiendo al desarrollo de la comunidad, a su grado de avance valoral, a formas variadísimas de vivir, de percibir, de sentir. Ya Villoro ha expuesto con claridad cómo la razón, así entendida, es ante todo “fuerza civilizadora”.²⁵

Nos resulta por ende sostenible, asumir el pensamiento del neo-vitalismo fenomenológico que ve en el Derecho una forma antropológica de convivencia, una manera calificada de realizarse de la misma comunidad. Recaséns, siguiendo el pensamiento de Ortega y Gasset, lo enriquece y conduce al Derecho.²⁶ Nuestro ilustre autor explica que esta expresión, *vida*, no se toma en sentido meramente biográfico sino como conjunto de situaciones en las que es necesario elegir, preferir, responder. Por nuestra parte, apreciamos que en

²³ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 129.

²⁴ Acerca del orden moral y sus fundamentos metafísicos, sigue siendo imprescindible el libro de Derisi.

²⁵ Ver en particular las conclusiones 460 y 461 de sus *Lecciones de filosofía del Derecho*.

²⁶ En su *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, p. 72. Frecuentemente autores de esta corriente como el multi-citado Luypen afirman que se trata de una forma antropológica de coexistencia. Personalmente, prefiero emplear la palabra *convivencia* con toda la carga de conciencia que conlleva. No parece acertado quedarse sólo en la co-existencia sin atender al grado de reflexión y responsabilidad que se desprende del *saberme*. Me refiero al menos a la conciencia psicológica.

cada uno de estos verbos palpitan acciones fundamentales y conformadoras de la propia vida humana que responden al libre ejercicio de la libertad para asumir y vivir los valores y dar cuenta de nuestras acciones y omisiones.²⁷

Asumimos un neo-vitalismo que reaccione hacia la idea de que el Derecho no es propiamente la norma en su significante sino en su significado y más allá de ella una forma calificada de vida humana. Esa calificación mira hacia los valores y su actualización. Por ello el analogado príncipe del Derecho está más cerca de un orden de justicia que es en rigor supra-legal.

Ismael Quiles en su ya clásico libro *La persona humana*, distingue y a la vez vincula el yo-psicológico frente al yo-ontológico y explica que es la identidad, la actividad consciente, la unidad-totalidad y la conciencia histórica.²⁸ El autor ilustre va descartando por insuficientes y a la vez reduccionistas las teorías que postulan las corrientes materialistas, fisiologistas, asociacionistas, actualistas pasando por el pensamiento de Fritz Krueger y por la sugestiva antropología formalista de Max Scheler. De ese modo aborda el ser de la persona siguiendo el legado de Grecia a partir del concepto de *substancia* como expresión de la realidad del yo-psicológico-metafísico.

Siguiendo el pensamiento del maestro argentino, la personalidad humana se despliega en tres niveles íntimamente conectados: psicológico, metafísico y moral en su doble vertiente, individual y social. Se aprecia en este pensamiento un cierto optimismo a pesar de las tragedias provocadas por decisión humana, Quiles les llama *pondus naturae*, inclina finalmente al hombre hacia el bien y hacia la verdad y al encuentro de lo más trascendente.²⁹

Luypen ha llevado a su mejor paradigma metafórico esta idea al afirmar que en esencia la justicia va entendida como *mínimo de amor que necesita la sociedad para subsistir*. No importa que se piense que un amor externo y aparente no es tal. Esta expresión analógica es feliz, primero porque alude a un mínimo y de ese modo mira a la proporción, contempla el modo de ser y de realizarse del Derecho. Pero ese mínimo únicamente solicita de los demás una conducta exterior que es indispensable para alcanzar sólo lo necesario jurídico de bien común. Ahí reside la diferencia entre una justicia jurídica o legal por una parte y la verdadera justicia que tiene naturaleza moral, integral, buscando en todo, la perfección de la persona que la otorga

²⁷ Este es el núcleo de la responsabilidad, además de acudir al llamado y rendir cuentas, quedar disponible a lo que resulte.

²⁸ QUILES, Ismael, *La persona humana*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1942, pp. 33 y ss. Entiende atinadamente en seguimiento de Husserl al yo psicológico desde el punto de vista de la fenomenología, al conjunto de propiedades con la que éste se nos manifiesta. El psiquismo humano se identifica por lo datos externos e inmediatos de la conciencia (*Ibidem*, p. 37).

²⁹ Pueden verse las conclusiones a las que llega Quiles (*Ibidem*, pp. 221 y ss.)

y también de la que la recibe en sus vertientes individual y comunitaria.³⁰ Ya Jean Dabin ha distinguido con maestría la justicia del moralista de la del jurista. Es que mientras la moral pretende la perfección integral de la persona humana, por su parte, el Derecho aspira sólo, y esto ya es bastante, a la realización y cumplimiento de lo debido.

Dado que el Derecho no tiene adscrita como su finalidad propia obtener la perfección integral de la persona humana, bastaría en el ámbito jurídico con ese comportamiento mínimo que podrá y deberá después, ser vivificado, expandido y multiplicado por otras disciplinas normativas. En el fin epistemológico del Derecho reside una de sus principales limitaciones pero igualmente una de sus características mayormente acusadas y definitorias: La justicia entendida como orden preponderantemente externo que coadyuva imperiosamente, indispensablemente al bien común.

De ese modo de dos deudores que han satisfecho su deber conforme al precepto, el orden jurídico no ofrece gratificación alguna al que lo hizo gustosamente ni tampoco esgrime reproche ninguno a quien lo realizó de mala gana. La diferencia es muy grande, para la psicología, para la ética, para la religión, e inclusive, para la endocrinología, para el desarrollo humano y la ciencia de la educación.

El bien común por su propia índole es mucho más amplio que los fines del Derecho ya que involucra una gran cantidad de valores y cualidades que aportan múltiples esfuerzos de la comunidad, además de la justicia, la equidad, la seguridad y la certeza jurídicas. Es que el bien común es una realidad típicamente moral. La contribución que el Derecho debe prestar al bien común no es sólo insoslayable sino insustituible. Trátase de una función que de no cumplirse impide arribar a esa realidad moral que debe ser para todos: El *bien* de la comunidad.

A pesar y a partir de las anteriores aseveraciones es oportuno en este momento recordar que el paradigma dilemático que ofrece la justicia al quehacer del Derecho es proporcionar a cada uno lo que le es debido.

³⁰ Se debe a Miguel Villoro la difusión en nuestro medio de la formulación que hace Luypen en el capítulo sexto de su *Fenomenología*. Esto ya aparece en su tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la UNAM en 1977, intitulada *Lecciones de filosofía del Derecho*. Acerca de la justicia del moralista que no corresponde en todo a la del jurista, ver DABIN, Jean, *Teoría general del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955; y la presentación de estas ideas en VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Derecho*, México, Porrúa, 1988, pp. 208 y ss.

III. APLICACIONES DE LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA A LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

La analogía que al comparar, va de lo particular a lo particular constituye un modo de ser, un modo de conocer y un modo de decir. El modo de ser se infiere del hecho de que todos los seres participan de la misma realidad ontológica en tanto seres. Ya sabemos que no puede haber un género superior que los englobe. En cuanto al modo de conocer, la analogía destaca las semejanzas pero nos llama más la atención respecto de las diferencias y esto permite que la intelección sea correcta y se enriquezca a partir del contraste. Hasta aquí nos referimos destacadamente a la analogía de proporción a la analogía propia.

Finalmente en cuanto al modo de decir, usamos con mucha frecuencia la metáfora, la metonimia y otros tropos que en un acendrado literalismo no son exactos pero sí en cambio ofrecen una gran riqueza expresiva. Por ello dentro de nuestra ciencia han tomado carta de naturaleza expresiones como “fuentes del Derecho”, “ramas del Derecho”, “lagunas del sistema jurídico escrito”, Expresiones que no podrían ser substituidas por otras más precisas y de alguna manera, más elegantes.

Siguiendo a Carlos Cossio, debemos distinguir dos tipos de analogía en Derecho: una como modo del raciocinio en la dialéctica formal del pensamiento, y otra como contenidos axiológicos similares, constitutivos de las especies de un mismo género.³¹

El jurista que navega intensamente en el mundo de las abstracciones, de los conceptos, necesita pre-figurarse realidades tangibles y concretas en busca de una plena comprensión y, por ende, una adecuada comunicación.

Es muy frecuente que en la doctrina jurídica y aún como veremos, dentro del lenguaje legislativo se retorne al origen geométrico del Derecho. La palabra de nuestra disciplina indica la distancia más corta entre dos puntos, se trata pues de una expresión que denota posición. Con el paso del tiempo, poco a poco, se fue sustituyendo la palabra *ius* por la traducción castellana de *directum*. Se dieron enseguida pasos hacia el terreno de lo normativo, de la ética, del Derecho e incluso de la urbanidad. El lado diestro no es únicamente el de la habilidad sino el de las buenas obras ya que es el extremo que alegóricamente connota a la luz que puede iluminar el bien actuar en clara y rotunda oposición polar a la posición del flanco sinistro o siniestro que pudo

³¹ Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Losada, 1947.

ser visto como el del *ab-surdo* en oposición al *cum-rectum* y el ocultamiento de la obra mala y por antonomasia injusta.³²

Es interesantísimo apreciar de qué manera el lenguaje popular transita de lo estrictamente físico, material a las regiones más alejadas, hacia lo espiritual, precisamente en busca de lo axiológico. En la historia de la lexicología del Derecho, apreciamos la presencia de un nutrido lenguaje geométrico con verdadero significado jurídico. Tales son por ejemplo, los casos de acción directa y contraria, de regreso, acción oblicua y otros más.

Con referencia a la expresión “figura jurídica”, es curioso remontarnos a Gayo, jurista romano del s. II quien en su célebre libro *Instituciones* enseña que las obligaciones pueden proceder de contratos o de delitos.³³ El autor no quedó satisfecho con esta bi-partición y en una obra ulterior que se le atribuye, parece haber indicado que además de la señalada dicotomía, las obligaciones también podían proceder de “varias figuras que las causaran” sin haber precisado cuales son.³⁴ Siglos más adelante, Justiniano las precisó de modo genérico acudiendo a la analogía de proporcionalidad al forjar las nociones de cuasi-contrato y cuasi-delito.

Volviendo por un momento a los orígenes de la expresión *figura* injertada al campo del Derecho, es tarea pendiente saber de donde procede. Se ha pensado en la denominada escuela de los sabinianos a la que pertenecía Gayo, empero, no hay nada claro. Por otra parte, también se ha conjeturado que puede derivar de aquellas primeras e incipientes inquietudes sistematizadoras de Mucio Scaevola y Sulpicio Rufo. De ninguna manera puede excluirse el influjo de la literatura griega.

³² En esta cuestión de la luz y la oscuridad frente a la contra-posición polar de lo bueno y lo malo, hay mucho que procede de la literatura persa del Zend Avesta. Ya que la palabra *Derecho* no es tan antigua como *ius*, será preciso estudiar como esta semántica pasa de una a la otra.

³³ Respecto de la etimología de la palabra *figura*, se puede comprobar que procede de la misma voz latina con el significado de modelado, efigie, forma con el sufijo -ura, que denota resultado sobre la raíz del verbo *ingere* de donde derivan fingir, efigie. De la división bi-partita de las fuentes de las obligaciones en contratos y delitos, existen muy diversas hipótesis, algunas quieren remontarse hasta los tiempos de los primeros reyes de Roma. Puede verse al propósito: COMA FORT, José María, “El Derecho de obligaciones”, en las *Res Cottidianae*, Madrid, Fundación Ursicino Álvarez Suárez, 1996.

³⁴ El propio Gayo en *Instituciones* (3.91) considera que su clasificación bi-partita es insuficiente, pues la obligación de devolver o pagado en demasía no parece proceder de un contrato ya que tal pago fue para extinguir, no para crear una obligación. De la obra posterior de Gayo o al menos a él atribuída, conservamos un importante fragmento en el *Digesto* (44.7.1.pr.).

Es pues de mucho interés apreciar cómo el jurista debe retornar al terreno de lo asible, a las concreciones, a las expresiones de carácter geométrico. Establece al respecto el art. 79 de nuestra Constitución en su párrafo final respecto de la obligación de proporcionar información: que “...los servidores públicos y federales y locales así como cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, fideicomiso, mandato o fondo o cualquier otra *figura jurídica* que reciban o ejerzan recursos públicos federales, deberán proporcionar la información...”.

Se ve claramente del fragmento arriba transcrito que el legislador se ha preocupado profusamente por abrir el supuesto de la norma a fin de no dejar al margen ninguna posibilidad de tal manera que quede cerrada la opción a quien no pudiese incluir la enumeración.

Otro sitio interesante de nuestra legislación al respecto, lo encontramos en el art. 4 de la Ley de la Propiedad Industrial en donde se dispone que: “No se otorgará patente, registro o autorización... a ninguna de las *figuras* o instituciones jurídicas... cuando su contenido o forma sean contrarios al orden público, a la moral o a las buenas costumbres o contravengan cualquier disposición legal”. Se aprecia claramente que el legislador ha cerrado decididamente la posibilidad de otorgar beneficio alguno que presente un contenido ilícito. Con la referencia a *figuras* o instituciones se pretende abarcar sin excepción posible, patente, registro, autorización o cualesquiera otra análoga. En este caso tiene un alcance normativo-objetivo, ya no subjetivo como en el texto constitucional arriba comentado.

Frecuentemente, con *figura*, se cierra excluyentemente una posible y peligrosamente incompleta enumeración.

No falta la ocasión en que la expresión figura se utilice para referirse a personas destacadas como lo expresa el Reglamento de la Ley General de Salud en su art. 31 fracc. VI, donde alude a “...*figuras* públicas de reconocido prestigio...”. Con esto comprobamos lo amplio que semánticamente es el término que nos ocupa.

Veamos un poco el lugar que ocupa la analogía en los llamados enunciados cerrados y enunciados abiertos.

Como es fácil entender, la previsión legislativa presenta serias limitaciones. Es que el legislador ni puede y en ocasiones, no quiere prever todo lo que pueda acaecer en la compleja y pluri-facética realidad.

Cuando por razones de seguridad jurídica y de normatividad expresa se quiere cerrar el supuesto, se expresa como lo dispone el art. 14 de la Constitución en su párrafo tercero, al preceptuar: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna...”. Además, en todos los casos en que se origina invalidez de

los efectos jurídicos, el enunciado es cerrado. Por ello se afirma que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción ya que no hay más casos de ésta que los que de manera expresa enumera el dispositivo normativo, que no se dan más casos de nulidad que los previstos expresamente por el precepto. Por ello, el número de los derechos reales es cerrado porque obligan a todos y tal resultado únicamente puede derivar de la ley, no de actos innominados.

En el Derecho español se habla de un Derecho penal civil que desde luego excluye la responsabilidad objetiva y que comprende los ilícitos no delictivos en sentido propiamente penal. Ellos no pueden ampliarse por analogía como tampoco las facultades expresamente atribuidas a los poderes federales en nuestro Derecho, de conformidad con lo dispuesto por el art. 124 de nuestra Carta Magna.

Como puede entenderse sin mucho rodeo, las prohibiciones absolutas y rotundas que así se establecen en el precepto, impiden por razón de su propio objeto, cualquier tipo de extensión. Es un claro principio de técnica de interpretación del Derecho lo prescrito en el art. 11 de nuestro Código Civil Federal en cuanto que: “Las leyes que establecen excepciones a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes”.

Veamos brevemente algunos enunciados cerrados contenidos en nuestra Constitución. El derecho humano contenido en su art. 23 que prohíbe que los juicios de orden criminal tengan más de tres instancias y que alguno sea juzgado más de dos veces por el mismo delito, constituyen precepto cerrado y terminante. Por su parte, la fracc. II del 27 preceptúa que las asociaciones religiosas debidamente constituidas de acuerdo con el art. 130, únicamente tendrán capacidad (de goce) para adquirir y poseer los bienes que sean indispensables para su objeto. El art. 49 en su parte final establece que en ningún otro caso fuera de las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo conforme con el art. 29, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar. En el art. 83 de nuestra propia Constitución queda claro que quien haya sido designado para ocupar el puesto de Presidente de la República, en ningún caso y por ningún motivo, podrá volver a desempeñar ese cargo. Y en el 86, se agrega que el cargo de Presidente de la República sólo es renunciabile por causa grave a juicio del Congreso de la Unión. Dentro del mismo punto de vista entran las prohibiciones enumeradas en el art. 117 respecto de lo que no corresponde a los Estados.

Respecto de otras prohibiciones que responden al sentido axiológico del Derecho social, podemos ejemplificar con las siguientes, contenidas en el Apartado A del 123, fracc. III: prohibición de trabajo de menores de 14 años;

en la fracc. VIII, que el salario mínimo queda exceptuado de embargo, compensación o descuento; la XXIV que alude a que de las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, asociados, familiares o dependientes sólo responden los mismos trabajadores y que en ningún caso podrán exigirse a miembros de su familia por la cantidad excedente del sueldo del trabajador en un mes.³⁵

Finalmente dentro de estos enunciados cerrados de nuestra Constitución, conviene referirnos al art. 124 que arregla la distribución de competencias derivadas del pacto federal, preceptuando que las facultades que no estén expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. Como puede apreciarse este enunciado cierra y abre a la vez lo que compete a los dos órdenes de competencias, establece el régimen de facultades expresas a los poderes federales en lo cual se cierra el susodicho enunciado de atribuciones, no pudiendo ampliarse por analogía ni por ningún otro criterio. Pero a la vez se abren, por vía de inclusión, todos los demás ámbitos de actuación de la autoridad a fin de que queden como competencia estatal.

Corresponde ahora ejemplificar algunos casos de supuestos que quedan abiertos con la intención de que los enunciados puedan extenderse a casos semejantes, sea porque en algunas ocasiones el propio texto legal así lo dispone expresamente, sea porque de esa manera se infiere a partir de la interpretación del precepto.

Cabe en este punto advertir que el ejemplo como ilustración de lo afirmado o negado, la silueta, el perfil, la sombra, la traducción de un texto, son ejemplos propios de la duplicación analógica que han sido estudiados por la hermenéutica.

El art. 37 inciso c), fracc. VI, dispone que la ciudadanía mexicana se pierde en los demás casos que fijen las leyes. Esto significa que la enumeración que incluye este texto constitucional es abierta y por lo mismo habrá que revisar las leyes para conocer el estado jurídico actual de la materia.

Un enunciado igualmente abierto lo encontramos en la fracc. XXX del art. 73 de nuestra Carta Suprema en donde se establece que "el Congreso tiene facultad para expedir todas las leyes que sean necesarias a efecto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los poderes de la Unión". Es cierto que en este caso dicha apertura queda limitada a lo que establece la Constitución. La segunda parte del precepto recordado se refiere a las denominadas facultades implícitas.

³⁵ Cuestión interesante será determinar si en el excedente se configura o no, una verdadera obligación natural. Parece indicar en sentido contrario el carácter de orden público de la prohibición constitucional.

Se dejan a salvo en todo lo demás la competencia de los Estados conforme con el 124.

Finalmente, dentro de esta ejemplificación, podemos apreciar la parte final del art. 130 que dispone: "Las autoridades federales, de los estados y de los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley".

Si por un momento atendemos a la legislación civil, podemos encontrar algunos enunciados abiertos en lo que se hace directa referencia a la analogía para colmar las imprevisiones del legislador. Tal es el caso del numeral 1858 del Código Civil Federal que aludiendo a los contratos innominados dispone: "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más *analogía* de los reglamentados en este ordenamiento".

Es una exigencia sistemática del Derecho legislado que así se proceda. Es más, aún en el caso de que este precepto no estuviese incluido de manera expresa en nuestro Código, el art. 1858 reproduce un principio de Derecho ya que las reglas generales de los contratos corresponden al contexto genérico del posible acto jurídico innominado y de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, lugar importante ocupan las estipulaciones de las partes. El legislador reconoce que puede haber grados de acercamiento analógico y por ello expresa que en último grado deben aplicarse las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los nominados que se contienen en el propio código.³⁶

Un univocismo extremo predicaría en contra de la creatividad que los contratantes pueden aplicar al formular sus contratos innominados y un equivocismo radical predicaría la absoluta desconexión de los contratos entre sí. Ambos extremos resultan disolventes del propio sentido de la sistemática del Derecho. De aquí que se entiende perfectamente la disposición siguiente, la del art. 1859 que establece que: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos". Ciertamente en este dispositivo existe una remisión

³⁶ Entiende la teoría del Derecho por acto jurídico in-nominado aquél que carece en el derecho objetivo de regulación propia. No se trata de que le falte nombre gramatical ya que *nomen iuris* es precisamente previsión en la normatividad correspondiente. Existen un sinnúmero de contratos inominados de diversas ramas del Derecho que están provistos de nombre propio, a veces otorgado por la misma realidad social que los bautiza tomando en cuenta su propio objeto.

más que un reenvío que enfatiza ese sentido de coherencia e integridad del orden normativo.

Otras disposiciones del Código Civil Federal que refieren a la analogía se localizan en los numerales 2746, 2766, y 2825 que corresponden respectivamente a la aparcería, a las apuestas prohibidas y a los testigos que declaren de ciencia cierta a favor de la idoneidad del fiador.

Ciertamente hemos dejado para el final del comentario acerca de nuestro Código Civil la referencia al art. 19, toda vez que la analogía es un instrumento fundamental para la interpretación y constituye igualmente un principio general de Derecho. Podemos afirmar sin exceso, que en todos los ordenamientos legales existe alguna referencia a la analogía. Ciertamente que en Derecho penal y fiscal, la situación es diferente atendiendo al rigor del tipo.

Sólo por vía de ejemplo citemos el caso en algunas leyes tomadas al azar. El art. 4 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispone que no se consideren como asociaciones religiosas entidades... u otros análogos ajenos a lo religioso. Por su parte, la Ley General de Salud en sus arts. 17 fracc. II, 245 fracc. I y 273 fracc. IX también acude a la analogía para modelar el alcance de sus prescripciones.

La ley Federal del Derecho de Autor establece en su art. 140 que se entiende por emisión o transmisión, la comunicación de obras... por cable, fibra óptica u otros procedimientos *análogos*... Se aprecia claramente que cuando el legislador teme omitir algún enunciado prefiere dejarlo abierto acudiendo a la analogía. En este caso específico, la analogía sirve de enlace entre el enunciado propiamente jurídico con la realidad derivada de la tecnología.

La Ley de Concursos Mercantiles en su art. 71 dispone que puedan separarse de la Masa, los bienes que se encuentren en las situaciones que enseguida enumera y agrega a la letra: "...o en cualquiera otra de naturaleza *análoga*". Por su parte, la Ley Federal del Trabajo en su art. 17 también se refiere "a las disposiciones que regulen casos semejantes a falta de ley aplicable".

La indagación acerca de la analogía siempre es de gran utilidad por su aplicación; es que el concepto mismo de Derecho es de carácter analógico. Su propia polisemia nos muestra significados que se encuentran referidos y enlazados. Considero que el analogado primero o analogado príncipe en el concepto de Derecho es el poder de exigencia que corresponde al sujeto activo de la relación jurídica, es lo *justo objetivo* entendido como la realidad misma "la misma cosa justa" como afirma Tomás de Aquino: *ipsam rem iustam*. Por ello el orden jurídico se connota más como la atribución de lo que es debido, que no tanto como una normatividad escrita fundante.

De ese modo disponemos de un verdadero sustento antropológico del Derecho. Se funda en el ser mismo y en las necesidades de la persona humana y a ella sirve. Por ello nuestra insistencia constante e incansable de revisar las fuentes reales, sin ellas el jurista se queda extraviado en su propia realidad. Ya los juristas romanos muchas veces invocados en este texto; insisten en el s. iv que todo el Derecho se ha constituido para el servicio de los hombres (D.1.4.2).

Proseguiremos aprovechando una analogía clásica que se encuentra en el Nuevo Testamento, específicamente en el evangelio de Mateo.³⁷ Se nos narra que en alguna ocasión Jesús encontró a dos pescadores, a Pedro y a su hermano Andrés, y les dijo: “Sígueme y yo los haré pescadores de hombres”. Es interesante detenernos un momento a intentar entender qué significó esa frase de “pescadores de hombres”. Al pez se le engaña con el anzuelo o se le atrapa con astucia o por la fuerza, se trata de tenerlo y hacerlo propio para alimentarse con él. Es bueno reparar en que al alimento en sentido propio, se le ingiere para que nos nutra y forme parta de nuestro mismo ser. La pesca de los hombres es algo mucho más solidario que se inscribe en la dimensión más profundamente comunitaria, en el carácter societario de la natura humana.

Debemos notar que la vida comunitaria entendida como vocación de ser y de hacer, está inscrita en la naturaleza racional. La persona está llamada a vivir en unión de otros seres y establecer con ellos diversas relaciones. La persona humana es en sí misma una tensión hacia otros seres racionales, es vida comunitaria.

Jesús, por su parte, se refiere a convencer y evangelizar a los otros hombres no para apoderarse de ellos, al contrario, para formar una comunidad con destino trascendente cimentada en la adhesión libérrima a su plan. Ciertamente se está empleando una analogía de atribución “pescar a un hombre” significa hacerle participar de verdades grandes, no se busca apresarlo ni servirse de él, al contrario comunicarle un verdadero espíritu de vida infinita, se parece a la pesca ya que se va en busca de él, se parece al anzuelo ya que hay que persuadirlo con grandes razones. Ni univocidad estrictamente lingüística ni tampoco una equivocidad extrema que anule las diferencias. Por lo demás, debe apreciarse cómo gracias a la analogía se embellece el lenguaje alcanzando un poder poético altamente persuasivo y una elegancia y precisión inigualables.³⁸

³⁷ *Biblia*, Nacar Colunga, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1964, (4, 18-22). Corresponde con Marcos 1, 14-20.

³⁸ La empatía es entendida como auténtica identificación con el otro, mientras el grado de dicha identificación sea más intenso, mayor, la citada empatía será más real. Esto se aplica

En el empleo de esa analogía se aplica *lo similar* que es una ingeniosa combinación de lo diferente con lo idéntico, de lo igual con lo opuesto. La red que atrapa a los peces es auténticamente tal. La red que puede atrapar al los hombres debe ser la palabra evangélica y ahí reside lo semejante que es también diferente. Se aplica a todos de una manera que va cambiando y adaptándose a cada uno. Con esto no sólo se respeta sino que se promueve la individualidad personal. No perdamos de vista, bueno es insistir en ello, que la analogía procura un método discursivo en el cual se va de lo particular a lo particular.

La palabra del convencimiento se dirige al corazón y le habla a cada uno de la modelación de su ser, de su futuro y de su total realización en la vida del espíritu.

Entendemos que “lo suyo” de cada uno de los sujetos jurídicos del universo del Derecho, incluye un componente claramente analógico ya que lo de cada uno, es proporcional como se afirmó arriba. Esto quiere decir, como se expresa a menudo, que la justicia clama por soluciones semejantes para casos semejantes. Sabemos bien que analogía es “según proporción”. Esto corresponde a un aspecto cuantitativo y a otro cualitativo. Veamos cada uno y después su forma de integrarse.

La proporción es por su propia esencia una relación de similares entre cantidades, se trata de un *quantum* como cuando se van determinando las porciones hereditarias en la sucesión in-testamentaria en cumplimiento de lo dispuesto por la ley. Recordemos el caso del cónyuge sobreviviente que concurre con hijos. Se determina que en caso de separación de bienes dicho consorte supérstite herede la porción que corresponda a un hijo si carece de bienes propios y en caso de tener un patrimonio inferior a la porción de un hijo, sólo heredará la cantidad necesaria para igualarla. Estamos refiriendo el art. 1624 del Código Civil Federal. Empero la aplicación cuantitativa de la proporción ofrece ejemplos continuos dentro de un catálogo inagotable en todos y cada uno de los ámbitos del Derecho.

Pero en la proporción también está presente un aspecto modelador de ella que es de índole cualitativa. Estamos así en presencia de que al titular del derecho subjetivo se le reconozca en el más cabal sentido de la expresión, precisamente aquello que le es debido. Véase que ya en el viejo Derecho civil romano se conocían los derechos irrenunciables, y además que el deudor debía satisfacer en el acto del pago precisamente lo que adeudaba y no

también al amor verdaderamente puro y desinteresado. No olvidamos que el tema de la empatía fue sugerido por Max Scheler a Edith Stein para la elaboración de su tesis doctoral, trabajo que quedó brillantemente concluido bajo la dirección de Husserl.

otra cosa, salvo que por disposición legal o acuerdo expreso de las partes se conviniera lo contrario configurándose así la dación en pago.³⁹

En este punto de la exposición debemos preguntarnos qué clase de analogía se aplica en el caso de la proporción, será acaso la de proporcionalidad o la de atribución. Es esta una cuestión fundamental que debemos despejar antes de continuar nuestro camino.

Ya los juristas romanos se ocuparon de construir extensiones por analogía de la persona del acreedor para efectos de reconocer la validez del pago, es decir, para precisar quién debe ser considerado como legítimo beneficiario de la satisfacción debida.

Un caso por demás interesante en la línea arriba comentada, lo encontramos en el Derecho romano clásico, nos lo conservan las fuentes en materia de validez del pago. Cuando las fuentes se ocupan del pago que normalmente debe hacerse al acreedor o a su representante. En esta última denominación se incluye al mandatario al tutor, curador o al procurador, podía tratarse de una persona capaz encargada por el mismo acreedor precisamente de recibir lo debido y después rendir las cuentas respectivas: *adiectus solutionis causa*. Desde luego el pago es válido y debido cuando se hace también al acreedor solidario.⁴⁰

En la cotidianidad romana, debió presentarse el caso de que el deudor o su representante, acudiese a pagar y en la *domus* del acreedor se encontrara con su *vicarius*, esclavo principal y administrador. Dentro del ámbito de la buena fe y en apoyo a una apariencia fincada en la realidad, a ese esclavo se pagaba y dicho cumplimiento era considerado válido.⁴¹ Se trata, en palabras del jurista Ulpiano extraídas de su libro 28 al *Edicto*, del *servo pecuniis exigendi praeposito*. Más tarde esta disposición ha sido vista como que dicho

³⁹ Nos referimos al principio de la exactitud material en el pago, elemento fundamental de su validez dado que se trata del objeto jurídico que es debido. De esa manera se garantiza al propio acreedor la mejor posibilidad de ser satisfecho conforme con el objeto adeudado. Desde ahora importa notar que la proporción tiene también un aspecto cualitativo que está presente en este caso aludiendo justamente a lo que debe ser solventado.

⁴⁰ En caso de solidaridad también entramos al reino de la proporción. Así lo pagado por alguno de los deudores solidarios se resuelve de acuerdo con el régimen interno pasivo lo cual se determina por la fuente que originó la obligación. En caso de que este criterio no sea aplicado se acude a la proporción a fin de que opere la división entre el número de deudores. Lo mismo ocurre si alguno de los acreedores solidarios ha recibido la totalidad del adeudo, sin duda debe rendir cuentas a los demás de acuerdo con los criterios que acabamos de expresar.

⁴¹ Tengamos presente que el Derecho nace de la vida misma y es vida. Los romanos insisten siempre en que el Derecho brota de las costumbres buenas en sentido propio: *bonos mores*.

esclavo fuese una verdadera prolongación del bolsillo de su señor que es el acreedor.⁴² He aquí una bella e ingeniosa manera de justificar lo que llamamos apariencia jurídica a través de esta explicación metafórica.

Es muy apreciable admirar de nueva cuenta en el caso arriba referido, el realismo de los juristas romanos que acuden a explicaciones que pueden parecer infantiles pero que no lo son. Verdaderamente sustentan sus abstracciones en la experiencia y en la razón. El hecho de que empleen estas metáforas nos dice que buscan ejercer su poder de convencimiento, quizás auto y hetero convencimiento, que penetra de tal modo en su modo de pensar, que ya con el paso del tiempo, resulta totalmente innecesario.

“Lo suyo”, entendieron lo romanos, no puede ser subordinado a las formas estrictas que han sido concebidas por seguridad jurídica y también como resultado del temperamento propio de una época. Lo suyo como concepto, como realidad existencial es un imperativo supra-ordinador en nuestra disciplina. Así ocurrió con el llamado principio del acto contrario que postulaba que a la obligación generada por una determinada fuente, debía oponerse para validar su disolución, una forma extintiva que desde el punto de vista de su estructura externa, fuera opuesto a aquella fuente. Sólo así, podía entenderse para el *ius civile* que el vínculo de la obligación hubiese quedado verdaderamente disuelto. De esa manera a una obligación generada *verbis*, habría de oponerse la expresión, igualmente verbal, del acreedor de haber quedado satisfecho. Dígase lo mismo de la literalidad, la entrega de la cosa y aún de las obligaciones nacidas sólo del consentimiento.⁴³

⁴² D.13.7.11.5. Puede verse MARGADANT, Guillermo F., *Derecho privado romano*, México, Esfinge, 2009, p. 374. Caso muy distinto aunque también liberatorio es el del pago hecho a un falso apoderado, si el acreedor había sido el causante del error, creando así la falsa creencia. El falso acreedor comete *furtum*. Esa consideración del vicario como una prolongación del bolsillo del acreedor es a las claras una analogía de atribución que con bastante elocuencia pretende fundar la legitimidad del pago hecho a dicho vicario. Se trata del *servus vicarius* del Derecho romano privado. Esta figura pasó al Derecho público con gran desarrollo en Roma (C.1.1.38) y de ahí al Derecho medieval y de modo destacado al Derecho canónico.

⁴³ D.50.17.35. Esta simetría guarda una clara y estrecha relación con la intencionalidad de los autores del acto jurídico. Como es fácil entender la citada simetría está emparentada con la analogía pues en ambos casos se da una relación de proporción, se va de lo particular a lo particular. De las diferentes manifestaciones en la aplicación de este acto contrario, tenemos igualmente la llamada *difarreatio* que consistía en el rechazo de una torta de harina o pastel que se ofrecía a los divorciandos y que contrariaba a la *confarreatio* que acompañaba a menudo a la celebración de las nupcias para colocar a la esposa bajo la *manus* del marido. Se pronunciaban oraciones de repudio mutuo con las cuales la esposa dejaba de pertenecer a la familia de su marido. Si la *manus* se había creado por *coemptio* o por *usus* el acto contrario era la *remancipatio*.

El sustento lógico del principio del *contrarius actus*, se entiende, si apreciamos que en una época de rigor en la forma expresiva del consentimiento, la di-solución del vínculo obligacional está conectada con la fuente que la originó. Esta especial concepción puede explicarse por la idea de oposición que debía fomentarse y practicarse entre el surgimiento y el perecimiento de la obligación. No lejos de esta explicación reside el cultivo al principio de simetría que para los romanos de estos tiempos, había sido transpuesto de la arquitectura a los terrenos abstractos de la vida del espíritu. Con la vida de este principio, no únicamente se embellece el orden jurídico sino que queda fortalecido ya que la “simetría” es en sí misma igual medida por lo que estamos frente a la vida misma de la proporción.

Todavía nosotros hoy seguimos este principio de simetría en las formas. Basta revisar el cuadro de extinción de las obligaciones y ahí aparecerá que la obligación se extingue frecuentemente por un acto opuesto al que la originó. Ahí está el art. 9 de nuestro Código Civil Federal que reza: "La ley sólo queda derogada o abrogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior". Principio fundamental para la seguridad jurídica en el sistema escrito.

Puede apreciarse que la noción clásica que los juristas romanos forjaron del divorcio está sustentada en la cesación o interrupción de la *affectio maritalis*, cesación que implica y explica el *actus contrarius* en cuanto se le haga saber al otro cónyuge sea *per litteras* o *per nuntium*, para los efectos del divorcio.⁴⁴

Es verdad que en ocasiones la palabra repudio es reservada por los clásicos para aludir al divorcio por voluntad de uno solo de los consortes y divorcio para expresar que ambos desean la disolución del vínculo.⁴⁵ Empero, en todo caso se aprecia que si el matrimonio romano ha surgido de la *affectio maritalis* como quedó asentado arriba, y está ha cesado, aún por uno solo

⁴⁴ En D.50.16.101.1. Modestino explica el significado de divorcio. En D.24.2.2.pr aprendemos que la estructura de “divorcio”, deriva de transitar ya no por vía común sino por caminos diferentes: *divertunt*.

⁴⁵ Véase GORDILLO MONTESINOS, Roberto H., *op. cit.*, p. 284, con referencia a las fuentes y a la doctrina romanística. Ya Gayo nos informa en I.137, que ya desde la época final de la república la mujer tenía la facultad de divorciarse por su solo querer. Sabido es que ya en tiempos posclásicos se emprenderán diferentes medidas para limitar el divorcio en muchas hipótesis sin que éste llegue a desaparecer.

de los esposos, se configura el acto contrario a dicho matrimonio *in factum et in fieri*.⁴⁶

Es en este punto de la presente investigación, que emerge la cuestión que deseamos comentar. Se trata de la aceptilación, que fue una fórmula verbal inversa a las fuentes obligacionales verbales en la cual el deudor interrogaba a su acreedor para que éste le respondiera que se daba por satisfecho de aquello que le debía el primero. Detrás de esta práctica podía haberse dado efectivamente el pago, esto es, el acto solutorio que por lo mismo es satisfactorio para el acreedor o no haberse dado.⁴⁷

La observancia del acto contrario, no fue elevado a la categoría de una norma o de un principio general, más bien, se trató de una práctica, especialmente en cuanto abundaron formas de obligarse en época posclásica. En efecto con la difusión venturosa de la acción y de la excepción de dolo desde el s. I a. C., el *actus contrarius* dejó de ser un requisito indispensable ya que el deudor podía alegar en juicio el dolo de un actor que pretendiera cobrar una prestación ya extinguida jurídicamente sin el cumplimiento preciso de ese acto contrario.

Para romper el rigorismo de ese acto inverso o contrario, los juristas romanos acuden a una solución en la cual se invoca un pago imaginario en el que se hubiese acatado la idea simétrica del acto contrario a la fuente que produjo el nacimiento de la obligación. Se acude a una *imaginaria solutio*. En esta expresión el adjetivo “imaginaria” significa evocar imágenes, experiencias conocidas independientemente del objeto presente. Se quiere, a todas luces suponer que ha ocurrido lo que la tradición rigorista del *ius civile* imponía aún sabiendo que no es así.⁴⁸ Esto porque se ha entendido que este rigor es innecesario en estricto acomodo con la justicia. La razón se finca en el deseo claro e inequívoco de las partes.

En lo que tiene de imaginario este tipo de pago, reaparece de nuevo la analogía. Se hace presente entre la materia intelectual de lo imaginado y lo realmente sucedido que busca confirmar la disolución del vínculo obligacio-

⁴⁶ Es decir que el matrimonio puede ser visto como en su mismo proceso de formación o a lo largo de su vigencia.

⁴⁷ Gayo nos informa de la liberación del deudor en los negocios *per aes et libram* y del *nexum* a través de la *nexi liberatio*.

⁴⁸ Ver particularmente de Aristóteles su *De anima* (III,3, y de modo especial III,428b, b26). La imaginación por sus componentes intelectuales es menos precisa que cuando es vista, empero, gracias a que fue vista es posible imaginarla. Como fenómeno humano lo imaginario acude en parte a la realidad conocida que el sujeto re-elabora gracias a su creatividad. Los romanos fueron especialmente creativos en atención a su temperamento activo e inclinado a lo pragmático.

nal. El componente analógico está a la vista. La analogía está presente aquí por un acto de memoria que sabe, retiene y reproduce algo ya experimentado y cuyo solo recuerdo otorga razón suficiente a esta novedad. Ya no es preciso que el pago como acto contrario de la producción de la obligación se cumpla de modo literal. Ahora, basta entender el acuerdo de las partes como sustento suficiente de este cambio di-solutorio del vínculo. Gracias a la analogía, la significación de pago es un poco más equívoca sin apartarse de su significado propio. Se ha logrado no restringir la idea jurídica de solución del vínculo a su literalidad. Se busca evitar el univocismo ya que no permitiría comprender otras hipótesis, tampoco disolverla en una equivocidad pervertidora que destruya la idea de satisfacción del acreedor.

Lejos estamos de sostener la idea de que la juridicidad dependa de la eficacia del orden normativo.

IV. EL TEJIDO ANALÓGICO DE LA EQUIDAD

La noción de equidad no es una invención de los estoicos, ni griegos, ni romanos. Lo es de distintas corrientes de pensamiento griego que pasa a la experiencia romana. Se busca la coincidencia entre *ius* y *aequitas*, la *aequitas* entendida como una vivencia de los juristas no como especulación pura. Cuando el jurista romano se proclamó filósofo, se hace referencia a la tarea pragmática del Derecho.⁴⁹

Volviendo brevemente a Grecia, retorno rico y siempre de utilidad extrema, no debe pasarse por alto que Aristóteles compara la *epieikeía*, la *epiqueya*, con la así llamada regla de Lesbos que se aplicaba en esa isla que por ser de origen volcánico, era necesario aplicarle una regla flexible de un material muy distinto a la madera. ¡Excelente metáfora con profundo sentido pedagógico!

La equidad trabaja a través de una comparación entre el texto de la norma que como tal es general y abstracta, y el caso particular que se va a juzgar. Es preciso incorporar los elementos específicos del suceso judicable para que el propio juzgador atenúe y adapte la *ratio iuris* del precepto a fin de crear uno nuevo con carácter de concreto y especial, esto es para el caso concreto. Es aquí, en esta comparación, en donde está presente la analogía en toda su magnitud.

La equidad, como puede verse ostenta claramente un genuino tejido analógico que exige del juez un trabajo en extremo fino y delicado comparando

⁴⁹ En *Digesto* 1.1.1.1.

el caso juzgado con la norma que crea el mismo juzgador. Debe prevalecer la diferencia. Caso por demás paradigmático de los muchos que pueden encontrarse, lo contemplamos en el art. 21 de nuestro Código Civil Federal que beneficia a quien ha procedido ignorando la prescripción legal al permitir que el juez pueda eximirlos de su obligación o concederles un plazo adicional a fin de que cumplan, respetando los extremos de dicho precepto. Como se ve, aunque un campo propicio para la vigencia de la equidad se presenta en la relaciones de justicia conmutativa, existen multitud de fenómenos fuera de ese campo que también la demandan.⁵⁰

Si nos referimos también a la equidad, apreciaremos que por su concepto presenta un tejido propiamente analógico, pues es proporción. Basta revisar los casos en los que nuestra Constitución se refiere a la equidad para ilustrar esta afirmación. Además de referirse a los representantes populares llamados de mayoría relativa o representación proporcional, encontramos los siguientes: la fracc. III del art. 2 que garantiza la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones. Por su parte, el art. 26 al preceptuar que el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad... La fracc. IV del art. 31 dispone como obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos "...de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes". Finalmente, el art. 134 pretende garantizar la equidad en la competencia entre los partidos políticos en el uso de los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad.

En la vida de la equidad es preciso resaltar "las diferencias" de los casos que se comparan. Esto es, entrar en el terreno muy fértil de la casuística que toma el nombre de *zetética*.⁵¹

Otros casos de técnica legislativa que merecen un tratamiento aparte son los de la equiparación, la extensión, la reputación.

La equiparación consiste en ampliar el supuesto de la norma tal como apreciamos que lo hace el Código Civil de Puebla al tratar del hijo póstumo o como se significan "los alimentos" ampliando considerablemente lo que quieren decir lingüísticamente. Equiparar no es confundir ni identificar, es más bien asimilar, se trata de una extensión atendiendo a los significados y a la intención.

⁵⁰ Excepción fundada en la equidad que constituye un caso de excepción. Ya encontramos esta postura en el pensamiento del jurista romano Emilio Papiniano en D.22.6.7.2.

⁵¹ De la voz griega *zetetikón* que significa investigar. Para proseguir con el análisis de la equidad en el Código Civil Federal, ver arts. 1844, 1845, 1857. Para más material sobre la *zetética*, buscar *tópica* como sistema jurídico, expresión de tradición helénico-ciceroniana.

En rigor la equiparación no es identificación, entraña un ingrediente de diferencia pero también hay semejanza, y para que no quede duda, el mismo legislador declara la equiparación ampliando así el universo del supuesto normativo con la intención de que se produzcan los mismos efectos jurídicos. Es decir que en la equiparación se busca que las consecuencias de derecho ya establecidas para un supuesto previamente determinado se extiendan a un caso similar. He ahí la analogía unificadora, organizativa.

A través de la equiparación se puede ampliar el tipo penal pero está labor esta reservada exclusivamente al propio legislador en acatamiento al art. 14 de nuestra Constitución. No está permitido que en lo penal se lleve a efecto la equiparación por vía diferente. Aquí aparece en toda su magnitud la diferencia entre *analogía legis* en donde los términos de la comparación se extraen de dos o más preceptos legales, y la *analogía iuris* que parte de un principio, postulado o norma no escrita.

Encontramos un caso célebre de equiparación en materia de familia. En efecto, los arts. 293 y 293 bis de los Códigos Civiles, Federal y del Distrito Federal, respectivamente, disponen que en el caso de la adopción plena se equiparará al parentesco por consaguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo. Es claro que la pista nos la da el “como” ya que ahí se localiza la necesidad de la equiparación. Es que se ha afirmado desde el Derecho romano que *adoptio naturam imitatur*, la adopción imita a la naturaleza y por lo mismo, como consecuente de esa imitación, la ley debe ser congruente llevando a cabo la explicada equiparación.

Si pasamos por algún momento a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, encontramos que en sus arts. 43, 174 y 251, se hace uso también de la equiparación.

La equiparación en materia penal, por lo mismo opera como *analogía legis* pero hecha ley vigente.⁵² En rigor la analogía sólo es el impulso y la denominación pues ya establecido el segundo tipo penal, ambos preceptos quedan consagrados a pesar de que el equiparado conserve su sello de procedencia. Cuando la equiparación ha quedado incorporada en el cuerpo de la ley, la analogía sólo se recuerda como el referente del que procede el tipo propiamente equiparado, ya no hace falta el procedimiento analógico.

Veamos algunos casos de equiparación contenidos en el Código Penal del DF. En las dos fracciones contenidas en el art. 175, se contiene sendos casos de equiparación a la violación. Por su parte en el 201 bis se contienen

⁵² En otro sitio, nos referiremos a la *analogía iuris* y a la *analogía legis*, remitimos al lector a la misma voz en: *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1953; donde aparece la explicación que proporciona al respecto Norberto Bobbio.

diversos supuestos que se equiparan a la violencia familiar a partir de relaciones semejantes al matrimonio. En el art. 225, parte final, se equipara a la violencia moral el empleo de algunos juguetes que ahí se precisan; por su lado, el art. 229 contiene equiparación al abuso de confianza, el 233 contiene equiparación al fraude con su respectiva penalidad, en el 286, equiparación al quebrantamiento de sellos. A su vez, el Código de Procedimientos Penales del DF extiende la flagrancia en la comisión de delito en su numeral 267.⁵³

La extensión consiste en ampliar el supuesto de una norma cuando parece razonable. Es un problema de semántica, esto es, de significado. En algunas ocasiones lo hace el mismo legislador y en tal caso ya se dispone de un precepto obligatorio. Es el caso del Código Civil de Puebla cuando considera expresamente como hijo póstumo al nacido después del otorgamiento del testamento aún viviendo sus progenitores. En el caso del Código Civil del DF en donde no existe tal extensión por vía legislativa, es preciso hacerla por vía de interpretación judicial.

La reputación es la consideración que hace el legislador teniendo en cuenta que alguno de los casos enumerados pueda ser de otra naturaleza real mas no para efectos legales. El caso mayormente citado es el art. 75 del Código de Comercio por lo que hace a los actos de comercio.⁵⁴ Empero, encontramos otros muchos sitios en los que el legislador al reputar está considerando lo que en la propia norma expresa.⁵⁵

Queda claro al final de esta exposición que tanto la analogía como la equidad constituyen por sí mismas principios del orden jurídico.

Para cerrar este trabajo es preciso afirmar que convenimos en que la enseñanza del Derecho debe volcarse más hacia la argumentación y técnica jurídicas, teniendo en cuenta que el propio Derecho es una realidad analógica a la que le antecede el concepto de deber. Por ello, en la formación jurídica, debe privilegiarse más el pensamiento jurídico que la transmisión pormenorizada de cada uno de sus contenidos.

La sabiduría jurídica está más cerca de saber cómo que de pretender saberlo todo. La filosofía es entendida como el amor a la sabiduría y, por lo mismo, como una verdadera propedéutica salvífica.

⁵³ Otros casos de fraude equiparado pueden localizarse en el Código Fiscal y demás legislaciones.

⁵⁴ La palabra “reputar” significa desde su propia etimología: lo que así se considera porque así se piensa, independientemente de su misma realidad intrínseca.

⁵⁵ Por lo demás la palabra “reputar” puede aludir al prestigio personal y profesional, no es ese el significado al que nos referimos en este escrito. Para que el lector localice otros casos de utilización de este vocablo, remitimos a los siguientes artículos del Código Civil del DF: 291 bis, 755, 855, 891, 918 y 1947.

Cerramos este escrito con un pensamiento muy expresivo que contiene una analogía interesante de Agustín Basave y Fernández del Valle quien escribe en su *Filosofía del Derecho*: “si el jurista no sabe leer en la óptica integral del Derecho, no va a ver sino su sombra en las letras de los códigos”.⁵⁶

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Algarabía*, revista mensual, México, núm. 34, 2004.
- ARISTÓTELES, *Organon*, Barcelona, Gredos, 1977.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, 1986.
- BASAVE Y FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2001.
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos*, México, UNAM, 1995.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y del umbral*, Salamanca, Editorial San Estaban, 2003.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del Derecho*, San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.
- BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, México, UNAM, 2007.
- BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Biblia*, Nacar Colunga, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1964.
- BIONDI, Biondo, *Arte y ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1953.
- COMA FORT, José María, “El Derecho de obligaciones”, en las *Res Cottidianae*, Madrid, Fundación Ursicino Álvarez Suárez, 1996.
- COSSÍO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Losada, 1947.
- DABIN, Jean, *Teoría general del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.
- DERISI, Octavio N., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1980.
- FASSÓ, Güido, *Historia de la filosofía*, 3 vols., Buenos Aires, Editorial Pirámide, 1982.
- GORDILLO MONTESINOS, Roberto H., *Derecho privado romano*, México, Porrúa, 2004.
- KELSEN, Hans, *Teoría del Derecho y del Estado*, Nacional de Publicaciones, 1990.

⁵⁶ BASAVE Y FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2001, p. 22; con un fuerte sabor schleriano.

LUYPEN, William, *Fenomenología del Derecho natural*, Carlo Lohlé Editorial, 1968.

MARGADANT, Guillermo F., *Derecho privado romano*, México, Esfinge, 2009.

Novissimo Digesto Italiano, Turín, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1953.

PLATÓN, *Diálogos*, Madrid, Aguilar, 1991.

QUILES, Ismael, *La persona humana*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1942.

RICOEUR, Paul, *Vraie et fausse anguisse*, Francia, Academie Francaise, 1988.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Derecho natural e historia del pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Metodología de la ciencia del Derecho*, México, Porrúa, 1977.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Derecho*, México, Porrúa, 1988.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus*, con concordancia alemana, sin datos de traducción, Barcelona, Mirador Nacional, 1964.

APROXIMACIÓN A LA FILOSOFÍA ANALÍTICA EN MÉXICO

APPROACH TO ANALYTICAL PHILOSOPHY IN MEXICO

Jaime Hugo TALANCÓN ESCOBEDO*

RESUMEN: En el presente artículo el autor brinda un acercamiento a la filosofía analítica a través de sus autores más emblemáticos: Russell, Wittgenstein, Moore, etc. Para el autor, en los filósofos analíticos se puede identificar un rigor formal y un tono novedoso de exponer, superando así la retórica habitual de los grandes discursos. En la filosofía analítica se busca un esclarecimiento real de los conceptos científicos, de su lógica y su conexión con la experiencia. En este sentido, surgen distintos grupos y posiciones teóricas diferentes en torno a la corriente. Del mismo modo, se realiza un recorrido por el positivismo, incluyendo a H.L.A. Hart como su defensor en la filosofía del Derecho. Finalmente, el autor desemboca sus reflexiones en la filosofía analítica mexicana y algunos de sus exponentes.

PALABRAS CLAVE: filosofía analítica, ciencia, positivismo, filosofía mexicana, filosofía del Derecho.

ABSTRACT: In this article the author provides an approach to analytic philosophy through its most emblematic authors: Russell, Wittgenstein, Moore, etc. To the author, analytic philosophers can identify a formal rigor and a new tone of expose, thus overcoming the usual rhetoric of the great speeches. Analytic philosophy seeks to a real clarification of scientific concepts, its logic and its connection with experience. Here, different groups and different theoretical positions born around the current. Similarly, a journey is performed towards positivism, including H.L.A. Hart as your advocate in the philosophy of law. Finally, the author ends his reflections on the Mexican analytic philosophy and some of its exponents.

KEYWORDS: Analytic Philosophy, Science, Positivism, Mexican Philosophy, Philosophy of Law.

* Profesor de Carrera de la Facultad de Derecho de la UNAM y Director General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

SUMARIO: I. *En el camino de la filosofía analítica*. II. *La filosofía analítica y la ciencia*. III. *La prueba de tres filosofías*. IV. *El padrinazgo del profesor Hart*. V. *Después de un largo viaje positivista*. VI. *La filosofía local como ciencia rigurosa*. VII. *Seguir un camino propio*. VIII. *Bibliografía*.

La filosofía es el culto de las ideas. Es la última victoria del pensamiento sobre una forma y elemento extraño; es el más alto grado de la libertad y de la inteligencia.

Víctor Cousin

I. EN EL CAMINO DE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA

El antecedente contemporáneo de nuestra historia lo pudiésemos encontrar en Inglaterra con Jeremy Bentham y John Austin, fundador de la escuela analítica. La filosofía analítica nace a finales del siglo XIX y crece y se desarrolla en el transcurso del siglo XX.

A finales del siglo XIX, surgen cuestionamientos para con el idealismo alemán y hegeliano, para principios del XX, ya está en los centros académicos de Estados Unidos a través de sus adeptos.

Uno de sus más representativos seguidores en Norteamérica, es quien le da este nombre. En efecto, gracias a Ernest Nagel, en un artículo publicado en 1936 “Impresiones y valoraciones de la filosofía analítica en Europa” acuña la expresión “filosofía analítica”, para referirse al trabajo filosófico europeo y compararlo con el pragmatismo norteamericano de los 20 y 30 del siglo XX, generado con toda seguridad, por la esquizofrenia anticomunista.

Ella no refulgió sin antes haber hecho un azaroso periplo filosófico de más de un siglo para medianamente conformarse; o, como lo describió el maestro José Gaos en su texto *¿Son filosóficos nuestros días?*:¹ “Tras el materialismo del centro del siglo XIX, filosofía tan poco filosófica que casi no es una filosofía, o no es una filosofía que pudiera tomarse en serio; tras el positivismo de la misma época, el neokantismo restauró la filosofía como teoría del conocimiento, primero, luego como toda una filosofía de la cultura; la fenomenología la fundó como ciencia rigurosa, o lo que quiere decir lo mismo, la hizo entrar por el camino seguro de una ciencia; Bergson, el primero y el más famoso e influyente quizá, aunque en modo alguno el único, ni siquiera

¹ GAOS, José, “¿Son filosóficos nuestros días?” en *Cuadernos americanos*, Editorial Cultura, año V, vol. XXV, 1, 1946, pp.106-125.

el único eminente, restauró con los otros acabados de aludir la metafísica; y la parte primera y fundamental, si no única, de ésta, la ontología, ha sido restaurada por Heidegger...”.

Los diversos cronistas mencionan entre los círculos europeos de filosofía analítica, a Cambridge, Viena, de donde surgiría el positivismo lógico, Berlín y Lwow, Polonia, hoy Ucrania.

Pero también coinciden en que, Cambridge y Oxford, son los centros más importantes, en virtud de que tres académicos hicieron de la filosofía analítica el centro de sus contribuciones más significativas: Bertrand Russell, matemático y lógico; Ludwig Wittgenstein, ingeniero, y el único filósofo de verdad, George Edward Moore. Si bien es cierto era posible encontrar en ellos perspectivas comunes, ideales compartidos, inclinaciones semejantes, terminologías afines y un tratamiento parecido de los problemas filosóficos, también se podía reconocerles tesis divergentes, posiciones irreconciliables y enemistades intelectuales profundas.

Y es que, en opinión de Gaos: “Desde sus orígenes mismos, la filosofía ha sido [...] filosofía de sí misma. Acaso [...] los filósofos han tenido, siguen teniendo una idea de la filosofía, una filosofía de la filosofía, más o menos consciente, más o menos expresa, con arreglo a la cual, en mayor o menor medida, han filosofado, siguen filosofando. Incluso, la razón de ello pudiera ser la necesidad de tener una idea, una filosofía de la filosofía para filosofar”.²

De cualquier manera, lo que puede reconocerse es que en los filósofos analíticos, se puede identificar un rigor formal y un tono novedoso de exponer que trasgrede y supera la retórica habitual de los grandes discursos, la oratoria caprichosa de figuras y alusiones, para concentrarse en la parquedad estilística.

En la filosofía analítica se aspira a un esclarecimiento real de los conceptos científicos, de su lógica y de su conexión con la experiencia; puede ser una gran justificación del trabajo y los resultados científicos.

II. LA FILOSOFÍA ANALÍTICA Y LA CIENCIA

La filosofía analítica, desde su proceso propio, observa como desventajas un marcado interés por la ciencia, por la lógica, por el trabajo formal y riguroso, por la rehabilitación de la experiencia, por el lenguaje.

² *Ibidem.*

En su perspectiva exógena puede destacarse su precaria conexión con la filosofía decimonónica, en cuanto que ésta se centraba en cuestiones de orden social, en la historia, la vida, la política, el arte y la moral. En efecto, a lo largo del siglo XIX, se percibe a la ciencia deambulando por fuera de las reflexiones filosóficas y, precisamente por ello, la filosofía analítica descuidó temas esenciales de filosofía política, de filosofía de la religión, de antropología filosófica, de la estética y la moral.

El marcado carácter a-histórico de la filosofía analítica era acompañado por un evidente desdén por todo lo que los filósofos del pasado habían pensado, tanto de sus temas como de sus argumentos, debiendo destacar que de todos modos, los más sobresalientes conocían la historia de la filosofía.

Es muy probable por ello, que la denominación “filosofía continental” la inventaron los ingleses para referirse a todas las filosofías que se hacían en el continente europeo, es decir, en Europa fuera de las Islas Británicas. En este cajón de sastre metían desde la fenomenología y el existencialismo hasta las filosofías de Ortega y Gasset o de Habermas, pasando por todo tipo de resurrecciones (neotomismo, neokantismo, neomarxismo, etcétera) y ensaladas intelectuales, que apenas si tenían algo en común (...) La llamada filosofía continental ha quedado pues, prácticamente reducida a historia de la filosofía”.³

No obstante, en el quehacer filosófico del medio inglés de principios del siglo XX, en un contexto de avance en las ciencias naturales, de la lógica y las matemáticas, muchos filósofos terminaban por considerar que todo lo que puede ser conocido es posible sólo por medios y métodos científicos, por lo que la filosofía podría convertirse en un tipo de ciencia o actividad rigurosa.

La filosofía, al concebir al lenguaje como objeto, hace surgir diferentes filósofos y grupos con posiciones teóricas diferentes, pero con varios puntos en común, como los siguientes:

- Su convicción de que el análisis del lenguaje es la tarea de la filosofía, que a su vez es una investigación rigurosa, dilucidadora, alejada de la valoración especulativa e ideológica.
- El empirismo filosófico como posición teórica.
- Una valoración positiva de la ciencia y sus procedimientos.
- Alta estima de las posibilidades de la nueva lógica, en el propósito de lograr una actividad de rigor.

³ MOSTERÍN, Jesús, “Grandeza y miseria de la filosofía analítica”, en *Filosofía moral, educación e historia*, México, Facultad de Filosofía y letras-IIF-UNAM, 1996, pp.690-691.

A pesar de las diferencias, esta comunidad de intereses define dos grandes grupos o líneas:

Uno. Encuentra inspiración en los recursos de la nueva lógica, donde el éxito filosófico, la clarificación y eliminación de problemas se consigue mediante un lenguaje ideal, perfecto, parafraseado, con punto de partida en la obra de Bertrand Russell en las primeras décadas del siglo xx, y el “primer Wittgenstein” alcanza su expresión cimera en el positivismo lógico del Círculo de Viena.

Dos. Se caracteriza por el uso del lenguaje ordinario y la concepción de que los problemas filosóficos son de naturaleza lingüística. Ahí, el análisis como procedimiento filosófico se convierte en análisis lingüístico de las expresiones del lenguaje común y mucho debe a la obra de George Edward Moore y del “segundo Wittgenstein”. Se desarrolla en Inglaterra en la década de los cuarenta del siglo xx, en dos grandes grupos: Cambridge, con terapeutas dedicados a problemas más específicos del lenguaje común, y Oxford, con lingüistas interesados por los detalles del lenguaje común y por elaborar conclusiones filosóficas generales.

III. LA PRUEBA DE TRES FILOSOFÍAS

Se considera que en las formas de expresión de la filosofía analítica sobrevive una cierta unidad metodológica. Pero esta idea es ilusoria.

Considérese, en primer lugar, lo que se ha entendido como paradigma de teoría filosófica; para este caso, se alude a la teoría de las descripciones de Russell, madre del “análisis lógico”, cuyo instrumental inmediato es la lógica de primer orden y, más específicamente, la teoría de la cuantificación.

Aquí el objetivo es exhibir la forma lógica de las proposiciones, en contraposición a su forma gramatical, para tener claro su sentido semántico. El análisis lógico se efectúa sobre proposiciones y tiene como meta definir las. Así, se define una proposición mediante las proposiciones que lógicamente la implican y que a su vez ella implica.

El primer ejemplo es el análisis de Russell, que va de la contribución semántica de descripciones en contexto, como partes de entidades más complejas. Esta teoría opera de manera sistemática, resuelve algunos enigmas de la lógica filosófica y da claridad sobre algunas nociones filosóficas fundamentales, como la existencia. Lo que Russell quería era desarrollar una teoría atomista y empirista, contraria a los sistemas monistas que surgían en Inglaterra a finales del siglo xix y principios del xx.

Un segundo ejemplo alternativo de análisis filosóficos es la obra de Moore, al que algunos pares del autor denominaron análisis conceptual.

Su idea de análisis fue elaborado como un mecanismo para neutralizar y dismantelar lo que él consideró que eran las aseveraciones filosóficas más monstruosas, como las proferidas por los grandes metafísicos de la época y algunos hegelianos y neo-hegelianos muy representativos. Si bien su impulso proviene del sentido común, su análisis es puramente lingüístico, no epistemológico, porque Moore deseaba mostrar que muchas afirmaciones filosóficas son contrarias al sentido usual de las palabras y, por lo mismo, no son significativas.

Él extraía, de manera minuciosa y sugerente, las implicaciones de los usos filosóficos y mostraba que, tomados literalmente, conducen a contradicciones con otros pensamientos aceptados y de fuerte arraigo. Debe mencionarse, empero, que el análisis de Moore, aunque sumamente original, ya había sido anticipado por David Hume, en el célebre pasaje del libro III de su *Tratado de la naturaleza humana*, que hace concordar la “guillotina de Hume”, que versa sobre la faceta inferencial o lógica del asunto, con la “falacia naturalista” de Moore, que se centra en el aspecto metafísico o lingüístico del mismo. Se trata de una misma idea aplicada en dos ámbitos discursivos distintos.

En tercer lugar, conviene mencionar el del análisis gramatical, extraído del “segundo Wittgenstein”, que entendía el conjunto de reglas comunes que rigen el uso de las palabras. Estas no son formales, y sólo sirven para fijar los límites del campo de aplicación y del sentido de las palabras.

Sus observaciones no son meras curiosidades lingüísticas, tienen consecuencias filosóficas devastadoras, en la medida en que el análisis gramatical es simultáneamente destructor y esclarecedor.

Eso sí, deja en claro que las discusiones filosóficas, en general, se fundan en incomprensiones gramaticales y nos detiene en nuestro intento de responder a interrogantes filosóficos. Simplemente, nos pone en claro que lo que tratábamos de resolver era un enredo, un pseudo-problema. Por ejemplo Wittgenstein, en sus *Investigaciones filosóficas*,⁴ nos dice:

23. ¿Pero cuántos géneros de oraciones hay? ¿Acaso aserción, pregunta y orden?—Hay *innumerables* géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos “Signos”, “palabras”, “Oraciones”. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen

⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, México, IIF-UNAM-Editorial Crítica., 1988, pp. 39 y ss.

y se olvidan. (Una *figura aproximada* de ello pueden dárnosla los cambios de la matemática.)

La expresión “*juego de lenguaje*” debe poner de relieve aquí que *hablar* el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida. Ten a la vista la multiplicidad de juegos de lenguaje en estos ejemplos y en otros:

Dar órdenes y actuar siguiendo órdenes.

Describir un objeto por su apariencia o por sus medidas.

Fabricar un objeto de acuerdo con una descripción (dibujo).

Relatar un suceso.

Hacer conjeturas sobre el suceso.

Formar y comprobar una hipótesis.

Presentar los resultados de un experimento mediante tabla; y diagramas.

Inventar una historia; y leerla.

Actuar en teatro.

Cantar a coro.

Adivinar acertijos–

Hacer un chiste, contarlo.

Resolver un problema de aritmética aplicada.

Traducir de un lenguaje a otro.

Suplicar, agradecer, maldecir, saludar, rezar.

–Es interesante comparar la multiplicidad de herramientas del lenguaje y de sus modos de empleo, la multiplicidad de géneros de palabras y oraciones, con lo que los lógicos han dicho sobre la estructura del lenguaje. (Incluyendo al autor del *Tractatus logico-philosophicus*.)

460. ¿Podría justificarse una acción como ejecución de una orden de la siguiente manera: Me has dicho “Tráeme una flor amarilla” y esto me ha proporcionado un sentimiento de satisfacción, y por ello te la he traído?

–¿Acaso no habría que responder a esto: –Pero yo no te mandé traerme una flor que, debido a mis palabras, te proporcionara un sentimiento tal?

461. ¿En qué medida anticipa la orden su ejecución?

–¿En qué ordena ahora eso que luego será ejecutado? –Pero en realidad habría que decir: “lo que luego se ejecutará o no se ejecutará” Y esto no dice nada. Pero aun cuando mi deseo no determine lo que va a ser el caso, en cambio si determina por así decir el tema de un hecho; tanto si éste cumple el deseo como

si no”. No nos maravillamos –por así decir- de que alguien conozca el futuro; sino de que pueda, sin más, hacer profecías (correctas o falsas). Como si la mera profecía, independientemente de que sea correcta o falsa, contuviera ya una sombra del futuro; a pesar de que no sabe nada sobre el futuro, y no puede saber menos que nada.

462. Lo puedo buscar cuando no está, pero no lo puedo colgar cuando no está. Quizás se quisiera decir: “Pero tiene que estar por ahí cuando lo busco”.- Entonces también tiene que estar por ahí cuando no lo encuentro e incluso cuando no existe en absoluto.”

Ahora bien, de la diversidad en el método filosófico de los tres personajes comentados, se desprende que el análisis filosófico puede revestir toda una variedad de formas, “una filosofía de la filosofía para filosofar”, como dijo el maestro José Gaos. No es una idea que nació completa, se fue desarrollando y adquiriendo nuevas personalidades, hasta arribar a lo que se conoció como filosofía lingüística, punto culminante de la filosofía analítica.

Es posible percibir que los filósofos analíticos se caracterizan por manifestar cierto gusto por determinados mecanismos, o procedimientos de investigación, que evitan la teorización demagógica y grandilocuente. Su intención consiste en representarnos un esfuerzo intelectual para alcanzar la claridad y simplicidad del pensamiento y de comprensión, asequibles en relación con los problemas filosóficos que nos mantienen ocupados, lo que entendemos como un antídoto contra la crítica que podríamos llamar enfermedad de Gaos.

IV. EL PADRINAZGO DEL PROFESOR HART

El profesor Herbert Lionel Adolphus Hart es el causante del surgimiento de una nueva ola intelectual en torno de la filosofía del Derecho; con él, el positivismo jurídico de la primera mitad del siglo xx encontró a un enorme defensor, cuyo compromiso se sintetiza en la calidad de sus reflexiones y planteamientos. Estas consideraciones explican por qué en México consiguió muchos seguidores que lo consideran un clásico y pilar de la reflexión en torno a la filosofía analítica en nuestro país.

Se considera que el profesor Hart, sin embargo, practicó una política conservadora bajo el manto de la filosofía analítica del Derecho. De acuerdo con el profesor Hart la tarea de la filosofía analítica del Derecho es propor-

cionar “un panorama más claro de aquellos rasgos de los conceptos jurídicos que los diferencian de los conceptos usuales, relativamente fáciles de comprender, y que exhiba manifiestamente su modo distintivo de operar”.

Al discutir el término “contrato”, Hart señala que una demanda puede ser atacada por la negación de los hechos o, más importante para este propósito, oponiendo una excepción, por ejemplo, falta de representación, coacción de la voluntad, demencia, etcétera (y, hubiera podido agregar, admitiendo los hechos, pero alegando que ellos no entendían la causa de la acción). Hart conviene en que los filósofos (hubiera podido agregar juristas) han proporcionado fórmulas relevantes y que Pollock, una autoridad en materia de contratos, ha dicho que “el consentimiento debe ser verdadero, total y libre”. “Pero”, señala Hart, “tal fórmula general puede ser profundamente equívoca (para quien no está especificado) para el aspecto positivo de la doctrina, ‘consentimiento debe ser verdadero total y libre’ es solamente exacta como enunciado del derecho, si éste es entendido como un compendio de alegato (interposición) de excepciones”. “Es, por tanto, decir que excepciones tales como coacción de la voluntad, y algunas otras que pueden ser agrupadas con ellas, son admitidas.” Y, para Hart la práctica del derecho “Hace esto claro”, ya que él cree que el demandante no debe probar que el consentimiento era “verdadero”, “total” y “libre”.⁵

Con estos diversos usos lingüísticos a la vista, se puede captar mejor el ataque de Hart en su muy conocido ensayo "The Adscription of Responsibility and Rights", donde señala que “en nuestro lenguaje ordinario existen frases cuya función principal no es describir cosas... o algo más, ni expresar o avivar... emociones, pero sí... reclamar derechos... reconocer derechos... adscribir derechos... transmitir derechos... y admitir o adscribir o hacer acusaciones de responsabilidad”. La tesis de Hart, sin embargo, se extiende más allá de los límites de las discusiones dedicadas a los juicios éticos y a la imputación de responsabilidad. Como hicimos notar, Hart sostiene que los enunciados que se refieren a acciones tales como “él lo hizo”, son adscriptivas, no descriptivas, y lleva esto al punto de mantener que “intención” es descriptiva de un estado mental y también que un juicio moral no lo es.⁶

Para él, se avanzará muy poco en la comprensión del Derecho y del razonamiento jurídico mientras no se llegue a dominar la estructura lógica del lenguaje jurídico, y enfatiza la vaguedad inherente al uso del lenguaje; en efecto, no importa lo claro que parezca el significado de una palabra, de

⁵ HALL, Jerome, “Analytic Philosophy and Jurisprudence”, en *Ethics an International Journal of Social, Political and legal Philosophy*, vol, 77, núm. 1, University of Chicago, 1966, p. 93.

⁶ *Idem.*

una frase o de una regla, siempre hay un margen de vaguedad que lo rodea. Por ello, la ciencia jurídica del siglo xx ocupó muchos recursos, sobre todo intelectuales, para desentrañar esa zona de penumbra.

En México como en gran parte de los países del mundo, la zona de penumbra no la dilucidamos, la socializamos y la democratizamos y construimos un lenguaje críptico, eufemístico, maravilloso para disfrazar y maquillar la realidad.

Por ello, el profesor Hart considera que las palabras no sólo son vagas, a veces también son ambiguas, pues tienen más de un uso reconocido, y los principios jurídicos tienen un carácter adscriptivo y, de esta manera, los conceptos jurídicos no pueden ser definidos en términos de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes. Así, la técnica de Hart sugiere, para evitar la cuestión de qué conceptos “significan” o “representan”, mirar la función que las palabras llevan a cabo en el funcionamiento de un sistema jurídico. La parte crítica de todo esto es, que los conceptos jurídicos no representan nada, no establecen hechos; en vez de ello se usan para “hacer” algo.

En el prefacio a la edición inglesa de su obra *El concepto de Derecho*, expresa Hart: “El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (analytical jurisprudence), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica.”⁷

Una tesis central del profesor Hart es que, sin tomar en cuenta el aspecto interno de las reglas jurídicas, poco puede avanzarse en la comprensión de cómo funciona el Derecho en una sociedad. Según Hart, “mientras no se capte su importancia no se podrá entender el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa de la sociedad”.⁸

Los planteamientos anteriores reúnen las consideraciones medulares de las investigaciones teórico-jurídicas de Hart, que lo llevaron a hacer un juicio a las teorías jurídicas clásicas, porque pretenden reducir el Derecho a una forma simple.

Aunque Hart siempre fue una persona modesta y evitaría un comentario acerca de la importancia definitiva de sus estudios para la teoría del Derecho, hay quienes sin duda, lo consideran un pilar esencial.

⁷ Cfr. HART, H.L.A. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Ediciones de Abeledo-Perrot, 1963.

⁸ *Idem.*

V. DESPUÉS DE UN LARGO VIAJE POSITIVISTA

Hay quienes afirman la existencia de una cierta continuidad genética entre el positivismo latinoamericano decimonónico y la filosofía analítica.

Se puede observar que en nuestros países se desplegó un espíritu de rechazo del positivismo que había sido ideología comprometida con los proyectos de transformación económica y social, de manera peculiar, después de la restauración de la República y en materia educativa, con Gabino Barrera y la Escuela Nacional Preparatoria.

A principios del siglo xx, la perspectiva histórica del positivismo se observaba agotada y, en vez de la emancipación y el progreso que se había propuesto en cada uno de los países de América Latina, no se había logrado, con un orden político anárquico donde la educación, tal vez el proyecto estelar, no había respondido a las expectativas en la elevación de la cultura y la identidad espiritual e histórica.

En efecto, Vasconcelos afirmaba que el positivismo había destruido los signos del universo espiritual que debe restituirse mediante una nueva perspectiva metafísica; y en Rodó, el Ariel venció a Calibán, un modelo falto de atractivo e inadecuado para la especificidad iberoamericana. Además, Antonio Caso, Carlos Vaz Ferreira y Alejandro Korn afirmaron que el positivismo limita el conocimiento humano a la sola ciencia y prohíbe al espíritu la especulación, la meditación.

En suma, en los años cincuenta del siglo xx, cuando el desarrollo de la filosofía había alcanzado cierta normalidad e institucionalización, en el pensamiento latinoamericano ya estaba de vuelta del positivismo y, al recibir la influencia del pensamiento europeo, aparecen con fuerza la metafísica y nuevas ontologías para reflexionar los problemas de nuestra cultura e historia, de nuestro espacio y tiempo, y deriva en la preocupación por la filosofía latinoamericana, de lo americano, sin eximir el debate acerca de su originalidad y autenticidad.

Pero esta nueva actividad filosófica no logra trascender el tufo de la imprecisión y la ampulosidad en la forma de decir, con un estilo poético-filosófico que subrayaba su lejanía del énfasis cientista, típico del positivismo. Es decir, se da espacio al escolasticismo y la imprecisión, en sacrificio del rigor.

Como es evidente, esta situación entorpece el análisis del lenguaje y de la filosofía analítica. Y por ello, precisamente, se despertó el reclamo de una “cruzada analítica” para superar el retorcimiento de este discurso, con varios factores favorables a su recepción, que la hacen diferente a la de tipo positivista, entre ellos el interés que tienen los pioneros por la filosofía que, a la víspera, se convertirá en estímulo para el análisis y el rigor; por ejemplo,

en Antonio Caso, erudito cargado de referencias a los clásicos de la analítica europea y con la que pudo mantener una hegemonía filosófica, sobre todo, en los temas dirigidos al quehacer de la Universidad y su función en favor de la sociedad. Con ella pudo dar la lucha, desde el punto de vista de la filosofía analítica, que muchos confundieron como idealismo a secas, en contra de una perspectiva fundada por el materialismo dialéctico, encabezada por Vicente Lombardo Toledano.

En los años iniciales de la década del treinta, el debate sobre la educación se había concentrado entre quienes consideraban que debería ser laica, pragmática, racionalista o positivista y quienes mantenían la tesis del espiritualismo y la presencia de la religión católica.

Lombardo en 1963, ofreció una reflexión más crítica en su prólogo al libro *Idealismo vs materialismo dialéctico*,⁹ que recoge el debate que tuvo con Antonio Caso: “el positivismo –dice Lombardo– era indudablemente falso como doctrina del desarrollo de la sociedad orientado hacia el progreso”. Y agrega que si bien era falso el positivismo: “todavía más falsa (era) la filosofía bergsoniana, porque como la rama más subjetiva de la filosofía idealista –a conciencia es anterior a la naturaleza y tiene un origen divino– daba a la categoría religiosa la prioridad sobre todos los valores que mueven al hombre” y hace dos preguntas: primera: “¿Podría ser esa “filosofía de la intuición” la que explicara lo que pasaba en México y en el mundo?” Segunda: “¿Podría servir al pueblo que destruía con las armas y con vehementes protestas su largo pasado doloroso y trataba de saber cuál sería la orientación que seguiría el Estado en aquel período?”

En el libro titulado *Las corrientes filosóficas en la vida de México*,¹⁰ sostiene que existen dos formas de difusión de la filosofía: una a través de la docencia y otra que influye en la vida política, social e ideológica de un país. Lombardo hará una exposición de la forma en que la filosofía ha influido en La Colonia, la Independencia, la Reforma y la Revolución.

De lo que se trataba en aquellos años y también de los que se trata hoy, en la actual coyuntura es saber ¿cuál debe ser la orientación que debe seguir el Estado en la política y en la educación? Lo cual significa plantearse ¿qué es lo que se quiere hacer con el país?

Se requería, entonces, dar un paso más en la orientación de la educación, y se pensó en la educación socialista. Esta idea no fue generada exclusiva-

⁹ LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Idealismo vs Materialismo dialéctico*, México, Ed. Universidad Obrera de México, 1963, p.11.

¹⁰ Cfr: LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Corrientes filosóficas en la vida de México*, México, Universidad Obrera de México, 1963.

mente por Vicente Lombardo Toledano, sino también por las opciones políticas que surgían en el horizonte histórico de aquellos años.

Esta idea se confrontaría, durante el Primer Congreso de Universitarios Mexicanos, efectuada del 7 al 14 de septiembre de 1933, en una mesa denominada: “Posición ideológica de la Universidad frente a los problemas del momento”, pero también: “Importancia social de la Universidad en el momento actual”.¹¹

En la tercera conclusión de esta mesa, se afirmaba que “las enseñanzas que forman el plan de estudios correspondientes al bachillerato, obedecerán al principio de la identidad esencial de los diversos fenómenos del Universo y los medios de producción económica”, etc.

El debate entre Caso y Lombardo se presentó en torno a esta tercera conclusión. Caso afirmaba que: 1) la Universidad es una comunidad de cultura; 2) La cultura es elaboración de valores; 3) la Universidad es una comunidad de investigación y enseñanza.

Además, Caso presentó diversas tesis: 1) la autonomía universitaria y la libertad de cátedra; 2) la Universidad requiere crear ciencia laica y requiere tener un cuerpo suficientemente autónomo dentro del campo científico.

Caso tenía mucha claridad en algunas posturas, pero la autonomía universitaria sirvió para que diversos grupos conservadores pudieran mantenerse en esa posición. Efectivamente, Caso tenía razón pero el uso específico que se le daba a la libertad de cátedra y la autonomía era otro.

Un hecho interesante, a finales de los años treinta, al menos en nuestro país, fue la llegada de varios filósofos, después de la Guerra Civil española: José Gaos, Joaquín Xirau, Eduardo Nicol, José Ferrater Mora, Luis Recaséns Siches y varios más, quienes estimularon la recepción del análisis filosófico, aún sin considerarse sus promotores o partidarios, quienes con Eduardo García Máynez, fundador del Centro de Estudios Filosóficos, publican desde 1955 importantes trabajos en la revista *Dianoia*, donde subrayarían su preocupación por este tema.

Al actualizar el debate filosófico y hacerlo actividad de mayor rigor, lo gran conjuntar en su entorno a una nueva generación de filósofos tallados con el esmero de sus maestros. Así, del grupo de filósofos formados por Gaos, sobresale la postura favorable al positivismo lógico y la filosofía analítica de Luis Villoro y Fernando Salmerón.

Según lo afirmó algún día Salmerón, no se podía hablar de filosofía analítica en México hasta 1959, cuando la Facultad de Filosofía de la UNAM

¹¹ “Conclusiones del Primer Congreso de Universitarios Mexicanos”, en LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Obra histórico-cronológica*, t. II, vol. 4, México, Centro de Estudios filosóficos, políticos y sociales VLT, 1995.

organizó una sesión pública sobre el texto de Husserl, titulado *La filosofía como ciencia rigurosa* y aparece en castellano el texto de Moore, denominado *Principia ethica*.

En ese seminario, Alejandro Rossi valoró, al igual que Villoro y Salmerón, el ideal husserliano de la filosofía como ciencia estricta, que requiere de una base teórica diferente y una forma propia de concebirse, aspecto que lo liga a un espacio de conceptos susceptibles de ser analizados rigurosamente según cánones científicos, citando a autores como Moore y Wittgenstein.

En 1967, con la aparición de *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, se abre un capítulo importante de la filosofía analítica, donde se observa madurez en el tratamiento de los diferentes problemas. Ahí, Rossi, como Villoro y Salmerón, subrayan un comentario en su presentación, que da realce a la aparición de una nueva tendencia que parece ocuparse de la filosofía latinoamericana, al encarar de un modo distinto la labor filosófica.

En efecto, según nuestros filósofos mexicanos: “La filosofía deja de concebirse como aventura especulativa, para entenderse como análisis conceptual y como crítica”. Esta filosofía se destaca por su postura ante la mayoría de los sistemas tradicionales de pensamiento y presenta una reacción contra la especulación metafísica que produce generalizaciones vacías, falta de originalidad y un ambiente retórico inocuo.

VI. LA FILOSOFÍA LOCAL COMO CIENCIA RIGUROSA

Dentro del grupo de personalidades fundacionales de la filosofía analítica en México, acaso Villoro y Salmerón son los más reconocidos por la calidad de sus análisis, el impacto de sus textos y su poder de convocatoria.

Luis Villoro, tenía a la historia como preocupación inicial, en tanto que se concentró posteriormente, bajo la influencia del trabajo en el grupo “Hiperión”, de la Facultad de Filosofía de la UNAM y del maestro Gaos, en otras temáticas referentes a la teoría del conocimiento. Su recopilación denominada *Páginas Filosóficas* (1962) evidencian este tránsito intelectual, pues tal grupo de textos, sin unidad temática, revelan su participación en el ambiente intelectual de los años cincuentas, con trabajos que van de una temática existencialista, a otros en la vena del positivismo lógico y la metafísica.

Ahí considera que muchos enunciados metafísicos son un sinsentido, tautologías, proposiciones de diferente especie a las proposiciones de las ciencias naturales; son, además, enunciados que se refieren a los límites del lenguaje. En Villoro, como en Rossi y Salmerón, se reconoce un interés por la naturaleza de la filosofía que será esencial en su orientación posterior hacia

la filosofía analítica, donde marcarán la pauta la lectura de Edmund Husserl y su consideración de la fenomenología trascendental para ver la filosofía como ciencia estricta y rigurosa.

En 1962, Villoro escribió que la filosofía debe superar todo relativismo y lograr su afán de universalidad, y que debe dejar de ser sabiduría y ahora aparecer como “ciencia radical”, lo que implica universalidad y fundamentación absoluta. Así, para realizar una filosofía científica, ésta debe tomar la idea de ciencia auténtica, constituida por un enlace sistemático de proposiciones verificables y de validez.

Luis Villoro puede ser ubicado dentro de la concepción de la filosofía como ciencia, como análisis, dejando a un lado la empresa especulativa y cosmovisiva. En efecto, su labor como docente y de investigación puede considerarse analítica, no dogmática.

En 1972, Villoro afirmó que en los ochenta se empezaría a desarrollar una filosofía latinoamericana por la vía del profesionalismo y el acceso a la “normalidad filosófica”, considerada como una forma de trabajo especializado y técnico, conectada estrechamente con la ciencia y al margen de la especulación metafísica y la forma literaria.

Finalmente, para Villoro, la filosofía tiene, en una sociedad como la nuestra, la función de fomentar la ciencia y la técnica en las investigaciones básicas, situación que la acerca más a las ciencias naturales y sociales, en funciones de auxiliar de las ciencias, para hacer la crítica y clarificación de los conceptos, y realizar análisis lógicos y metodológicos.

En todo este campo, según Villoro, la filosofía analítica será decisiva. Acaso por ello se dedicó a resolver problemas de la teoría del conocimiento, sobre todo en su libro *Creer, saber, conocer*, publicado en 1986, donde examina estos conceptos que requieren precisión y donde se valoran tipos de conocimiento y sus relaciones con la razón práctica. Asienta Villoro¹²:

El hombre, con la palabra, creó un instrumento para sustituir el mundo vivido y poder manejarlo en figura.

Por eso, el ideal del lenguaje discursivo sería suplir las cosas de modo tan perfecto que la estructura de las palabras correspondiera a la estructura de las cosas que reemplaza. Un lenguaje de ese tipo es la meta regulativa de todo lenguaje discursivo coherente. El lenguaje proporcional, ha dicho Wittgenstein, es una “figura” o un “modelo” de la realidad. El lenguaje “figura” el mundo en el sentido de traducir en una estructura de signos una estructura de objetos.

¹² Cfr. VILLORO, Luis, *La significación del silencio*, Universidad Autónoma Metropolitana, 1996; y “Igualdad y diferencia: un dilema político”, en *Filosofía moral, educación e historia*, Facultad de Filosofía y Letras-IIF-UNAM, 1996. pp. 111-122.

Wittgenstein nos da un símil: el lenguaje reemplaza la realidad al modo como la notación musical sustituye una sinfonía, y las irregularidades de la rayas del disco gramofónico sustituyen una y otra.

No obstante, también la distorsión de la palabra tiene un límite. Si prolongáramos hasta el fin de la negación de las significaciones del discurso, cesaría la palabra, la negación total de la palabra es el silencio.

También descartaremos otro aspecto del silencio, lleno de posibilidades y sugerencias, pero que aquí no debe detenernos. Nos referimos al silencio como *señal* de determinadas vivencias psíquicas: la reserva que distingue un alma grave o recogida; el silencio manso que oculta una actitud humilde o el altivo silencio que anuncia orgullo y desprecio; el noble silencio de quien escucha y el silencio farisaico de quien juzga. En estos casos el silencio es índice de una actitud espiritual o de un estado de ánimo y puede ofrecer una ventana abierta para el estudio de la intimidad ajena. Pertenece a un estilo de conducta, al modo como el hombre se muestra exteriormente, ante los demás o ante él mismo. Está emparentado con el gesto y la fisonomía. Igual que un ceño airado o un ademán impulsivo, puede ser signo de un acontecer psíquico, más no significa, no designa nada acerca del mundo en torno. Aquí no nos concierne; ahora sólo nos interesa el silencio como componente de un lenguaje capaz de referir al interlocutor a cosas distintas de él mismo; nos interesa como elemento significativo.

Ahora bien, la vida intelectual y evolución teórica de Fernando Salmerón es parecida a la de Luis Villoro, ambas están conformadas con las mismas influencias e inquietudes. Sin embargo, una preocupación latente de la obra de Salmerón consiste en delimitar la filosofía como actividad analítica y teórica con un enfoque crítico, a diferencia de las concepciones del mundo con consideraciones morales.

Así, en su libro *La filosofía y las actitudes morales*, publicado en 1971, recoge reflexiones sobre la investigación filosófica, la distinción de la filosofía desde las posiciones de la concepción analítica y explica, sobre todo a los científicos, acerca del papel de la ciencia y de la tecnología en el desarrollo económico, sin renunciar a la estrecha relación entre la filosofía y las ciencias, su cercanía e importancia.

Salmerón desarrolló varios temas y conceptos donde se distingue el de la moral, la igualdad, la diversidad, la dignidad, la norma, pero en él siempre quedó clara la distinción entre los significados de la filosofía: uno entendido como tarea crítica, analítica y teórica, y otro que se refiere a las concepcio-

nes acerca de la estructura del mundo. Por ello, la obra de Fernando Salmerón se enfocó preferentemente a la filosofía de la educación y la ética social.

Haciendo referencia al ensayo de Salmerón “Ética y diversidad cultural”, Villoro¹³ expresa: “La reivindicación de igualdad se funda en una noción ética: la igual dignidad de toda persona; la demanda de reconocimiento de las diferencias se basa en otro principio: la construcción de una identidad propia. Cada quien está moralmente obligado, a la vez, a que sus acciones se rijan por principios válidos para todos y a que conduzcan a la mayor perfección singular.” Ambas exigencias valen tanto para los individuos como para las colectividades. “De la misma manera que la idea de dignidad hizo surgir una política de la igualdad, la de la identidad dio origen a una política de la diferencia, que obliga al reconocimiento de identidades únicas, no solamente de individuos sino de entidades colectivas”. De allí surge una alternativa política: “La política de la dignidad, que es por naturaleza igualitaria, establece una idéntica oferta de inmunidades y derechos; la de la *identidad*, en cambio, hace surgir una demanda de reconocimiento, que haga justicia a las desigualdades de los individuos y de los grupos”. Se trataría de “dos fuerzas enfrentadas” en la democracia moderna.

Salmerón sugiere una vía para solucionar el dilema. Si lo he entendido bien, se trata de una interpretación del concepto de “dignidad” en Kant, que permitiría conciliar ambas nociones éticas. La dignidad de la persona estriba fundamentalmente en la capacidad para elegir sus propios fines y determinar su propio plan de vida, lo que constituye justamente la identidad personal. Así, el principio de autodeterminación podría conciliar el imperativo de universalidad con el de autonomía. Entonces, la igualdad no consistiría en el carácter universal de los fines elegidos, sino en la posibilidad de cada sujeto para elegir sus propios fines, aunque éstos difieran entre sí; igualdad, por lo tanto, en el reconocimiento de la diversidad. En el campo político, esta idea de la dignidad, creo yo, no conduciría a la imposición de un orden homogéneo sino, a la inversa, a una política del reconocimiento de la heterogeneidad en toda asociación política.

VII. SEGUIR UN CAMINO PROPIO

Los estudiosos aplicados a la filosofía analítica, coinciden en afirmar que hay las condiciones para que ésta florezca en América Latina y, naturalmente, en México, pues conforman un *corpus* digno y significativo, aunque dicha conformación no cristalice de manera lineal, sistemática o progresiva.

¹³ Cfr. *Idem*.

El auge de esta forma de filosofar se desarrolla no como mera repetición de un discurso filosófico europeo, donde sirven como autoridades infalibles las reconocidas personalidades nombradas al principio de esta exposición.

La forma de hacer y entender la filosofía analítica ha producido análisis de la realidad política, social latinoamericana y de la historia de la cultura de los pueblos, lejos de un discurso intelectualista que se queda en un simple análisis lingüístico, como se ha visto con Villoro y Salmerón entre otras muchas.

Y si bien es cierto, las condiciones están dadas para que surja una filosofía analítica auténtica, existen algunos elementos que pueden impedirlo. Por ejemplo:

1. En los grupos de profesionales de la filosofía que sólo se dedican a importar modas filosóficas y las jergas a ellas asociadas, que esterilizan la transferencia de ideas.
2. Concederle prioridad a la filosofía traducida sobre la filosofía vivida, pensada en nuestro propio idioma. Es necesario el surgimiento de filósofos mexicanos que enfrenten los problemas de racionalidad y de comprensión que forjen sus propias herramientas conceptuales. Para este caso, es imperativo que la filosofía se practique directamente en español, con estudiosos al margen de modas, personalidades, prestigios, bienestar económico, reconocimientos, laureles, etc.
3. Finalmente, si se afirma que hay que aprender de los logros de países con siglos de debate filosófico constante, para nosotros esto debe significar que incorporemos sus métodos de trabajo, sus técnicas de tratamiento de problemas, interiorizar su enfoque de las dificultades, atraer la discusión libre académica, desprejuiciada, y en nuestro idioma.

Sólo así nos podremos transformar en un pueblo con disposición abierta hacia las diversas maneras de ver el mundo y reflexionar sobre las fortalezas y debilidades de nuestra realidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

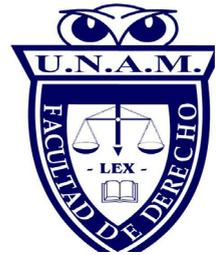
- COPLESTON, Frederick, *Historia de la Filosofía*, vol. VIII: “De Bentham a Russell”, Madrid, Editorial Ariel, 1983, p.p.469-481.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de la filosofía*, Madrid, Editorial Ariel, 2004, pp.1292-1296.
- GAOS, José, “¿Son filosóficos nuestros días?” en *Cuadernos americanos*. Editorial Cultura, año V, vol. XXV, 1, 1946, pp.106-125.
- HALL, Jerome, “Analytic Philosophy and Jurisprudence”, en *Ethics an International Journal of Social, Political and legal Philosophy*, vol, 77, núm. 1, University of Chicago, 1966, p.93.
- HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Ediciones de Abeledo-Perrot, 1963.
- HONDERICK, Ted, *Los Filósofos. Una introducción a los grandes pensadores de Occidente*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000, pp. 272-298.
- LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Idealismo vs Materialismo dialéctico*, México, Ed. Universidad Obrera de México, 1963, p.11.
- , *Corrientes filosóficas en la vida de México*, México, Universidad Obrera de México, 1963.
- , *Obra histórico-cronológica*, t. II, vol. 4, México, Centro de Estudios filosóficos, políticos y sociales VLT, 1995.
- MOSTERÍN, Jesús, “Grandeza y miseria de la filosofía analítica” en *Filosofía moral, educación e historia*, Facultad de Filosofía y letras-IIF-UNAM, 1996, pp.689-700.
- REALE, Giovanni y ANTISERI, Darío, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, “Del romanticismo hasta hoy”, Editorial Herder, t. III, 1995, pp. 574-608.
- SCHMILL, Ulises. *Teoría del Derecho y del Estado*, México, Porrúa, UNAM-ITAM, 2003.
- STEWART, Matthew. *La verdad sobre todo. Una historia irreverente de la filosofía*. México, Editorial Taurus, 1999, pp. 467-497.
- VILLORO, Luis, *La significación del silencio*, Universidad Autónoma Metropolitana, 1996.
- , “Igualdad y diferencia: un dilema político”, en *Filosofía moral, educación e historia*. Facultad de Filosofía y Letras-IIF-UNAM, 1996, pp. 111-122.

WATSON, Peter, *Historia intelectual del siglo XX*, 3ª ed., Madrid, Editorial Crítica, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, México, IIF-UNAM-Editorial Crítica, 1988, pp. 39-319.

XIRAU, Ramón, *Introducción a la Historia de la Filosofía*, UNAM, 2000, pp. 480-495.

VARIA
SEVERAL



2º Informe de Gestión 2013-2014

Dra. María Leoba Castañeda Rivas
FACULTAD DE DERECHO UNAM

Universidad Nacional Autónoma de México



Dra. María Leoba Castañeda Rivas
Directora

DIRECTORIO

DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS	Directora
Lic. Miguel Ángel R. Vázquez Robles	Secretario General
Lic. Luis Arturo González Nava	Secretario Administrativo
Dr. Carlos H. Reyes Díaz	Secretario Académico
Dra. María Patricia Kurczyn Villalobos Líc.	Jefa de la División de Estudios de Posgrado
Lic. Fausto José Ledesma Rocher	Jefe de la División de Universidad Abierta
Mtra. Rosío Arroyo Casanova	Jefa de la División de Educación a Distancia
Lic. Irma del Carmen Vázquez González	Jefa de la División de Educación Continua
Mtro. Rodrigo A. Carmona Tinoco	Secretario de Vinculación y Asuntos Jurídicos
Lic. Luz María Islas Colín	Secretaria de Planeación
Lic. Lorena Gabriela Becerril Morales	Secretaria de Asuntos Escolares
Lic. Julio César Sánchez Andrade	Secretario de Asuntos Estudiantiles
Dr. Eduardo L. Feher Trenchiner	Director de la Revista de la Facultad
Mtra. Sara Arellano Palafox	Coordinadora de la Biblioteca “Antonio Caso”
Dr. Russell Cerón Grajales	Coordinador de Enseñanza e Investigación
Lic. Laura Patricia Teodocio Nochebuena	Coordinadora de Asuntos Multidisciplinarios e Internacionales
Líc. Wendy Ponce de León Prieto	Coordinadora de Idiomas y Mediateca
Mtro. Rodolfo Romero Flores	Coordinador del Centro de Cómputo
Mtra. Lorena Pichardo Flores	Responsable de Transparencia y Rendición de Cuentas

COMISIÓN REVISORA DEL INFORME

Lic. María de Lourdes Chamol Rodríguez

Lic. Laura Patricia Teodocio Nochebuena

Lic. Lorena Arredondo Flores

Dr. Russell Cerón Grajales

Mtro. Rodolfo Romero Flores

2° INFORME ANUAL DE ACTIVIDADES
2013-2014

DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
DIRECTORA

Administración
- 2012-2016 -

MISIÓN

Formar juristas e investigadores para ejercer el liderazgo científico con justicia, equidad, solidaridad, ética social y sentido propositivo de soluciones a los problemas jurídicos de la sociedad contemporánea; impulsar la investigación inter, multi y transdisciplinaria; y promover la cultura de la legalidad, innovación y difusión jurídicas ejerciendo la transparencia por medio uso y apropiación de las tecnologías de la información y comunicaciones.

VISIÓN

Acrecentar el liderazgo de los juristas e investigadores a nivel nacional e internacional, buscando la innovación científica y académica con una visión crítica en la Sociedad del Conocimiento.

ÍNDICE

Presentación

1. MEJORAMIENTO A LA DOCENCIA

- A. Excelencia académica.
- B. Estímulos.
- C. Reconocimiento a Catedráticos.

2. FORMACIÓN DE PROFESIONALES COMPETITIVOS

- A. Comunidad estudiantil.
- B. Programa de Cursos intersemestrales para regularizar a los estudiantes.
- C. Formación integral del estudiante.
- D. Apoyo a la eficiencia terminal y a la titulación.
- E. Biblioteca.
- F. Idioma inglés para una formación integral.
- G. Elaboración de material didáctico en inglés.
- H. Mediateca.

3. DIFUSIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA

- A. Publicaciones.
- B. Revista de la Facultad de Derecho de México.
- C. Gaceta electrónica *El Búho* y Revista *Amicus Curiae*.
- D. Ius Canal Multimedia.
- E. Redes sociales.

4. IMPULSO DE PRINCIPIOS UNIVERSITARIOS Y VALORES

- A. Código de Ética.
- B. Eventos culturales.
- C. Equidad de género.
- D. Salud Universitaria.

5. VINCULACIÓN ACADÉMICA INTERINSTITUCIONAL NACIONAL Y EXTRANJERA

A. Movilidad Estudiantil.

B. Presencia de la Facultad a nivel nacional e internacional.

6. DESARROLLO ADMINISTRATIVO-INSTITUCIONAL

A. Modernización administrativa.

B. Conservación y mejoramiento de las instalaciones.

7. TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

PRESENTACIÓN

Nuestra Máxima Casa de Estudios cuenta con un Plan de Desarrollo Institucional para el ciclo 2011-2015.

En consonancia con él, y con los Ejes Rectores que guían la diversidad de sus programas y objetivos, la Facultad de Derecho se ha suscrito armónicamente a dicho modelo, de acuerdo con las tareas que le son con-
sustanciales.

Dada la naturaleza pública y autónoma de nuestra Institución; con fundamento en lo preceptuado por el artículo 9º del Reglamento de Planeación de la Universidad Nacional Autónoma de México; pero, ante todo, por principio ético y convicción propios, rindo cuentas a la comunidad universitaria, y a la sociedad en su conjunto, comunicando, y acreditando, los resultados más representativos del período comprendido del 26 de marzo de 2013 al 26 de marzo de 2014, que se corresponden con el Segundo Período de mi Gestión como Directora de la Facultad de Derecho.

El compromiso no es sólo cumplir con una norma nacional y universitaria de rendición de cuentas, sino dar fe de los empeños constructivos, las acciones responsables, y los logros, de toda la valiosa comunidad docente, estudiantil y administrativa que somos.

Es por ello que, consciente de la alta responsabilidad universitaria y social que comporta el cargo que se me ha confiado, presento ahora, con mucho honor, el formal testimonio de mi segundo período directivo. Y lo expongo, bajo la orientación de la siguiente arquitectura temática:

1. Mejoramiento a la docencia.
2. Formación de profesionales competitivos.
3. Difusión de la cultura jurídica.
4. Impulso de principios y valores universitarios.
5. Vinculación académica interinstitucional nacional y extranjera.
6. Desarrollo administrativo-institucional.
7. Transparencia y rendición de cuentas.

1. MEJORAMIENTO A LA DOCENCIA

A. *Excelencia Académica*

En esta Facultad, nuestros docentes son piedra angular para el óptimo desempeño del proceso enseñanza-aprendizaje,

Dada la dinámica académica, el número de docentes en activo es fluctuante, pero dentro de un rango razonable y siempre cubriéndose el 100% de grupos del Plan de Estudios.

En el periodo que se informa, la plantilla se conformó con 1,329 catedráticos de los cuales, 1,111 son de Asignatura y 135 de Carrera.

De 1,111 de Asignatura, 135 tienen grado de Doctorado; 238 de Maestría; 17 de Especialidad; 691 de Licenciatura, además de 30 que imparten cómputo e idioma inglés; y 135 de Carrera, 60 de ellos cuentan con Doctorado; 32 con Maestría; uno Especialidad, y 42 con Licenciatura.

La excelencia académica depende, en gran medida, de la actualización y preparación de la planta docente; actualmente 56 son miembros del Sistema Nacional de Investigadores, toda vez que dentro del periodo que se informa ingresaron 12 y 4 incrementaron su nivel, aumentando con ello un 47.36% de los referidos en el año 2012¹.

La División de Estudios de Posgrado, enmarcada en el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, obtuvo la Certificación de Competencia Internacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), siendo éste el primer Programa de Posgrado en Derecho a nivel nacional en recibir esta máxima categoría.

B. *Estímulos*

Con los programas de estímulos que otorga la Universidad a sus Académicos, se beneficiaron:

- 106 por el Programa de Primas al Desempeño del Personal Académico de Tiempo Completo (PRIDE), constituyendo el 79.69% del total de nuestros Profesores de Carrera.

¹ En el periodo 2012, se registraron 48 docentes miembros del Sistema Nacional de Investigadores.

- 3 por el Programa de Apoyo a la Incorporación del Personal Académico de Tiempo Completo (PAIPA).
- 722 por el Programa de Estímulos a la Productividad y Rendimiento del Personal Académico de Asignatura (PEPASIG). De éstos, 49 son de nuevo ingreso al Programa, y 673 obtuvieron su renovación.

De conformidad con el Estatuto de Personal Académico de la UNAM, y con la finalidad de seleccionar profesores con un adecuado perfil y elevar el nivel docente, se publicó una Convocatoria para Concurso de Oposición Abierto, para ofertar 15 plazas de Profesor de Asignatura “A” Definitivo en cuatro materias, con la participación de 78 aspirantes, quienes demostrarán sus aptitudes y habilidades en los exámenes respectivos.

Se realizaron 6 Concursos de Oposición Cerrados, con 3 plazas para obtener la definitividad, y 3 para promoción al nivel inmediato superior.

Se resolvió un recurso de revisión, y tres concursos que estaban en desarrollo.

Con la Escuela Nacional de Trabajo Social se acordó la capacitación a catedráticos de ambas instituciones, iniciando con 2 seminarios: el primero, Análisis y perspectivas sobre el aborto desde la perspectiva del Derecho y el trabajo social, al que asistieron 46 docentes y, el segundo intitulado Perspectivas socio- jurídicas de las familias en México, con asistencia de 45 docentes.

En el marco de la cátedra extraordinaria “Trata de personas”, dirigida por el Maestro Mario Luis Fuentes, académicos de la Facultad participan en diversas sesiones mensuales relacionadas con este tema, sesiones que son realizadas con la colaboración de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.

C. Reconocimientos a catedráticos

Mención especial merece la labor de nuestros docentes de la Facultad de Derecho, reconocidos a nivel nacional y allende nuestras fronteras:

El Doctorado Honoris Causa, por la Universidad de Guadalajara al Dr. Jorge Fernández Ruiz, destacado catedrático, formador de numerosas generaciones.

La designación del Dr. Mariano Palacios Alcocer como Embajador de México ante el Estado de la Ciudad del Vaticano.

La “Venera Facultad de Derecho” conferida por el Consejo Técnico de la Facultad al Lic. Jacobo Zabludovsky, profesionista de singular trayectoria, uno de los comunicadores más reconocidos del país y del mundo; egresado de esta Facultad.

El reconocimiento otorgado por el H. Consejo Técnico al Dr. José de Jesús Orozco Henríquez, por su designación como Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El reconocimiento por el H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho a la Dra. Perla Gómez Gallardo, por su designación como Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

El premio de Periodismo Walter Reuter 2013, otorgado por el Gobierno de Alemania al equipo de trabajo de la serie “Diálogo Jurídico”, del espacio radiofónico de la Facultad de Derecho, conducido por el Decano de la Facultad Dr. Eduardo Luis Feher Trenchiner, por el trabajo radiofónico “La expedición punitiva”. Igualmente recibió el Premio Nacional de Locución 2013, por la Asociación Nacional de Locutores de México.

La medalla Alfonso Caso, otorgada en enero de 2013, a la Dra. María Guadalupe Fernández Ruiz, como la graduada más distinguida en 2011 de la División de Estudios de Posgrado.

Felicitaciones a los Catedráticos y Doctores Rosalío López Durán y Russell Cerón Grajales, por su ingreso a la Ilustre y Benemérita Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, como Socio Activo el primero y Académico, el segundo.

El reconocimiento Universitario *Sor Juana Inés de la Cruz* a la Dra. Elsie Núñez Carpizo.

El reconocimiento a 152 Profesores, por años de servicios como docentes en la Facultad.

2. FORMACIÓN DE PROFESIONALES COMPETITIVOS

A. *Comunidad Estudiantil*

Nuestros estudiantes son pilar y razón de ser de la Facultad de Derecho. Protagonistas y destinatarios del proceso de enseñanza-aprendizaje, mediante

el intercambio de conocimientos y el objetivo de su integral formación. Reflejan el pulso del país, y no sólo sus expectativas personales.

El perfil del estudiante del siglo **xxi** implica su formación como investigador; lograr que haga ciencia; que aporte soluciones a la problemática del país; ser líder y hacedor del cambio; que aprenda a construir el futuro; su formación pretende el incremento de su capacidad intelectual, pero no sólo por la aritmética del conocimiento mismo, sino como un activo, con función y reflejos sociales, de manera que sea capaz de responder específica y propositivamente a la fenomenología propia de una sociedad compleja y demandante, aportando alternativas de solución a su multiproblemática.

El censo actual de alumnos activos e inscritos asciende a 15,597, distribuidos en las distintas modalidades de Licenciatura y Posgrado.

Por su parte, la División de Educación Continua benefició a 3,963 participantes, cuya demanda formativa impacta en las finanzas institucionales, al generar su vinculación con la oferta educativa de la Facultad, ingresos extraordinarios; además de que la actualización refleja, en los centros de trabajo, una mayor cualidad como factor humano, con un potencial efecto multiplicador en lo que concierne a conocimiento y productividad, cuestiones todas que contribuyen al prestigio social de ésta, nuestra Máxima Casa de Estudios.

Ellos organizan sus estrategias de aprendizaje para una productividad óptima del conocimiento; el perfil del estudiante del siglo **xxi**, implica formarlo como investigador; lograr que haga ciencia; aporte soluciones a la problemática del país; ser líder del cambio; que aprenda a construir el futuro, su formación pretende incrementar la capacidad intelectual, no sólo con el desarrollo del conocimiento, sino con una función social, puesto que debe ser capaz de responder específicamente a los fenómenos sociales y aportar alternativas de solución a esa problemática.

El censo poblacional activo/inscrito del año 2013, fue superado en relación con la del año anterior. Actualmente, contamos con 15,597 alumnos, distribuidos en las distintas modalidades de Licenciatura y Posgrado.

A su vez, la División de Educación Continua benefició a 3,963 participantes quienes ya no tienen el carácter de alumnos, pero sí cuentan en los resultados académicos y financieros, al generar su inserción a la Facultad ingresos extraordinarios, además de que su actualización genera un factor multiplicador en sus lugares de trabajo, que denota la calidad de ésta, nuestra Máxima Casa de Estudios.

MODALIDAD	1er. INGRESO	REINGRESO	TOTAL
ESCOLARIZADO	1328	5197	6525
DISTANCIA	554*	1341**	1895
ABIERTA	541***	2064****	2605
CONTINUA	NO APLICA	NO APLICA	3963
POSGRADO	3573*****	999*****	4572
TOTAL	5996	9601	15,597

* Cifra que resulta de la suma de 1er ingreso en los dos semestres del 2013 (SISEPRO)

** Cifra que resulta del reingreso anual (SISEPRO)

*** Cifra que resulta de la suma de 1er ingreso en los dos semestres del 2013 (SISEPRO)

**** Cifra que resulta del reingreso anual (SISEPRO)

***** Cifra que resulta de la suma de 1er ingreso en los dos semestres del 2013 (SISEPRO)

***** Cifra que resulta del reingreso anual del 2013, datos del segundo semestre 2013.

Acorde a lo establecido en el Plan de Desarrollo del Rector Dr. José Narro Robles, las Divisiones de Universidad Abierta y a Distancia incrementaron en un 4.67%² la matrícula de nuevo ingreso.

Por cuanto a la División de Estudios de Posgrado, registró aumento en la matrícula de ingreso en un 71.12% entre los dos ciclos escolares de 2013.

B. Programa de cursos intersemestrales para regularizar a los estudiantes

Detectada la problemática respecto de las materias de mayor incidencia reprobatoria, se llevaron a cabo 28 cursos de regularización, con la asistencia de 968 alumnos.

C. Formación integral del estudiante

En la bienvenida que nuestro Rector, Doctor José Narro Robles brindó a los estudiantes que ingresaron al semestre 2014-1, refirió lo siguiente: “*Constituyen ustedes una nueva generación de universitarios que sabrá honrar, con su esfuerzo cotidiano, a nuestra casa de estudios, de la que ya forman*

² Cifra tomada del Sistema de Seguimiento Programático del año 2013 (comparativa del semestre 2013-2 a 2014-1).

parte. Ingresar a la UNAM es complicado, alejarse de ella resulta imposible. El tiempo les confirmará la validez de este argumento... ”³

Complementando la estrategia implementada por el Rector y con el afán de incentivar la eficiencia terminal al focalizar a cada uno de los alumnos, se decidió establecer vínculos de comunicación directa con los alumnos y padres de familia, a efecto de que, de manera conjunta, se haga el seguimiento al desarrollo académico del estudiante. Para ello, se realizaron eventos de bienvenida, en los cuales se informó respecto a los servicios a que puede acceder en la Facultad.

Así, se efectuaron 6 eventos de bienvenida a 1,380 alumnos de primer ingreso; y 4 con 2500 padres de familia, de carácter informativo y de retroalimentación.

Tomando en consideración que la Facultad de Derecho, es una Institución de avanzada, y los estudiantes demandan una capacitación más integradora, se instaló en el Seminario de Derecho Laboral, en el turno vespertino, el de Seguridad Social; con el objetivo de divulgar entre los estudiantes el gran impacto de esta materia autónoma del ámbito laboral.

El Consejo Técnico aprobó los cursos monográficos de las asignaturas de Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho del Deporte y Contratación Pública en el Sistema de Universidad Abierta.

Para lograr la integración de quienes conforman la comunidad universitaria, los alumnos de diferentes grados de la Licenciatura participaron activamente con la Secretaría de Servicios a la Comunidad de la UNAM, por conducto de la Dirección General de Orientación y Servicios Educativos y los Servicios de Bolsa de Trabajo de las Facultades y Escuelas, en la Feria del Empleo 2013, en el cual se ofertó a los alumnos de los últimos semestres y a los egresados de las diversas instituciones de la UNAM de nivel licenciatura y posgrado, una gama de oportunidades de acceso al mercado laboral, estableciendo contacto con ofertas de empleo, bajo condiciones favorables a las necesidades de los universitarios y de las empresas.

También se realizaron 2 Ferias de Servicio Social –organizadas por la Facultad– con la asistencia aproximada de 6,700 alumnos; la Jornada de Orientación Vocacional en la cual se atendió a 465 alumnos próximos para elegir la carrera, con base en su vocación y habilidades. Igualmente se instaló el

³ Mensaje dirigido a los estudiantes de nuevo ingreso por el Doctor José Narro Robles, Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, el día 5 de agosto de 2013, visible en <http://www.dgcs.unam.mx/gacetaweb/2013/130805/gaceta.pdf>.

“stand” de esta Facultad, en el evento “Al Encuentro del Mañana”, en el cual se ofreció información al público en general respecto a la Licenciatura y el Posgrado. Acudieron 134,910 interesados en la oferta educativa derivada de las distintas instituciones de nuestra Universidad. También participaron en la Feria de Cómputo y útiles realizada en el Museo Universitario de Ciencias y Arte (MUCA).

Se realizaron múltiples eventos, tales como: visitas guiadas, conferencias, presentaciones de libros, mesas redondas, cursos, talleres, debates, concursos, que ascendieron en total a 2,452; con ello se contribuyó a actualizar el conocimiento de los docentes, y aportaron a los estudiantes un complemento de sus cátedras cotidianas. Entre otros, destacan los siguientes:

- Visitas guiadas en las que tuvieron la oportunidad de conocer la labor de instituciones afines a sus estudios; principalmente: el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos; el Instituto Federal Electoral; el Museo Memoria y Tolerancia; la Biblioteca “Antonio Caso” de la Facultad; y, para conocimiento del juicio en línea, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
- Talleres de Litigación Oral en materia penal; y 2 cursos sobre juicios orales en materia civil y argumentación jurídica.
- Derivado del Convenio de Colaboración Académica celebrado con el Instituto Universitario de México, de Tapachula, Chiapas, se transmite en vivo el Taller de Litigación Oral en materia penal, para beneficio de ambas instituciones.
- Visitas al Centro de Readaptación Social de Apizaco, Tlaxcala, para alumnos de los Sistemas de Educación Abierta y Educación a Distancia, como complemento a su formación en las asignaturas relacionadas con el derecho penal.
- Cursos sobre habilidades jurídicas en inglés, en los cuales se organiza la representación de un juicio oral en inglés.
- Ciclos de Conferencias de especialistas en temas como: Reforma Fiscal en México; Estatus de los Tratados Internacionales en el Derecho Mexicano; Trata de Personas; Derechos Humanos; Derecho de Asociación, entre otros.
- Cursos de juicios orales en inglés.
- Cursos diversos, en colaboración con el Instituto Técnico de Formación Policial de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal.

- Aunado a lo anterior, se apoyó en logística y operación a la Fundación Escuela Nacional de Jurisprudencia, A. C., en la impartición del Curso denominado Sistema de Justicia Penal Acusatorio, que se impartió a personal operativo de la Secretaría de Seguridad Pública del DF.
- La División de Estudios de Posgrado realizó conferencias, foros, presentaciones de revistas y libros; además, diseñó la Maestría en Derecho con orientación en Derecho Constitucional. Una ventaja adicional es el uso de la infraestructura actual de la División en los horarios donde se cuenta con menor afluencia estudiantil.
- Cursos informáticos de actualización pluriprogramática, y para la creación de material multimedia para aulas virtuales. Entre ellos: ambiente gráfico *Windows*; *In Desing*; *Word*; hoja de cálculo *Excel*; presentaciones en *Power Point* básico e intermedio; *Open Class*; diseño en presentaciones *Prezi*; curso sobre el uso de herramientas multimedia; herramientas *Office* para trabajos colaborativos; Juicio en línea; herramientas de *Word* para presentación de Tesis.
- 4 cursos de capacitación, impartidos conjuntamente con el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública dirigidos a 33 funcionarios de la institución.
- Diplomado en materia de Transparencia, acceso a la información pública, protección de datos personales y archivo.
- Los “Seminarios-Taller Desarrollo de Protocolo de Investigación”, con los cuales se subsanan algunas de las principales deficiencias detectadas en los aspirantes a ingresar al Posgrado. Al ser 100% en línea, se atiende a los alumnos con el mínimo de afectación en horarios y gastos de operación. Actualmente están inscritos 300 aspirantes a Maestría y Doctorado, tanto de la Facultad, como de las Facultades de Estudios Superiores de Aragón y Acatlán, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y de algunas Universidades del país, e incluso del extranjero.
- Derivado de las bases de colaboración celebradas entre la Facultad de Derecho y la Facultad de Contaduría y Administración, se imparte el Taller Plan de Negocios para Emprendedores, cuyo objetivo es impulsar la creación de nuevas empresas u organizaciones. Bajo la convocatoria de la División de Universidad Abierta, el universo de alumnos y ex alumnos participantes se corresponde con áreas tan disímolas como ingeniería, arquitectura, economía, psicología, contaduría y

Derecho, lo que es consistente con el sentido de multidisciplinaria que alienta la legislación universitaria.

- Participación de 61 docentes de la Facultad en el Programa de Radio UNAM de la Facultad de Derecho, Diálogo Jurídico.
- V Concurso de Derecho Romano “Guillermo Floris Margadant”, en el que resultó vencedor un equipo representativo de la Facultad, frente a 36 equipos inscritos. Reconocimiento que evidencia el alto nivel académico de nuestros estudiantes. El equipo vencedor estuvo integrado por: Arizai Marín López, Gabriela Guzmán Pérez y Teresa de Jesús López Barajas.
- Concurso de Correduría efectuado el 7 de noviembre de 2013 en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, resultando ganadores 3 alumnos de esta Facultad: Erick Jaramillo Velázquez, Jocelyn Nieto Velázquez e Itzel Amariani Lozana Allende.
- Precompetencia “*Michael Thorsnes International Commercial Arbitration Competition*”, en preparación a la competencia “*Willem C. Vis Moot International Arbitration*”, organizado por la Universidad de San Diego, California sobre Arbitraje Internacional Mercantil, en donde alumnos de esta Facultad obtuvieron el 2º lugar: Arturo Mansilla Pizá, Camila Mohar Menéndez Aponte, Amador Rodríguez Cuervo, Mauricio Tapia Maltos e Itzayana Tlacuilo Fuentes.
- Desafío Académico de representación de un Juicio Penal Oral, celebrado con la Universidad Iberoamericana, en el que resultó ganador el equipo de nuestra Facultad, integrado por: Cristian Uriel Alvarado, Jesús Díaz De La Cruz, Luz Mirella Santiago Salinas, Iván Flores Leons, Jennifer Cedilla Olvera, Leonardo Del Monte Cano, Cristina Vega, Daniel Ramírez Rojas, Beatriz Álvarez Núñez, Gabriela Licon, Alejandra Sánchez Cruz y Karen Nava Flores.
- Ceremonias de reconocimiento a 377 alumnos que recibieron Mención Honorífica en su examen profesional; 126 diplomas de aprovechamiento a alumnos con Alto Rendimiento Académico; 3 medallas Gabino Barrera a los alumnos Diego Armando Athiel Navarro Mendoza, Víctor Manuel Rocha Mercado y Carmen Montserrat Róvalo Otero.
- En la División de Estudios de Posgrado, 120 alumnos rindieron protesta al obtener su grado por alto rendimiento.
- 28 eventos deportivos.

D. Apoyo a la eficiencia terminal y a la titulación

Con el objetivo de atender de manera personalizada el avance en la consecución de créditos de los alumnos, y en congruencia con los ejes del Plan de Desarrollo de la UNAM 2011-2015, y los programas del Plan de Desarrollo Institucional 2012-2016 de esta Facultad, se realizaron las siguientes acciones:

En el marco del Plan Rector donde se expresa que: *“En la docencia será prioritario elevar la calidad de la formación y la eficiencia terminal en todos los niveles. Para ello se ampliará el programa de tutorías...”*, en ésta Facultad se asignó Tutor a cada uno de los alumnos de nuevo ingreso a la Licenciatura, para encauzarles asesoría y acompañamiento académicos, elevando así la calidad formativa y la eficiencia terminal. En el sistema escolarizado se asignaron 391 tutores a alumnos del primero y tercer semestres, incluyendo a los becarios de Programa Nacional de Becas (PRONABES) y del Programa de Fortalecimiento Académico en Licenciatura (PFEL). Este programa es permanente, para lograr una cobertura total.

En los sistemas de Universidad Abierta y Educación a Distancia, a partir del ciclo escolar 2014-1, a los alumnos de nuevo ingreso se les asignó un tutor, con lo que se pretende evitar la deserción, además de orientarlos ante cualquier requerimiento académico o escolar.

La ampliación y profundización de conocimientos, con opción a titulación, es otra de las acciones iniciadas hace algunos años para incentivar a los jóvenes a titularse.

Esta modalidad ha tenido un aumento considerable. Durante el período 2013-2014, las Divisiones de Educación Continua, de Educación a Distancia así como la de Universidad Abierta, organizaron 27 diplomados, resultando beneficiados 2,144 alumnos, permitiendo que, en la modalidad de educación a distancia, se triplicara el número de titulados por esta opción al pasar de 9 a 27.

Se suscribieron bases de colaboración con las Facultades de Estudios Superiores (FES) Acatlán y Aragón, lo que permitirá el intercambio de alumnos aspirantes a titulación por la modalidad de diplomados, con el fin de brindar alternativas para ambas entidades, en el ánimo de enriquecer las posibilidades de eficiencia terminal.

La celebración de convenios con diversas esferas de gobierno, fue otra de las acciones para incentivar la eficiencia terminal, al suscribirse 9 con-

venios de práctica jurídica mediante trabajo profesional con: la Secretaría de Trabajo y Fomento al Empleo del Distrito Federal, la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial, la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas del Delito, el Programa Universitario de Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, la Delegación Álvaro Obregón, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y la Comisión Nacional para la Protección y la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Se llevaron a cabo 9 programas de práctica jurídica mediante trabajo profesional, habiéndose inscrito 184 alumnos, de los cuales concluyeron 30, quedando subsistentes 8 programas con 154 alumnos inscritos.

En complemento de las acciones para aumentar la eficiencia terminal, se implementaron nuevos servicios y el mejoramiento de equipo en la Biblioteca “Antonio Caso”. Se han realizado diversas acciones para alimentar el proyecto de la Biblioteca Digital. A la fecha se han digitalizado varios libros que en breve pondremos a su disposición y anunciaremos el procedimiento para su debido acceso; además, se adquirió material bibliográfico actualizado, lo cual representó un apoyo tecnológico de vanguardia para los alumnos que, por cuestiones laborales o de tiempo, no se pueden desplazar, permitiendo consultar material bibliográfico actualizado de forma virtual.

Para la Facultad de Derecho, las becas se han instituido como apoyo a los alumnos, incentivándoles a culminar su ciclo académico y mejorar sus promedios. En tal virtud, además del otorgamiento de becas del Programa Nacional de Becas de Educación Superior (PRONABES) y del Programa de Fortalecimiento Académico de los Estudios de Licenciatura (PFEL), la Facultad de Derecho continúa otorgando la beca Aurora Arnaiz promovida por la Fundación del mismo nombre; la beca Guillermo Floris Margadant; la beca CONACYT para madres solteras; habiéndose otorgado durante el año 2013 un total de 2,287 becas.

Preocupados por el rendimiento de nuestros alumnos, se ha logrado obtener la beca de apoyo nutricional auspiciada por Fundación UNAM, ofertada para este primer trimestre del año 2014.

Además de las becas antes citadas, se ha promovido la beca dirigida a estudiantes que residan en el Estado de México con excelente desempeño académico, que hayan ingresado o se encuentren realizando estudios de Licenciatura, apoyo incluido dentro del *Programa de Becas para Estudios en*

Universidades de Prestigio (PROBEUP), patrocinado por el Gobierno de esa entidad.

Por lo que hace a las Divisiones de Universidad Abierta y Educación a Distancia, se ofrecieron apoyos económicos (en distintos porcentajes) a los alumnos que cursan los Diplomados con opción a titulación.

En la División de Estudios de Posgrado, se solicitaron y renovaron 233 becas para Maestría y Doctorado, por tratarse de programas educativos inscritos en el Padrón de Excelencia. Asimismo, se renovaron 333 becas otorgadas en períodos anteriores debido a que el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) otorga financiamiento de hasta 4 meses para estudiantes de Maestría y 36 para Doctorado.

A nivel Licenciatura, la titulación ascendió a un total de 2,246, lo que significó un crecimiento del 32.58%⁴, siendo los Diplomados de ampliación y profundización de conocimientos la opción de mayor demanda.

La política de mejoramiento y simplificación de los trámites administrativos, así como la personalización y atención de calidad a cada uno de los alumnos, fueron otras de las acciones que incidieron en el incremento considerable del número de egresados y titulados del SUAyED.

Por su parte, la División de Estudios de Posgrado refirió que en el periodo de enero a diciembre de 2013, 1016 alumnos obtuvieron el grado, lo que derivó en un incremento del 49.19% en relación con el periodo anterior que ascendió a 681

E. Biblioteca

Además de la modernización en equipo para desahogar las actividades ordinarias de las áreas de la Biblioteca “Antonio Caso” se aumentaron los servicios brindados a la comunidad, consistentes en:

1. Sala para académicos usuarios,
2. Aula *Tlanextli*,
3. Consulta de Libros en Sala,
4. Centro de Información Jurídica,
5. Biblioteca Digital,
6. Autopréstamo (4 equipos en operación) y autofotocopiado (2 equipos).

⁴ Considerando que la cifra de titulados en 2012-2103, ascendió a 1694.

Actualmente contamos con 15 servicios, 716,838 personas hicieron uso de ellos, lo que incrementó un 22.81% del número de usuarios, respecto a los atendidos en el año 2012.⁵

Con base en un diagnóstico, se aplicaron encuestas para identificar alumnos que presentan alguna discapacidad. Esto, con el fin de estar en posibilidad de implementar un plan de servicios acorde con las necesidades de los alumnos (débiles visuales, problemas motrices, auditivos, o con alguna prótesis).

Efectuado el estudio de necesidades de usuarios con discapacidad, se formalizó la puesta en servicio del “Aula *Tlanextli*”. De inicio, se otorgan tarjetas de acceso a los alumnos bajo esa circunstancia para que accedan a la biblioteca por una puerta acondicionada *ex profeso*. Una vez en el aula, pueden usar alguna de las 4 computadoras habilitadas para sus requerimientos especiales y una impresora en braille, así como el programa de conversión de texto a audio.

F. *El idioma inglés, para una formación integral*

Siempre con el objetivo de incentivar la formación integral, y como forma de acreditar el conocimiento suficiente de la lengua inglesa, en el lapso de enero a diciembre de 2013, 10,850⁶ alumnos fueron atendidos dentro de los 15 cursos de lenguas extranjeras programados para el efecto.

Con el afán de mejorar la calidad en la Coordinación de Idiomas, y la eficiencia de los cursos, se evaluó a los docentes, para conocer la percepción de los alumnos a ese respecto.

Un problema que enfrentan los alumnos de la Facultad, es la acreditación del idioma inglés para cumplir al 100% sus asignaturas. Para ello, la Coordinación de Idiomas implementó -como forma para acreditar el conocimiento suficiente del idioma- el examen único, circunstancia positiva ofrecida a los alumnos para contar con la oportunidad de acreditar sus conocimientos de forma inmediata, y no sólo mediante los cursos ordinarios del Centro de Lenguas Extranjeras y de la propia Facultad.

Anualmente, la Escuela de Extensión Universitaria en Chicago, con el apoyo de la División de Educación a Distancia, convoca a profesores, egresados y estudiantes al curso “Inglés jurídico y observación de la práctica

⁵ En el año 2012 se registraron 583,665.

⁶ Cifra de los 2 ciclos escolares de 2013.

legal”, cuyo fin es la praxis de las habilidades auditivas, orales y escritas de los participantes, en esa materia. Entre las principales actividades que realizaron en esa sede, se encuentran las siguientes:

- Visitas a los Tribunales Superior y de Menores Infractores; así como a las Cortes de Apelación, y de Delitos Menores, del Estado de Illinois. Se entrevistaron con jueces, y con el presidente del Comité de Revisión de Libertad Condicional.
- Una reunión con los abogados de la Firma Legal *Baker & McKenzie*, en sus oficinas de Chicago, para asistir a la presentación denominada “Transacciones Fronterizas EE UU/México”.
- Una visita a la Corte Federal para presenciar la audiencia pública de un juicio.
- Una reunión con los profesores de la Facultad de Derecho de *De Paul University*, para asistir a la Conferencia Magistral “El multiculturalismo/relaciones bilaterales EEUU/México”, y realizar una visita a las instalaciones de la Facultad.
- Charla, en las instalaciones de la Escuela de Extensión, con Nick Peters, abogado especialista en Propiedad intelectual; y con Linda Flores, Oficial de Policía, especialista en derechos civiles.
- Una Conferencia impartida por Marty Castro, quien fue designado por el Presidente Barack Obama, de EE UU, como Director de la Oficina de Derechos Civiles del Gobierno de ese país.

G. *Elaboración de material didáctico en inglés*

Como complemento a las guías generales de asignatura de la División de Universidad Abierta, la Coordinación de Idiomas de la Facultad elaboró las guías del idioma inglés, que se encuentran disponibles en la página web de esa División.

H. *Mediateca*

A un año de su instauración, el servicio de Mediateca se ha constituido en una de las áreas más concurridas de la Facultad. En ella, el estudiante accede al equipo de cómputo para ejercitarse, de modo interactivo, en el conocimiento y práctica del inglés, consultar material auditivo y visual, y recibir

asesorías, que son validadas como horas de trabajo que cuentan en un 20% de la calificación final, impartidas por profesores certificados.

En las asesorías se aclaran problemas gramaticales y de habilidad lingüística de los estudiantes, enfocándose en el nivel que están cursando, y a su propio ritmo de trabajo. Además, la Mediateca brinda el taller de producción oral para alumnos de nivel básico.

En este período, se realizaron 23,384 ingresos a la Mediateca, con una duración promedio de trabajo de una hora por cada usuario.

Adicionalmente, se han iniciado 2 Talleres de inglés jurídico y de fonética articuladora.

Elaborado bajo la asistencia técnica del Comité Internacional de la Cruz Roja, el documento intitulado ABC del Derecho Internacional Humanitario, ha sido traducido por nuestra Coordinación de Idiomas, por vez primera, al español.

III. DIFUSIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA

A. *Publicaciones*

En el contexto de una moderna política editorial, la participación de la comunidad académica ha sido registrada en medios diversos, escritos, verbales o visuales, lo que redundará en una mayor y mejor difusión de su producción. Bajo el sello de la Universidad y de manera impresa, la Facultad de Derecho ha publicado los siguientes títulos:

- “Opúsculo a los Maestros”.
- “Homenaje a Martha Chávez Padrón”.
- Dentro de la Colección-Homenaje a las Ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Homenaje a la jurista Margarita Beatriz Luna Ramos” y “Homenaje a la jurista Victoria Adato Green”.
- “La justicia como pedagogía”.
- “La literatura como servicio”.
- “El humanista armado”.
- “Derecho y violencia”.
- “Miguel Ángel Granados Chapa”.

- Como parte de la Colección Lecturas Jurídicas, Serie El Derecho y sus Maestros, los cuadernos sobre el “Seminario de Sociología Jurídica: IV Jornadas Socio-Jurídica, vida social y universitaria en 1910”.

En coedición con Grupo Porrúa, la Facultad publicó 6 libros:

- “Homenaje al maestro Edmundo Elías Musi”.
- “Fines y alcances desde la perspectiva de Fernando Savater”.
- “Derecho aduanero mexicano”.
- Dentro de la Colección Entorno jurídico hoy: “Derecho marítimo”; Teoría del Estado”; y “Derecho internacional”.

Asimismo, y de manera impresa y electrónica, los dos primeros números de la “Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional”, publicación especializada, semestral y bilingüe, editada en español e inglés, y consultable en la página informática de la Facultad.

B. *Revista de la Facultad de Derecho de México*

Nuestra revista reconocida nacional e internacionalmente, ya tiene disponible el número 260, julio-diciembre 2013. Conforme los lineamientos generales de la Universidad, se ha suscrito al sistema de reserva de derechos de autor. Su periodicidad es semestral y se reviste en México y en el Extranjero.

C. *Gaceta electrónica El Búho y Revista Amicus Curiae*

Se creó la Gaceta Electrónica *El Búho*, que ilustra los acontecimientos relevantes de la Facultad, e incluye artículos de fondo relacionados con temas de interés para la comunidad académica y estudiantil. A su vez, se instituyó la emisión radiofónica semanal, en vivo, “El Búho Sonoro”.

Se continúa la publicación de la Revista *Amicus Curiae*, de edición cuatrimestral, difusión digital, y que tiene categoría de publicación indexada e integrada al Catálogo de Revistas Arbitradas de la UNAM.

D. *Ius Canal Multimedia*

Se gestionó ante el Instituto Nacional de Derechos de Autor, la reserva de derechos al uso exclusivo del título *Ius Canal Multimedia*, medio de difusión, vía red de cómputo. Actualmente cuenta con el certificado correspondiente.

El canal se conforma de 2 instrumentos de comunicación desplegados a través de la red: Radio, donde se han transmitido 3 programas; y a la vez creó el programa denominado “Amigos con Derecho”; y Televisión, cuyo equipo técnico se ocupa de la grabación en video, para lo cual se instaló un foro en el que se han producido aplicaciones multimedia para el sitio *web YouTube*.

En el programa “Amigos con Derecho”, los Doctores Carlos H. Reyes Díaz, Guillermo Enrique Estrada Adán y Fausto Kubli García, conversan con diversas autoridades y personalidades del mundo jurídico, donde difunden de manera sencilla temas diversos, además de ofertar la gama educativa que brinda la Facultad a la comunidad universitaria; y una programación musical permanente e ininterrumpida para que la comunidad estudiantil de la Facultad, de otras Universidades y en otros continentes, identifique y seleccione, dentro de su quehacer cultural, la *web*.

Se produjeron diversas cápsulas de radio (*Podcast*) y de televisión (*Videocast*), ingresadas a la red para apoyar los contenidos de la Licenciatura en Derecho en la modalidad a Distancia.

E. *Redes sociales*

En las redes sociales, en su perfil oficial de *Facebook*, los seguidores han aumentado sensiblemente, ya que en el último año el número de contactos había ascendido a 16,800 contra los 6,760 del año anterior.

La División de Educación a Distancia abrió sus perfiles de *Facebook* y *Twitter*, al tiempo que la División de Universidad Abierta creó la página de *Facebook Cursosdua*, lo que permite que alumnos y ex alumnos cuenten con la información relativa a diplomados, cursos, conferencias y eventos que ofrece la Facultad.

Además, diariamente se alimenta la página de *Cursosdua* con los rubros relativos a decretos, acuerdos y reformas que publican tanto el Diario Oficial de la Federación como la Gaceta del Distrito Federal

IV. IMPULSO DE PRINCIPIOS Y VALORES UNIVERSITARIOS

A. *Código de Ética*

Conscientes de la necesidad y trascendencia de rescatar principios, tradiciones y formas de comportamiento acordes con el perfil del egresado, se consideró menester difundir los valores inmanentes a la formación universal y profesional del estudiante de Derecho. Bajo esa tesitura, el H. Consejo Técnico de la Facultad aprobó el Código de Ética de la Facultad de Derecho, instrumento que impulsa el respeto no sólo de los principios rectores de las actividades universitarias -como son la libertad de cátedra y de pensamiento-, sino el respeto a la diversidad, tan propia de una comunidad heterogénea como ésta.

B. *Eventos culturales*

Más allá de los eventos de naturaleza eminentemente académica, la visión y concepción tradicional del jurista como persona letrada y de cultura, por antonomasia, pretende conciliarse y enriquecerse, mediante la gama de opciones culturales que promueve la Facultad, en materia de conciertos, obras de teatro, exposiciones artísticas, entre otras.

En tal tenor, se instituyó un Taller de Teatro, con el apoyo de la Dirección de Teatro de la Universidad, el cual tiene valor curricular como materia optativa, además de que se encuentra incorporado a la Red Universitaria de Teatro.

Con los auspicios de la Dirección de Literatura de la Coordinación de Difusión Cultural de la UNAM, se puso en marcha el Programa Cultural Literario, a través de talleres semestrales de Narrativa y Poesía.

Otra muestra artística, la constituye el Coro y la Estudiantina de la Facultad, que son ya los símbolos de mayor orgullo, pues su calidad y presencia ha admirado a propios y extraños en las diversas intervenciones que realizaron. Por lo que hace al Coro, participó en: el Museo Estudio Diego Rivera, por invitación del Instituto Nacional de Bellas Artes; en conciertos navideños ofrecidos por la Orquesta Sinfónica de Minería; en la Sala Nezahualcóyotl; en el *Poliforum* Cultural Siqueiros; en el Auditorio Nacional y en el Centro Cultural Universitario.

Por su parte la Estudiantina de la Facultad tuvo 50 participaciones en eventos tales como: Festival Universitario de Estudiantinas Mixtas; Festival de tunas 2013; Encuentro de Estudiantinas, Callejoneadas en diversas Delegaciones Políticas, 2º Festival de Tunas de la UNAM, en Bienvenidas de alumnos y eventos de titulación. Aniversario de la Estudiantina de la Facultad de Derecho, Festival Noche de Capas, Noche colonial, en la Feria del Libro Jurídico en la Facultad de Derecho, y en el evento de poesía realizado en la Facultad de Derecho, así como 24 presentaciones en Radio *Ius*.

Como proyecto para la enseñanza del Derecho, se dio continuidad al denominado “Jueves de Cine”, ejecutándose el 4º y 5º Ciclo de Cine Debate Jurídico, organizado con el propósito de analizar aspectos propios del derecho procesal nacional e internacional.

El arte visual ha honrado nuestras instalaciones con las siguientes exposiciones de pintura, artesanía, y fotografía, tales como: Exposición Cultural Artesanal Ñuu Savi, Exposición de Estampa “El Derecho al Voto de la Mujer”; “Del Hecho al Derecho” y una “Exposición Fotográfica”, enriqueciendo con ello la formación cultural de la comunidad universitaria.

C. *Equidad de género*

A la par de la instrucción académica, formadora de seres humanos y profesionales de pensamiento libre y ético para el ejercicio de la abogacía, es deber nuestro transmitir, como un valor, sin importar la condición de género, el respeto al Estado de Derecho, así como fomentar, en todos los ámbitos, la cultura y el compromiso de ciudadanos con la sociedad y la equidad de género.

De suerte tal, con fundamento en el Convenio Marco de Colaboración entre el Programa Universitario de Estudios de Género, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y la Facultad de Derecho, se conjuntaron esfuerzos para instalar y poner en funcionamiento la Clínica Legal de Justicia y Género “Marisela Escobedo”, así como la habilitación de la Unidad con Perspectiva de Género dentro del Bufete Jurídico de la Facultad. Hecho esto, y tomando como base el Informe Especial de Derechos Humanos de las mujeres privadas de la libertad en el Distrito Federal, se realizaron numerosas visitas al Centro de Readaptación Social Santa Martha Acatitla, y a diversas instituciones gubernamentales. Nuestro objetivo: dar oportuna asistencia legal a las internas.

También se participó en las Mesas de Trabajo relacionadas con el pronunciamiento de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal sobre “Niños y niñas con padres en reclusión”.

Se organizó el Primer Festival Multimedia “Equidad de Género”, donde se desarrollaron actividades y se produjeron cápsulas o promocionales de radio, televisión, cine, literatura y artes plásticas, así como el primer certamen de ensayo denominado “Aproximaciones Teóricas al Género desde la Mirada del Derecho”.

El registro histórico que se tiene de matrícula de primer ingreso, refleja que ingresan más mujeres que hombres al Sistema de Universidad Abierta.

D. Salud Universitaria

Conscientes de la importancia que reviste el bienestar y la salud de nuestros estudiantes, se llevaron a cabo las Jornadas semestrales de salud mental y aspectos jurídicos. Se aplicaron vacunas y se realizaron exámenes médicos, cuyos resultados nos brindaron la oportunidad de gestionar servicios a favor de los estudiantes, como la beca alimentaria, y que cada División cuente con sillas de ruedas para brindar apoyo a los docentes con capacidades diferentes, o con alguna enfermedad o malestar.

Para conocer el estado de salud de los alumnos de primer ingreso, se realizaron 1,292 exámenes médicos. Los resultados obtenidos en dicho examen generan un área de oportunidad para gestionar servicios a favor de nuestros estudiantes, como lo es, la beca alimentaria, entre otras cuestiones.

Se aplicaron 807 vacunas contra el tétanos y 650 de hepatitis.

Se adaptó y acondicionó un espacio físico en el Anexo B para instalar el Servicio Médico de la Facultad el cual, con el apoyo de la Dirección General de Servicios Médicos de la UNAM, a partir del día 22 de agosto del año 2013 atiende a la comunidad de nuestra Facultad de lunes a sábado, brindando servicios de medicina general, planificación, medicina familiar, y primeros auxilios. Dicho consultorio cuenta con mesa de exploración, estuche diagnóstico, y medicamentos básicos.

Del 22 de agosto de 2013 a febrero de 2014 se han brindado 571 consultas médicas de las cuales, 324 fueron a mujeres y 257 a hombres; 438 consultas de primera vez y 153 subsecuentes.

También continúa en funciones el área de atención psicológica, a la que se dotó del material necesario para su servicio y se reubicó a un espacio más confortable.

En el período que se informa fueron atendidas 232 personas en 381 sesiones.

V. VINCULACIÓN ACADÉMICA INTERINSTITUCIONAL NACIONAL Y EXTRANJERA

A. *Movilidad estudiantil*

La movilidad entrante de estudiantes nacionales se tradujo en la recepción de 132 alumnos provenientes de 40 distintas instituciones universitarias. En cuanto al esquema de movilidad saliente a otras instituciones superiores del país, se realizaron 2.

A nivel internacional, la Facultad ha trabajado para establecer lazos de colaboración con Universidades de distintas partes del mundo. En 2013, la movilidad entrante fue de 36 estudiantes provenientes de 16 Universidades extranjeras; latinoamericanas y europeas, principalmente:

- Universidad Nacional Autónoma de Honduras,
- *Universidade Federal do Ceará Brasil,*
- Universidad César Vallejo de Perú,
- *Universität Hamburg,*
- Fundación Universitaria los Libertadores de Colombia,
- Fundación Universidad Autónoma de Colombia,
- Universidad de Caldas,
- Universidad Autónoma Latinoamericana de Colombia,
- *Institut d'Etudes Politiques* de París, Francia,
- Universidad Cooperativa de Colombia,
- Universidad de Santo Tomás de Colombia,
- Universidad Incca de Colombia,
- Universidad Técnica Particular de Loja de Ecuador,
- Universidad Autónoma de Madrid y;
- Universidad *de Lille 2* Francia.

Por cuanto a la movilidad internacional saliente, 13 alumnos fueron seleccionados para cursar estudios en universidades extranjeras:

- Universidad de Caldas, Colombia;
- *University College London* en Gran Bretaña;
- Universidad de Liubliana en Eslovenia;
- Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en Colombia (Universidad del Rosario) ;
- *Universitat de València* en España;
- Universidad Carlos III de Madrid, España;
- *Fondation Nationale des Sciences Politiques, Institut d'Etudes Politiques* de Paris, Francia;
- Universidad del País Vasco/ Facultad de Derecho en España;
- *Universidade Federal de Vicosa* en Brasil y;
- *King's College London* en Gran Bretaña.

En el 2013, la movilidad entrante para los semestres 2013-2 y 2014-1, fue de 36 estudiantes provenientes de 18 universidades internacionales.

Más allá de la vinculación por motivos de movilidad, la Facultad se abocó a formalizar convenios con diferentes instituciones para impartir o colaborar en la realización de diplomados, cursos, conferencias, encuentros y foros. También para incentivar la titulación de egresados a través de prácticas jurídicas; además de brindarles mayores opciones de consulta bibliográfica, estableciendo convenios de préstamos interbibliotecarios, entre otros. Para lo anterior, la Secretaría de Vinculación y Asuntos Jurídicos de la Facultad ha reportado la celebración de un aproximado de 70 convenios con instituciones educativas, y con distintas esferas de gobierno.

Se realizó el Vigésimo Quinto Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y el Congreso en honor al Dr. Humberto Briseño Sierra, con la participación de la Escuela Libre de Derecho, Universidad Autónoma Metropolitana, Universidad Iberoamericana y Universidad Panamericana.

En el ámbito nacional, se han suscrito los siguientes convenios, con las siguientes modalidades:

- En Posgrado se formalizaron convenios con el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la Cámara de Diputados con orientación en Derecho Parlamentario, Derecho Constitucional y Administra-

tivo, con la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Poder Judicial de la Federación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- En Educación Continua se celebraron actos académicos con diferentes Universidades integrantes de la APEA (Alianza para la Excelencia Académica), constituyéndose como un foro para que cada institución académica expresara su opinión respecto a temas de interés para los jóvenes abogados del país y con el Instituto Técnico de Formación Policial se impartieron cursos; además se celebraron Convenios con 11 instituciones para 2 diplomados y 37 cursos.
- El Sistema de Universidad Abierta suscribió bases de colaboración con la Facultad de Contaduría y Administración, con la finalidad de llevar a cabo un intercambio académico, tomando en consideración que la carrera de Derecho es multidisciplinaria.
- La Coordinación de Biblioteca suscribió y renovó lazos de colaboración por préstamo interbibliotecario, con las siguientes instituciones: el Instituto Nacional para la Educación de los Adultos, Universidad Pedagógica Nacional, Instituto de Investigaciones Filológicas, Universidad del Tepeyac, Banco de México, Poder Judicial de la Federación, Universidad Autónoma Metropolitana (Unidad Xochimilco), Biblioteca Vasconcelos: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Mora, Universidad de Chapultepec, Universidad *Westhill*, Dirección General de Estudios de Legislación Universitaria UNAM, Instituto Electoral del Distrito Federal, Universidad Latina (Campus Roma), Universidad Tecnológica de México (Campus Sur), Instituto de Investigaciones Biomédicas, Facultad de Estudios Superiores Zaragoza, Coordinación Nacional de Monumentos Históricos, Instituto Mexicano del Seguro Social y la Biblioteca Iberoamericana de FLACSO sede México.
- Además de los anteriores, con: Facultad de Psicología de Posgrado, Instituto de Ingeniería, Instituto de Ciencias Nucleares, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Instituto de Investigaciones en Materiales de la UNAM, Senado de la República en la Secretaría General de Servicios Administrativos y Parlamentarios, Escuela Nacional de Biblioteconomía y Archivonomía, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, Universidad de las Américas Puebla, Dirección General de Desarrollo de la Gestión e Innovación Educativa, Facultad de Medici-

na, Centro Interamericano de Seguridad Social, Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

- Asimismo, se suscribieron convenios con las siguientes: Universidad de las Américas A.C., Instituto Federal Electoral, Biblioteca Conjunta de Ciencias de la Tierra, Instituto Latinoamericano Comunidad Educativa, Instituto de la Judicatura Federal, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Instituto de Investigaciones Estéticas, Biblioteca Justino Fernández, Instituto Superior de Intérpretes y Traductores S.C., Universidad de Desarrollo Empresarial y Pedagógico, Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior, Dirección General de Planeación y Estadística Educativa (SEP), Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (PGR), Subsecretaría de Evaluación y Políticas Educativas (SEP).

La Facultad se vincula socialmente con la población por medio de la prestación de servicios. El más reconocido es la Asesoría Jurídica Gratuita que se brinda en cada uno de sus 5 Bufetes Jurídicos, por parte de 201 prestadores de servicio social y 145 prestadores de prácticas profesionales⁷.

En este período se otorgaron 7,330⁸ asistencias profesionales en las diversas ramas del Derecho, lográndose incrementar en un 115.27%⁹, respecto de las referidas en el año 2012. Adicionalmente, se patrocinaron 353 juicios de índole familiar, y se dio seguimiento a 394 asuntos iniciados en años anteriores.

B. Presencia de la Facultad a nivel nacional e internacional

La presencia y trascendencia de la Facultad va más allá de los lazos de vinculación que se enumeraron con anterioridad.

Se ha participado en las más importantes ferias editoriales del país. Muestra de ello es el envío de producción editorial para representar a la Facultad en:

- La Feria Internacional del Libro en Guadalajara 2013, a través de la Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial.

⁷ Cifras a diciembre de 2013.

⁸ Cifras de marzo de 2013 a marzo de 2014.

⁹ En el Primer Informe de Gestión (2013), se reportaron 3,405 asesorías brindadas.

- La Feria del Servicio Social de la UNAM.
- La 2ª. Feria del Libro en Derechos Humanos.
- La Feria del Libro Jurídico en la Antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia.
- La 6ª. Feria del Libro Jurídico, donde se instaló un stand para la difusión y venta del número 260 de la Revista, en el edificio principal de la Facultad
- La Dirección de la Revista de la Facultad de Derecho, fue invitada a participar en la Edición número 40 de la Feria del Libro de la Facultad de Contaduría y Administración.
- Inauguración de la Feria del Libro en la Biblioteca “Antonio Caso”. Con una asistencia de 11,245 personas.

En foros internacionales, la Facultad ha reafirmado su presencia. Al igual que diversos docentes de esta Casa de Estudios, en mi carácter de Directora he participado en múltiples eventos académicos como ponente de conferencias, comentarista, presentadora de libros, en Congresos, mesas redondas, entre otros:

- En la Conferencia sobre el proceso y objetivos de la enseñanza-aprendizaje en la UNAM, en *University of Washington School of Law*.
- En la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y la Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines, realizada en Cuba, bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, la Asociación Americana de Juristas, y la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- En el IV Encuentro de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho *Sui Iuris*, celebrado en el Campus de la *Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, y dedicado al fortalecimiento institucional y al intercambio académico. En este caso, además de llevar la representación institucional, con el carácter de Secretaria General de dicha Asociación Iberoamericana.
- En la Conferencia en la Sala de Cátedras de *The Nuffield College* de la Universidad de Oxford, Inglaterra. Como parte fundamental de esa visita, se dictaron las bases para promover la cooperación y el intercambio académico de posgrado con la Universidad de Oxford.

- Dentro del 48° *Período extraordinario de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* de la Organización de Estados Americanos, participación en la Audiencia Pública sobre la solicitud de Opinión Consultiva formulada por los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
- En la *European Public Law Organization* (EPLA), organismo de carácter académico que celebró su Reunión Anual en Atenas, Grecia; en representación de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- En la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España, dentro de las Jornadas Hispano–Mexicanas de Derecho Público.

VI. DESARROLLO ADMINISTRATIVO-INSTITUCIONAL

A. *Modernización administrativa*

Dando cauce a una de las demandas más recurrentes de la comunidad estudiantil, la ampliación del horario de atención en ventanillas, así como la actualización y perfeccionamiento de los sistemas electrónicos para la prestación de los servicios escolares, redundó en la eficaz expedición de documentos, en el tiempo y forma preestablecidos.

Para facilitar el desahogo de actividades administrativas, la coordinación de cómputo diseñó y ejecutó sistemas de operación automatizada, como el de gestión documental; el de la carpeta académico-electrónica; el de consejo técnico; el de registro para 24 diplomados con opción a titulación; el de exámenes de cómputo para revalidación de asignatura; el de encuestas a estudiantes de nuevo ingreso, y el de pruebas de evaluación para examen único de inglés. De igual modo, se logró migrar las bases de datos del sistema de inscripciones y se han instalado servidores en la división de educación a distancia, para mejorar el desempeño de las plataformas que se tienen en ejecución.

La página *web* de la Facultad ha sido objeto de modernización tecnológica y actualización constante, lo que ha derivado en el registro de 335,264 usuarios.

La modernización tecnológica de la Facultad ha hecho posible:

- La generación de nuevas cuentas de correo electrónico bajo administración del dominio derecho.unam.mx.
- La realización de 12 enlaces nacionales e internacionales de videoconferencia.
- La transmisión de 25 eventos por *webcast* y pantallas.
- La difusión de 5 eventos, en los que se habilitaron 5 nodos de red en el vestíbulo de la Facultad, para documentar en videos las actividades realizadas.
- La extracción de 34 registros filmicos del sistema de videovigilancia.
- El envío de 245 correos masivos a cuentas institucionales, con notificaciones a 32,000 usuarios.

En el rubro de equipamiento e innovación, se adquirieron, acondicionaron y/o instalaron:

- Una cabina de radio, para Radio *Ius* Multimedia.
- Un foro de TV.
- Cámaras de circuito cerrado en el área de Sala de Firmas.
- El equipamiento de la Biblioteca con 10 licencias *ALEPH*; 3 de *Adobe Acrobat*; y 3 antenas inalámbricas para prestar un mejor servicio. Lo que benefició a 5,000 usuarios.
- Fibra óptica en la red, para proporcionar un mejor servicio de préstamo, devolución, renovación y actualización de catálogos. Igualmente, se implementó la digitalización de libros para la Biblioteca Digital.
- Para el uso en Biblioteca de personas con ceguera y debilidad visual se adquirió equipo y material electrónico, como el llamado *software* parlante y la impresora braille. Nuestro afán ha sido diseñar y ofrecer un plan de servicios más acorde con las necesidades de los usuarios con capacidades diferentes (debilidad visual, auditiva, problemas motrices, uso de prótesis). De manera que se aplicaron encuestas para identificar a los alumnos bajo estas situaciones y, como resultado, se procedió a la apertura y puesta en función del “Aula *Tlanextli*”, al cual acceden por medio de tarjetas especiales. El aula cuenta con 4 computadoras programadas para la conversión de texto a audio, y con una impresora en sistema braille.

- En el área de Seminarios, se habilitaron 3 islas de impresión para optimizar su uso, en el contexto de los programas de austeridad y administración de los presupuestos.

B. *Conservación y mejoramiento de las instalaciones*

Comprometida con el cuidado y respeto del medio ambiente, la Facultad promueve acciones a favor del cuidado y uso óptimo de las áreas verdes, recursos materiales, luz, agua y ahorro de papel en los servicios que proporciona.

Entre otras acciones, se rehabilitó el “Jardín de los Eméritos”; se remodeló el “Aula Magna Jacinto Pallares”, en el que se cambió la iluminación tradicional por lámparas de luz *Led*, las alfombras, se reparó el aire acondicionado, y se hizo limpieza de las butacas; también el “Salón de Usos Múltiples” y el “Auditorio Mario de la Cueva”. Se repararon las rejas metálicas de acceso al edificio principal; se instalaron cámaras y circuito cerrado en el vestíbulo y pasillo principal, explanada, Sala de Firmas y estacionamiento uno. Se remodeló la División de Estudios de Posgrado y su Sala de Firmas; la Secretaría de Vinculación y Asuntos Jurídicos; la Secretaría Académica; la Secretaría de Planeación; la fachada del edificio del Sistema de Universidad Abierta y a Distancia; la Coordinación de Asuntos Multidisciplinarios e Internacionales; y el archivo del personal; se rehabilitaron muros, pisos y plafones de diversas áreas; entre otras.

Asimismo, se dotó de señalización a las distintas áreas de la Facultad. Se colocaron placas para difundir la Misión y Visión de la misma. Y con la finalidad de mejorar la calidad de atención, se instaló un Módulo de Información en el punto principal de acceso a la Institución.

Para sensibilizar a la comunidad sobre el ahorro de agua y energía eléctrica, dar mayor énfasis, presencia y durabilidad a este tipo de campañas se ejecutó el Programa: “Cuida Tu Escuela” con el esfuerzo de Rectoría y esta administración se han logrado mejoras en el ámbito de:

- Limpieza interior y exterior,
- Pintura general,
- Arreglos en jardines,
- Señalización de áreas,
- Construcción de espacios y
- Remodelación de Auditorios.

VII. TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Como eje rector de la presente administración, y acorde con el Reglamento de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales para la Universidad Nacional Autónoma de México, y de conformidad con las determinaciones del Plan de Desarrollo Institucional de esta Facultad, se ha mantenido en funcionamiento, y constante actualización, el Portal de Transparencia, ubicado en la página web oficial de esta entidad. En él se da testimonio de la gestión que tiene la Facultad, tanto en el rubro administrativo como académico.

En el ámbito de transparencia y como resultado de la actividad que genera la Institución, se recibieron 43 solicitudes de información, a las cuales se les dio la atención, seguimiento y debida respuesta.

Para el actual ejercicio, el presupuesto global ascendió a la suma de \$315,695,659.00 de expresión incremental respecto del anterior, que fue de \$300,346,218 pesos.

De dicho monto, \$7,944,125.24 fueron ejercidos para partidas de operación directa, y aplicados en los rubros de servicios, artículos materiales, mantenimiento y obras.

Por cuanto a los Ingresos Extraordinarios –uno de los más elevados de toda la Universidad–, éstos ascendieron a \$59,660,298.22.

Han sido éstas, las 2 fuentes que han financiado los programas de obras materiales, equipamiento y mantenimiento con que estamos actualizando y modernizando las instalaciones y funciones de la Facultad. Un patrimonio material, y de servicios académicos, culturales y tecnológicos, que nos hemos propuesto poner a la vanguardia, y al servicio de toda la comunidad.

Quedan expresados así algunos de los principales logros de esta gestión, en el segundo período anual que se informa.

El objetivo es, y seguirá siendo, poner en posición de avanzada a la facultad de derecho: la mayor y más importante casa de estudios jurídicos de todo el espacio geográfico de habla hispana.

MENSAJE FINAL

Distinguida y querida comunidad de la Facultad de Derecho:

Después de 2 años al frente de tan alta y honrosa responsabilidad, deseo expresarles mi sentimiento de gratitud.

Mi gratitud y reconocimiento a todos ustedes: académicos, estudiantes y trabajadores, que son quienes dan vida, cauce y sentido a la Misión que nos reúne y nos concita.

A ustedes, que han sido pródigos y solidarios con las acciones que hemos desplegado, en aras de conferir dignidad, modernidad y fortaleza a la Facultad.

La nuestra es una labor conjunta y denodada. Sin pausa y sin desmayo.

Ninguna persona, por sí sola, es capaz de llevar a efecto tarea tan magna. Requiere, sin duda, del auxilio de otras que, motivadas por el propósito común, dediquen el mejor de sus esfuerzos para canalizarla y culminarla con éxito.

Y como todo lo verdaderamente grande, nada es posible sin el concurso de todos. Y como todo aquello que es inmanente al cuerpo social, natural y comprensible resulta el hecho de que algunas acciones no consigan el acuerdo unánime.

Pero, en esta casa máxima de la ciencia jurídica, apostamos, precisamente, por la estatura, estabilidad y bizarría del derecho. Apelamos al hondo espíritu universitario, que es sello y característica de los miembros de esta comunidad. A ese talento y talante tan propio del ser universitario. A la responsabilidad y profesionalismo de sus integrantes, que saben anteponer, a su interés personal, el mayor interés de la Facultad, actuando en armonía con la normativa rectora, con la civilidad, con la ética, con su conciencia.

* * * * *

Mis colaboradores, y una servidora, por formación, convicción y experiencia, creemos en el diálogo armonizador que procuramos. En la equidad del objetivo. En la justeza de la legislación. En la sabiduría del Derecho. El Derecho, que es mucho más que la norma positiva, y se funda en principios superiores.

Para nosotros, la buena gestión; la disciplinada y eficiente administración de los recursos humanos, materiales y financieros; la transparencia y rendición de cuentas; la vocación de servicio; el diálogo; y el apego a Derecho, son obligaciones, pero también, cuestiones de honor.

Tan noble y generosa es nuestra Institución, que el sólo pertenecer a ella otorga insustituible honor. Y debemos ser recíprocos. Cuidarla; valorarla; honrarla con nuestros actos; con el diario y puntual cumplimiento de nuestras responsabilidades. Ser merecedores de su magnánimo cobijo.

Porque, como bien nos recordaba Don Jacinto Benavente: “el honor no se gana en un día para que en un día pueda perderse. Quien en una hora puede dejar de ser honrado, es que no lo fue nunca”.

Qué gran razón le asistía a Schopenhauer cuando afirmaba que “el honor es la conciencia externa; y la conciencia, el honor interno”.

Y no sólo es cuestión de pertenencia institucional. Es algo más definitivo y trascendente: el ejercicio propio de la Ciencia del Derecho no puede concebirse sin honor. Es ello lo que más nos compromete a todos. Y a los miembros de esta Comunidad, por partida doble.

En nuestra Facultad, ambicionemos el honor, y no sólo los honores.

De modo que no pueda tocarnos la lacerante sentencia de Tomás Moro: “si el honor fuera rentable, todo el mundo sería honorable”.

Principios éticos de la vida que acompañan y significan al Derecho. Porque, en términos de Séneca: “el honor prohíbe acciones que la ley tolera”.

Con tales principios, angularmente esculpidos en nuestro interior, sigamos luchando, día con día, para forjar una facultad con prosapia y con grandeza.

Por lo demás, dejemos a los murmuradores de siempre, proferir lo que les plazca.

* * * * *

La administración efectiva consiste en empezar por lo primero. La administración es disciplina puesta en práctica. Hacer las cosas es mucho mejor que hablar de ellas. Liderar, es hacer las cosas. Pero gestionar, es hacer las cosas bien. Todas las mañanas me recuerdo a mí misma: ninguna cosa que yo vaya a decir hoy va a enseñarme nada. Por eso mismo, si quiero aprender algo, muy bien sé que tengo que escuchar. Escuchar, para mejor disponer la labor directiva.

Y lo que en esencia es lo más relevante de la comunicación: saber escuchar lo que no se dice.

Así queremos que sea esta gestión. Una gestión basada en la eficacia, en la eficiencia, en la transparencia, en la rendición de cuentas.

Una gestión donde la evolución académica sea el punto toral, y de estructura. Y no un universo rococó de brillosas superficies y falsas apariencias. No confundamos lo grandote con lo grandioso.

Una gestión seria, en donde la actualización y modernización tecnológica, sea factor contributivo para la excelencia académica y estudiantil.

* * * * *

En ustedes confío, queridos integrantes de esta Comunidad.

Y a ustedes pido:

¡Prosigamos trabajando, todos juntos, a brazo partido, para fortalecer y modernizar a nuestra Facultad!

¡Perseveremos, para consolidarla como una Facultad de vanguardia!

¡Cerremos filas!

¡Seamos un solo equipo!

¡Siempre institucionales!

¡Siempre universitarios!

¡Siempre honorables!

* * * * *

¡Nadie puede hacer por nosotros lo que sólo a nosotros corresponde!

Este sueño, este desafío, como la existencia misma, no admite representantes.

Recordemos a Martin Luther King:

“¡No tengamos miedo de hacer lo correcto!”.

Máxime cuando es el bienestar de nuestra comunidad el que está en juego.

¡Siempre es momento apropiado para hacer lo correcto!

Hagámoslo así.

Y hagámoslo bien.

Con el ánimo batiente.

Como en los versos de Antonio Machado:

“Despacito y buena letra, que el hacer las cosas bien, importa más que el sólo hacerlas”.

* * * * *

Distinguida y querida comunidad:

Tengan por verdad que permaneceré en el compromiso que contraí cuando asumí el cargo de Directora: el compromiso indeclinable de poner al extremo mis capacidades personales y profesionales al servicio de ésta: la Facultad de Derecho de México.

Y reitero mi solemne protesta de cumplir, y hacer cumplir, la legislación universitaria, y el Derecho.

¡Con mucho honor! Con espíritu universitario.

“¡POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU!”

LOS DESAFÍOS DE LA CULTURA

Eduardo LUIS FEHER TRENSCHINER*

“Las nobles artes elevan el alma,
y la cultura del entendimiento
en cualquier género ennoblece el corazón”

Voltaire

Hace ya muchos años, Lesley Bird Simpson escribió un libro *Muchos Méxicos*¹ cuyo título es, sin duda, una invitación a la reflexión. ¿Por qué señalo lo anterior? Estimo que para escribir e implementar cualquier plan en cualquier área para nuestro país, debe sin duda considerarse que hay muchos “Méxicos”. La cultura y su implementación, por ende, constituyen un permanente desafío en todos los órdenes de la vida social mexicana. Esto inclusive deber ser analizado por los profesores de Derecho con sus alumnos toda vez que muchas legislaciones de estados y municipios de nuestro país también resienten esta diversidad. Incluso históricamente se hacen esfuerzos por dar uniformidad legal a disposiciones de diferente jaez, sin considerar las condiciones locales.

Veamos el aspecto cultural: ¿será lo mismo aplicar un plan cultural para las clases menos favorecidas en la Ciudad de México que en alguna etnia de las muchas que enriquecen el panorama nacional?

¿Será lo mismo un veracruzano que un campechano o yucateco?

¿Habrá diferencia en hacerle llegar la cultura a un regiomontano que a un chiapaneco?

¿Y los dialectos? Recuérdese que en nuestro país aún hay millones de mexicanos monolingües.

¿La vía de la culturización debería ser la misma, en el mismo idioma, a través de uno o de diversos medios?

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y director de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*.

¹ SIMPSON, L.B., *Muchos Méxicos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

Habría sin duda que analizar, concienzudamente todos los aspectos antes señalados.

La cultura *–lato sensu–* sin duda elevaría la capacidad de comprensión de los destinatarios de la misma. No obstante habría que considerar lo señalado anteriormente. Con cultura incluso los destinatarios de las leyes podrán ser más sensibles a cumplir con sus obligaciones.

Recuérdese al sabio filósofo hispano-mexicano Dr. Luis Recaséns Sichés quien decía que si la gente no estaba informada previamente de alguna disposición que se le aplicaría, vendría casi automáticamente una “reacción negativa” ante la ley, esto es, no sería cumplida, con todas sus desastrosas consecuencias.

Véase el caso del aborto y los matrimonios entre personas del mismo sexo, así como las adopciones homoparentales cuyas legislaciones relativas se aplican con toda liberalidad en el Distrito Federal no ocurriendo esto en otras entidades federativas, incluso castigando con cárcel a las mujeres que habrían abortado o de plano no regulando lo del matrimonio y adopciones antes citadas.

“Muchos Méxicos” diría Lesley Byrd Simpson...

Un problema cultural, son sin duda los prejuicios. La cultura ayuda, y mucho, a eliminarlos o por lo menos a hacerlos menos ostensibles. Recuérdese que Einstein señalaba que era más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio. Y es que los prejuicios se transmiten principalmente por vía oral, de padres a hijos o simplemente de oídas. Ninguna sociedad, por muy adelantada que se la considere, está exenta de prejuicios.

Volviendo a las reflexiones iniciales, normalmente, con los cambios de gobierno, en los tres niveles del mismo, las nuevas autoridades, por lo común, poco o casi nada cambian los contenidos culturales; muchos de ellos se circunscriben a solicitar mayores presupuestos para realizar eventos espectaculares que poco o nada dejan en la cultura popular. Son simples divertimentos sexenales o trianuales, o bien, electorales en su caso, cuyo impacto es relativo.

Es innegable que existe un marco jurídico que regula las actividades culturales de los tres citados niveles de gobierno, atendiendo quizá a aspectos de control presupuestal, sin incidir en los contenidos.

Para muchos gobiernos, la cultura es un simple adorno y no una manera de educar a la gente; la cultura nos hace más sensibles a todas las mani-

festaciones artísticas... y a entender más nuestro entorno social, político y económico, entre otros.

¿Será por eso que a veces se piensa que hacer llegar la cultura a la gente podría hacer peligrar algunos políticos y algunas políticas?

Antes que nada debemos intentar hacer un diagnóstico profesional que responda, entre otros, a los siguientes cuestionamientos:

- 1.- ¿Qué porcentaje de la población lee libros?
- 2.- ¿Qué porcentaje de la población ve la televisión?
- 3.- ¿Qué porcentaje de la población escucha radio?
- 4.- ¿Qué porcentaje lee los periódicos?
- 5.- ¿Qué porcentaje ve internet?
- 6.- ¿Qué porcentaje asiste a museos?

Y lo siguiente: en caso de leer libros ¿qué lee?; en caso de ver televisión ¿qué ve?; en caso de escuchar radio ¿qué escucha?; en caso de leer periódicos ¿cuáles?, ¿qué secciones?; en caso de usar internet ¿qué es lo que ve?; en caso de visitar museos ¿cuáles visita?

Después, analizar los segmentos de la población por edades.

Para establecer planes serios en materia cultural, debemos responder a las anteriores preguntas. Y si esto lo llevamos a los diferentes estados o regiones el asunto reviste una mayor complejidad.

No obstante, si el plan es llevar cultura hay que conocer los destinatarios de la misma y sobre todo los medios adecuados o más comunes para hacérselas llegar.

Con la irrupción de la radio y en especial de la televisión en el siglo xx, sin duda el mundo dio un giro de 180 grados. La Internet lo hizo en 360.

El escritor y filósofo George Steiner,² en un dramático texto nos señala lo siguiente:

El libro agoniza; los locutores de los medios reemplazan a los intelectuales, y el internet al texto. La cultura occidental oscila destempladamente entre Madonna y Maradona. Dos nombres de santa etimología pero de usos profanos. La banalidad nos ahoga al mismo tiempo que nos seduce, como una vistosa serpiente. Somos huéspedes en esta vida y en el planeta. Pero huéspedes malignos

² Citado en *Memorias del Parlamento*, México, Comisión de Participación Ciudadana, LIX Legislatura-Cámara de Diputados, Facultad de Derecho-UNAM, t. I., agosto-octubre de 2006, p. 138.

e ingratos, pues enlodamos a ambos con satánica puntería. Y Satanás ajustará cuentas antes de que finalice el banquete.

CONACULTA es la entidad federal cuyas funciones tienen su fundamento legal en lo dispuesto por un Decreto Presidencial publicado en el Diario Oficial de la federación el 7 de septiembre de 1988, con base en los artículos II, VII, IX, X, XII; XIII, XIV XVII a XXII, XXVIII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Sus antecedentes tienen su origen en 1921, año en que se fundó la Secretaría de Educación Pública (SEP) la cual fue la responsable de velar tanto por la educación como por la cultura de México. Asimismo, en 1939 y 1946, respectivamente, se fundaron el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) y el Instituto Nacional de Bellas Artes (INBA) ambas instituciones descentralizadas de la SEP; fueron los primeros intentos para la creación de un organismo estatal dedicado a atender las cuestiones culturales.

El desarrollo de CONACULTA y sus funciones se encuentran determinados por un esquema jurídico administrativo muy extenso y dinámico que está constituido por una serie de ordenamientos incluidos en diversas leyes.

La pregunta es si el citado organismo federal, en sus funciones, considera el enorme abanico poblacional de México y si adapta sus programas culturales a ese esquema. La cultura no es un elemento ni fácil de manejar ni fácil de “vender” –por utilizar un término popular–, y por ende muy entendible. Porque lo que es cultura para el gobierno no siempre lo es para la variopinta población nacional.

Ambrosio Velasco Gómez en un interesante artículo al respecto de lo que estamos analizando e intitulado *Significación política de la diversidad cultural*, nos señala:

La diversidad cultural es hoy en día uno de los hechos más relevantes y constituye una de las reivindicaciones más importantes en los movimientos sociales y conflictos políticos a escala mundial. Dentro de la diversidad cultural, la pluralidad étnica es quizás la de mayor trascendencia, debido, entre otras cosas, a que la construcción de los Estados nacionales en la Modernidad pretendió exterminar o abolir las diferencias étnicas existentes en cada Estado. De esta forma, en sociedades pluri culturales o inclusive plurinacionales se impusieron estados etnocráticos que desconocieron la riqueza lingüística y, en general,

cultural de los pueblos y territorios donde establecieron su soberanía. Después de siglos, tal imposición política ha demostrado su inoperancia.³

Por su parte, León Olivé en un texto intitulado *Por una cultura de los conocimientos*, entre otras cosas señala que:

El objetivo debería ser el fortalecimiento de las diversas culturas que forman parte de la Nación, desde una perspectiva pluralista respetuosa de la diversidad, promoviendo que los diferentes grupos valoren y sean capaces de aprovechar los conocimientos científicos y tecnológicos modernos y que comprendan la importancia y la función social de la ciencia y la tecnología, con su potencial benéfico pero también riesgoso para poder aprovecharla de la mejor manera posible y vigilar y controlar en su caso los riesgos que genera. Pero al mismo tiempo debe fomentarse la adecuada valoración de otros tipos de conocimiento y desarrollar la capacidad de aprovecharlos, fomentarlos y protegerlos. Esto es lo que podríamos llamar una “cultura de los conocimientos” que debería impulsarse nacionalmente, lo que permitiría a nuestro país encaminarse por una vía sólida hacia sociedades de conocimiento justas, democráticas y plurales.⁴

Como podemos apreciar, ambos citados autores enfatizan la necesidad de políticas culturales atendiendo al contexto donde se vayan aplicar, mostrándose particularmente respetuosos de la pluralidad étnica y cultural a la que no escapa ninguna nación.

Dora Elvira García en un ensayo titulado *Interculturalidad y sentido común: incidencias para el alcance de la solidaridad y la justicia*, nos indica que:

A partir de la aceptación de las diferentes formas de vida grupales e individuales, parece un condicional la postulación del reconocimiento entre culturas. En este reconocimiento se defienden elementos comunes entre los diversos grupos, de modo que tales componentes mutuamente compartidos constituyen el puente que permite la interlocución y la relación a través de las cuales se puede encontrar la comunalidad, reconociéndose cada ser humano o grupo como por-

³ VELASCO GÓMEZ, Ambrosio, “Significación política de la diversidad cultural”, en OLIVÉ, León (coord.), *Filosofía de la cultura. Reflexiones contemporáneas. Horizontes y encrucijadas*, México, Porrúa-UNESCO-Unitwin-Tecnológico de Monterrey, 2011, p. 87.

⁴ OLIVÉ, León, “Por una cultura de los conocimientos”, en *ibidem*, p. 12.

tador de una dignidad invaluable, y finalmente, posibilitándose la convivencia impregnada de justicia de los grupos que son diferentes.⁵

Esta autora sin duda va al meollo del asunto. El carácter diferencial debe ser considerado para las políticas culturales, pues estimamos que no se puede medir con el mismo rasero a toda una población, como la nuestra tan disímbola como rica en tradiciones y expresiones culturales. De este modo las citadas políticas y planes culturales deben conocer a los posibles beneficiarios de las mismas.

Bolfy Cottom en una interesante entrevista que le hace la periodista Judith Amador Tello, respecto de la política cultural, enfatiza:

En las campañas se dio un papel “salvador” a la cultura como generadora de desarrollo social, una solución a los problemas políticos y a la violencia. Pero –advierte Cottom– que al hablar de la cultura en estos términos se piensa en un modelo concebido desde las esferas del poder y siempre se tendrá la tentación de imponerlo a las culturas de los pueblos, los barrios, las colonias y ciudades y hoy ya no se puede sostener esa idea de buenas intenciones.

Pensar –agrega– que los jóvenes van a actuar distinto, con un violín en la mano, es simplista y falta de respeto, pues los jóvenes tienen su propia dinámica cultural con su imaginación y el uso de las tecnologías: si de algo he sido testigo en los últimos tiempos, es que muchos jóvenes son excluidos de los centros artísticos. Muchos quisieran entrar a una escuela de música, formarse, y son rechazados. Y de pronto, ahora, de la noche a la mañana, esto nos va a devolver la paz y la esperanza. Me parece un discurso político muy simplista.⁶

Siguiendo el hilo de la entrevista, le señala a la citada periodista Amador Tello: “Padecemos una especie de orfandad de funcionarios culturales. Se perdió un proceso formativo real que llegue a darle sentido, aplicabilidad a la normatividad. Para eso se necesita conocimiento de la historia, de las normas mismas... las políticas en materia de cultura no existen “en el etéreo” y no están por encima o a un lado del resto de las políticas del Estado...”.

Sin duda, el perfil de los funcionarios impulsores de la cultura no es fácil de definir ni fácil encontrarlos.

⁵ GARCÍA, Dora Elvira, “Interculturalidad y sentido común: incidencias para el alcance de la solidaridad y la justicia”, en *ibidem*, p. 71.

⁶ AMADOR TELLO, Judith, “Entrevista a Bolfy Cottom”, en *Proceso*, núm. 1861, 2 de julio de 2012, pp. XII y XIII.

Por un lado pueden ser excelentes poetas, escritores, escultores, músicos, etcétera... pero ello no siempre les da la capacidad administrativa para dirigir un ente cultural... o viceversa.

No siempre a un buen administrador se le da la cultura como vocación. Normalmente estas posiciones son políticas y raramente coinciden en una persona ambas cualidades.

En una ocasión le preguntaron a Diógenes Laercio,⁷ autor del *Panmetron*, y personalidad griega que vivió en el siglo III, famoso por su cultura enciclopédica, quien a menudo era consultado en muchísimos temas. Una vez le preguntaron: ¿cómo se puede llegar a saber?

Él respondió:

Callando se aprende a oír; oyendo se aprende a hablar; y luego, hablando se aprende a callar. Esa es la secuencia. La cultura es un adorno en la prosperidad y un refugio en la adversidad.

Esta curiosa opinión sin duda mueve a reflexión por su innegable profundidad filosófica. Siguiendo ese mismo pensamiento griego, Cleóbulo de Lindos⁸ sentenció 600 años a. C.:

Nada hay en el mundo tan común como la ignorancia. Aprende a vivir aislado y medita en soledad; pero si te mezclas con la muchedumbre, procura ser uno de tantos.

Nótese en ambos pensadores su prístina preocupación por la importancia de la cultura como indudable complemento de todo ser humano.

Pero la cultura no siempre es entendida o bien requerida por las grandes mayorías en todas las sociedades. Estas últimas apuntan de manera diferente sus pretensiones. Hay la percepción de que la cultura es algo tan serio como aburrido y de alguna manera les asusta. Pero este es un problema educativo.

No se nos enseña a leer y lo que le piden que lean los estudiantes de secundaria o preparatoria son por lo común textos complejos, a veces ininteligibles para esas etapas de la vida, con el resultado citado: la cultura asusta, los libros muerden.

⁷ CELDRÁN GOMARIZ, Pancracio, *¿Quién fue quién en el mundo clásico?*, Madrid, Planeta, colección Temas de Hoy, 2011, p. 159.

⁸ *Ibidem*, p. 123.

Por supuesto que las nuevas tecnologías a la vez que simplifican la comunicación la hacen más compleja.

Habría que utilizar también estas novedades en la difusión de la cultura y no únicamente destinarlas para otros fines. Immanuel Kant sin duda visionario señalaba:

Se tiene la costumbre de llamar “útil” únicamente a lo que satisface nuestra sensibilidad más burda, a lo que puede proporcionarnos abundancia en comida y bebida, lujo en el vestido y el menaje y derroche en la hospitalidad, pero no veo por qué lo deseado en más vivos sentimientos no sea contado también entre las cosas útiles.⁹

Sin duda para el filósofo alemán la cultura tenía un papel preponderante en sus reflexiones filosóficas.

Don Alfonso Reyes en una serie de ensayos reunidos en un volumen titulado *Tentativas y orientaciones* al hablar del concepto que nos ocupa señala:

La cultura es la obra de la inteligencia –la más humana de las facultades– su función más característica: unificar, establecer sistemas regulares de conexiones. Esta función se realiza en el orden horizontal del espacio, por comunicación entre coetáneos, y se llama entonces “cosmopolitismo”; en el orden vertical del tiempo, por comunicación entre generaciones, y se llama “tradición”. El cosmopolitismo representa el esfuerzo de la inteligencia por unificar espiritualmente al hombre; hacer triunfar el principio de la unidad fundamental del género humano contra las iniquidades racistas o clasistas; distribuir equitativamente los bienes materiales y espirituales de la cultura; hacer de este planeta una morada más justa y feliz para todos. La tradición representa el esfuerzo de la inteligencia por unificarse a sí misma, establecer la continuidad de su obra al través del tiempo, asegurar el aprovechamiento de sus anteriores conquistas por las nuevas generaciones. Como servidor de la inteligencia, madre de la cultura, el intelectual de cualquier lugar de la tierra tiene el deber de luchar por hacer triunfar el ideal cosmopolita, acercar a los hombres espiritualmente, fomentar su mutuo conocimiento, hacerlos mejores vecinos.¹⁰

⁹ KANT, Immanuel, *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*, estudio preliminar de D. Granja Castro de Probert, México, FCE-UNAM-UAM, 2011, pp. LXXIII y 26.

¹⁰ REYES, Alicia, *Genio y figura de Alfonso Reyes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 213 y 214.

Por su parte, y abundando en el tema, Eustolia Durán Pizaña nos dice:

Parfraseando a Saña, cuando retrata a la sociedad moderna, bien se puede presumir de una época de grandes conocimientos, pues la ciencia y la tecnología han contribuido grandemente en el progreso de la civilización, eso es verdad, pero tal presunción se limita a un progreso material, mecánico, vacío de sabiduría interior, que no tiene alcances para aspirar a la conformación de una ética donde se brinden valores superiores que contemplen al otro.¹¹

En un importante ensayo sobre el pensamiento de Samuel Ramos –filósofo mexicano lamentablemente hoy un poco olvidado– titulado *Samuel Ramos ante la condición humana*, María del Carmen Rovira Gaspar nos señala lo siguiente refiriéndose a varios conceptos de este importante autor:

Civilización y cultura se presentan como un dualismo en la vida del hombre. Al respecto –agrega la autora– afirma Ramos: “Según nuestra interpretación psicoanalista las preocupaciones de la vida material no han podido destruir el fondo espiritual del hombre, sino solamente ahogarlo. Existe un malestar del hombre con el mundo porque los valores de la cultura están en crisis”.

La autora continúa. Comienza realizando la distinción entre civilización y cultura: “La civilización ha despojado al individuo de su libertad, aprisiona su espíritu con múltiples ligaduras y le impone una personalidad extraña. Por el contrario en la cultura toma forma la espiritualidad humana. Lo esencial de la cultura moderna es el sentido espiritual de la vida”.¹²

¿Qué podríamos concluir de las anteriores reflexiones?

El mundo de la cultura es un mundo polivalente y complejo, a veces difícil de entender y por ende de manejar.

Un dato relevante es que el estudiante universitario, en particular el que estudia leyes, debe complementar sus conocimientos jurídicos con la cultura. La función del estudio de las leyes no sólo se circunscribe en modo alguno a los códigos y los libros altamente especializados. La cultura –alre-

¹¹ DURÁN PIZAÑA, Eustolia, en LÓPEZ ZAVALA, Rodrigo y SALAZAR, Valentín Félix (coords.), *Perfiles culturales de la formación universitaria*, Sinaloa, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2010, p. 62.

¹² ROVIRA GASPAR, María del Carmen, *Samuel Ramos ante la condición humana*. Disponible en: www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/mexico/ramos.htm.

dedor de ellos— le dará una visión humanista del Derecho, sin apartarse de las fuentes originales de este último.

El reto para los próximos años en nuestro país, debe seguir siendo, sin duda la educación; pero yo agregaría, además, la cultura.

El poeta Rabindranat Tagore, con respecto de los conceptos de ciencia y cultura nos ofrece un breve texto que sin duda contiene gérmenes de sorprendente filosofía india no siempre comprendida en nuestro mundo occidental:

En Europa, la gente lo considera todo desde el punto de vista de la ciencia; pero el hombre no es meramente fisiológico, ni meramente psicológico, ni siquiera meramente social. El hombre es algo más que la ciencia natural de sí mismo. No hay que buscar la verdad en los libros de ciencia, sino en sí mismo.¹³

Jaime Cobreros reflexiona: “El hombre en los últimos siglos, y claramente en Europa, ha ido perdiendo la sabiduría para quedarse en los conocimientos. Es la diferencia entre el saber y conocer lo que se ha quedado en el camino”.¹⁴

Quizá la frase de Alfonso Reyes podría constituir el epígrafe de estas breves reflexiones aplicables a cualquier plan cultural *lato sensu*: “La cultura es la obra de la inteligencia; la más humana de las facultades...”.

BIBLIOGRAFÍA

AMADOR TELLO, Judith, “Entrevista a Bolfy Cottom”, en *Proceso*, núm. 1861, 2 de julio de 2012.

CELDRÁN GOMARIZ, Pancracio, *¿Quién fue quién en el mundo clásico?*, Madrid, Planeta, colección Temas de Hoy, 2011.

CLARASÓ, Noel, *Rabindranath Tagore. Antología de textos y citas*, Barcelona, Ediciones Acervo, 1978.

COMISIÓN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, *Memorias del Parlamento*, México, LIX Legislatura-Cámara de Diputados, Facultad de Derecho-UNAM, t. I, agosto-octubre de 2006.

FEHER, Eduardo Luis, *El bostezo*, México, Editorial Edigrupo, 1997.

¹³ CLARASÓ, Noel, *Rabindranath Tagore. Antología de textos y citas*, Barcelona, Ediciones Acervo, 1978, p. 295.

¹⁴ FEHER, Eduardo Luis, *El bostezo*, México, Editorial Edigrupo, 1997, pp. 187 y 188.

KANT, Immanuel, *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*, estudio preliminar de D. Granja Castro de Probert, México, FCE-UNAM-UAM, 2011.

LÓPEZ ZAVALA, Rodrigo y SALAZAR, Valentín Félix (coords.), *Perfiles culturales de la formación universitaria*, Sinaloa, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2010.

OLIVÉ, León (coord.), *Filosofía de la cultura. Reflexiones contemporáneas. Horizontes y encrucijadas*, México, Porrúa-UNESCO-Unitwin-Tecnológico de Monterrey, 2011.

REYES, Alicia, *Genio y figura de Alfonso Reyes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

ROVIRA GÁSPAR, María del Carmen, *Samuel Ramos ante la condición humana*. Disponible en: www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/mexico/ramos.htm

SIMPSON, L. B., *Muchos Méxicos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROCESAL MODERNO*

Carina GÓMEZ FRÖDE**

*Eran las postrimerías
del procedimentalismo en
la docencia facultativa,
que habría
de imprimir en su labor futura,
imborrables huellas.*

Ignacio Medina Lima¹

SUMARIO.- I. *Introducción.* II. *Historia del Derecho Procesal y nuevas técnicas para la enseñanza del proceso* III. *Derecho Procesal Internacional.* IV. *Derecho Procesal Civil.* V. *Derecho Procesal Familiar.* VI. *Derecho Procesal Mercantil.* VII. *Derecho Procesal Penal.* VIII. *Derecho Procesal Laboral y Agrario.* IX. *Derecho Procesal Electoral.* X. *Derecho Procesal Fiscal y Administrativo.* XI. *Derecho Procesal Constitucional.*

I. INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar sin equivocarnos, que el estudio y el análisis del derecho procesal mexicano se ha desarrollado en las últimas décadas, con resultados positivos para nuestra comunidad universitaria. Cada vez, con mayor frecuencia descubrimos con orgullo, la celebración de con-

* Para los queridos procesalistas: Gonzalo Armienta Calderón, Héctor Molina González y Santos Martínez Gómez.

** Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM y directora del Seminario de Derecho Procesal de la misma.

¹ MEDINA LIMA, Ignacio, *N.N. de Francisco M. Vázquez en Revista de la Facultad de Derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm. México, núm.51, julio-sept.,1963.

gresos, seminarios y cursos, la publicación de nuevas obras y, sobre todo, un interés por estudiar y analizar los temas procesales, no solo relacionados con las clásicas ramas de la ciencia procesal (civil, penal, mercantil, amparo, administrativo y laboral); sino con las nuevas tendencias que hace cincuenta años no existían y que en la actualidad emergen con fuerza. Ejemplos de ello tenemos las siguientes nuevas ramas del gran tronco que constituye la Teoría general del proceso: Derecho procesal constitucional, Derecho procesal internacional, Derecho procesal electoral, Derecho procesal fiscal, Derecho procesal familiar, Derecho procesal militar, Derecho procesal marítimo o aéreo, Derecho procesal agrario o Derecho procesal ambiental y los demás que seguirán surgiendo, mientras entre las personas, existan litigios que dirimir. Una razón poderosa para explicar este fenómeno de desarrollo de los procesales radica en el hecho, de que nuestras sociedades contemporáneas tienen un mayor reto en tratar de resolver, cada vez con mayor frecuencia, controversias con un alto grado de complejidad, que requieren de una mayor especialización y capacitación, tanto de jueces como de abogados. Ello no quiere decir, que se adopte una posición separatista, en cuanto a los fundamentos que unen a todos los procesalistas, independientemente de la materia sustantiva que de fondo lleve cada proceso, el proceso es uno solo y tiene características comunes. Es decir, todas las ramas emergen de un tronco común llamado la Teoría General del Proceso. La comunidad académica coincide, al afirmar en que la razón fundamental de la existencia de los procesos jurisdiccionales será siempre la resolución de las controversias. Lo importante es continuar con el estudio y desarrollo de nuestras grandes instituciones procesales como son entre otras, el propio proceso jurisdiccional, la acción y la jurisdicción en sus diferentes ámbitos de competencia.

En el mes de septiembre del 2011, el Seminario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, durante dos semanas organizó un ciclo de conferencias, a las cuales fueron convocados más de cuarenta profesores, quienes expusieron, desde distintos puntos de vista, temas relativos a historia del Derecho procesal, Derecho procesal internacional, Derecho procesal civil, Derecho procesal familiar, Derecho procesal mercantil, Derecho procesal penal, Derecho procesal laboral, Derecho procesal agrario, Derecho procesal electoral y Derecho procesal constitucional y Amparo. En este ensayo se hará un breve recuento de algunas de las ideas expuestas por los conferencistas durante el ciclo de conferencias.

Ahora bien, el Derecho procesal mexicano es lo que actualmente es, gracias a las aportaciones y al trabajo académico de nuestros antecesores, a quienes se les rinde justo homenaje en vida, a instancias del Dr. Fabián Mondragón Pedrero y el maestro Rodolfo Bucio Estrada, quienes nos han convocado a escribir para rendirles un reconocimiento sincero, ya que han inspirado por más de cincuenta años, tanto a sus colegas como a sus alumnos. Muchos de nosotros les debemos a nuestros grandes maestros, el habernos convertido en la nueva generación de procesalistas mexicanos.

Homenaje a tres maestros procesalistas. Este ensayo está dedicado a El Doctor Gonzalo M. Armienta Calderón, al maestro Héctor Molina González y al Lic. Santos Martínez Gómez.

- a) El Dr. Gonzalo Armienta Calderón, procesalista sinaloense ha tenido una brillante trayectoria, como jurista, funcionario público, abogado postulante, profesor universitario y promotor de la cultura.² Cursó sus estudios en la Universidad de Sinaloa y en la UNAM y fue Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal desde el año de 1973 a 2009. Bajo su Presidencia se celebraron doce Congresos Mexicanos de Derecho Procesal. Ha impartido infinidad de conferencias y es autor de una amplia y variada obra jurídica; entre muchos ensayos y libros, es autor del texto de *Teoría General del Proceso*, editado por Porrúa. Es famoso su libro *Principios rectores del proceso*. Es también uno de los precursores del desarrollo del Derecho procesal agrario y uno de los rasgos más importantes a destacar del Dr. Armienta es que buscó siempre la conciliación y la unión de los procesalistas. Este año el Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal tendrá el gusto de rendirle un homenaje en su estado natal, cuando en octubre del 2012, se celebre el tradicional curso anual para profesores procesalistas en la Ciudad de Culiacán, Sinaloa.
- b) El maestro Héctor Molina González nació el 1 de agosto de 1932, en México Distrito Federal. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM 1950-1954. Egresado de la División de Estudios de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM 1967-1969. Abogado postulante en materia civil de 1956 a la fecha.

² OVALLE FAVELA, José, "Homenaje al Doctor Gonzalo M. Armienta Calderón", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont/htm, Núm. 13, enero-junio, 2010, pp.427-429.

Profesor de las Cátedras Derecho Procesal Civil I y II, así como de Teoría General del Proceso en el Sistema de Universidad Abierta de 1976 a 1999. Profesor de Carrera de Tiempo Completo de las Cátedras Derecho Procesal Civil I y II, así como de Teoría General del Proceso de desde 1990. Director del Seminario de Derecho Procesal durante 13 años 1990-2003. Miembro del Comité Académico del Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 1997-2006. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, así como del Instituto Mexicano de Derecho Procesal entre otros. Autor de varias obras colectivas de temas procesales, así como de los Instrumentos metodológicos de las materias Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil I y II de la División de Universidad Abierta, de la Facultad de Derecho de la UNAM. Ya desde hace muchos años, el maestro Molina nos compartía al escribir en relación a la justicia de paz, su preocupación por una auténtica administración de justicia para aquellos sectores débiles de nuestra sociedad. Su anhelo por juristas honrados, letrados responsables y verdaderos profesionales del derecho con una remuneración económica adecuada, con la debida preparación jurídica y con las responsabilidades y garantías de todo juzgador. El maestro Molina además, desde hace más de 50 años es reconocido por todos aquellos alumnos que han recibido sus consejos y asesorías no solo durante el periodo en que asumió la dirección del Seminario de Derecho Procesal desde 1990 al año de 2003, sino hasta la fecha, ya que diariamente se encuentra activo incluso organizando, cada tres meses con nuestra querida Marcela Sosa seminarios de tesis para el apoyo a estudiantes con el fin de que concluyan favorablemente con sus proyectos de investigación. En el homenaje para el maestro Molina recordé las palabras de Don Ignacio Chávez, Rector de la UNAM quien dijo lo siguiente:

¡Se puede pasar fugazmente por la cátedra, sin que eso pruebe ningún llamado interior, se puede pasar por ella como una experiencia cualquiera de la vida, en la actitud del que busca y no encuentra su acomodo, pero durar en ella, envejecer en la cátedra, esa es la prueba definitiva. Sólo lo hacen los que sienten amor por la enseñanza, fervor por la tarea de modelar a la juventud. Sin ese amor, la larga permanencia sería una forma de esclavitud. Por ello son dignos de ser considerados como ejemplo, aquellos maestros a quienes ni la edad, ni

la fatiga, ni la desilusión en la lucha, ni el éxito alcanzado en su profesión, han sido bastantes para alejarles de la cátedra.”

- c) El maestro Santos Martínez Gómez, llamado por sus amigos de cariño “Santitos” es profesor egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor de las materias de Derecho Procesal I y II. Fue muchos años juez de lo Civil y fue fundador junto con el Dr. Cipriano Gómez Lara del despacho de abogados Lex, S.C. Asimismo, colaboró para el Seminario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México y durante su presencia en dicho seminario, con ese carácter afable, siempre correcto y amable, aconsejaba a sus alumnos brindando el apoyo y múltiples ideas con el fin de que concluyesen sus estudios universitarios.

II. HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL Y NUEVAS TÉCNICAS PARA LA ENSEÑANZA DEL PROCESO

El 19 de septiembre del 2011, durante el ciclo de conferencias organizado por el Seminario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M, el doctor José Luis Chirinos Palomo nos ofreció una breve explicación de la historia del derecho procesal, desde la antigüedad pasando por el medievo hasta llegar a la época moderna.

En la época arcaica, el principio que imperaba era la autotutela. En referencia a lo expuesto por Rolando Tamayo Salmorán, uno de los procesos más antiguos de los que se tiene referencia, es el que se encuentra representado en el escudo de Aquiles en la *Iliada*, de Homero. En él que se observa una disputa de sangre por la negativa a pagar el precio de la sangre. Así mismo se encuentran en dicho escudo descritos los heraldos, quienes decían el derecho y aseguraban el orden como figura imperante. El profesor Káiser afirmaba que los romanos no aislaron el Derecho procesal del sustantivo y se preguntaban. ¿Qué fue lo que sucedió primero la acción procesal o el derecho sustantivo? Nos recordó la definición clásica de Celso, ya superada

por las teorías de Windscheid y Muther, como la acción como sinónimo del derecho sustantivo.

En la edad media, los obispos son lo que imparten la justicia y sin embargo existía una acción civil contra una canónica, es decir, una doble jurisdicción: laica y canónica. Juan Iglesias Santos al explicar el derecho de las obligaciones señala que existe un nexo entre los componentes procesales y el cumplimiento de dichas obligaciones y así nace la idea de la obligación. En la edad media es cuando aparecen las grandes universidades como las de Bolonia, Pavia, París, Cambridge y se inicia el estudio científico del Derecho romano con las dos grandes escuelas la glosa y la post-glosa; en la glosa se explica cómo fue el Derecho romano y en la post-glosa cómo se aplicaba. Justiniano fue el gran codificador del Derecho romano. La glosa contenía doctrinas, principio, definiciones, categorías, es decir, era la ciencia del derecho, el desarrollo del derecho procesal durante el siglo x al xv fue fundamental. Cuando se realiza la conquista en América no existían figuras jurídicas con las que el individuo pudiese ejercer su derecho subjetivo. Sin embargo, si existía un orden jurídico, había códigos, para la administración de justicia, como el Códice Mendocino del virrey Antonio de Mendoza. En el mundo indígena en materia penal, ya se reconocía la reparación del daño. El maestro Chirinos sostiene que en el Derecho indígena hubo un debido proceso legal. En el Derecho indiano se logra una comunicación del derecho indígena con el derecho español, y existían tres jurisdicciones: la del rey, la de la iglesia y la de los tribunales indígenas. El maestro Chirinos para concluir su conferencia magistral no podía dejar de mencionar el movimiento de la codificación la Constitución de Cádiz y los derechos subjetivos consignados en nuestras constituciones del 1824 y 1857 y la gran importancia de nuestra la Ley de Amparo.

El doctor en derecho y juez Juan Bruno Ubiarco Maldonado recordó a los alumnos la importancia de la toma de la Bastilla y la Revolución Francesa, ya que gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, se consagran los derechos fundamentales que se reflejan hoy en día en nuestra Constitución Federal y las Constituciones locales de los estados. El doctor Ubiarco señaló que una de las garantías más trascendentes en esta materia, se encuentra contenida en el 14 Constitucional, el derecho funda-

mental de audiencia y que dentro de todos los procesos deben seguirse con las formalidades para que estos obtengan la calidad de legales.

Nos relata la figura simbólica del personaje feudal denominado “Juan sin tierra” ocurrido en 1215, nos hizo conciencia en los alumnos en que el Derecho constitucional debe reforzarse, porque hasta la fecha se continúan violando derechos fundamentales en muchos países como en Cuba y en los países socialistas antes de la caída del muro de Berlín. En cambio, para el Dr. Ubiarco, el Derecho civil encuentra más mucho consolidado en nuestra sociedad, por su herencia romana. Nos recuerda ese gran legado que nos dejaron los romanos y los bárbaros, el fuero juzgo y nos ilustra en el sentido que dentro de este legendario cuerpo legal ya se contemplaba la prueba confesional que consistía en hacer la clásica posición formulada así: que diga si es cierto como lo es, pregunta que según el Dr. Ubiarco ya desde que se formula es insidiosa y debe de derogarse, la forma como está regulada en nuestro códigos, cuando por fin entren en vigor los juicios orales civiles y mercantiles que derogarán esta herencia de formular posiciones y con ello se cambiará el paradigma, para que en los procedimientos se formulen preguntas y no posiciones. El conferencista también nos habló de los diferentes sistemas de valoración de las pruebas y nos formuló a todos esta pregunta ¿Qué es mejor un sistema tazado, libre, mixto o de la sana critica? Obviamente concluye él mismo que el mejor de los sistemas es que los jueces motiven y fundamenten sus resoluciones. Para concluir, el maestro hace énfasis en que la mayor característica del derecho probatorio es demostrar ante el juzgador que se tiene la razón dentro del juicio.

Por la tarde el 19 de septiembre del 2011, le tocó el turno al maestro Rodolfo Bucio Estrada quien nos compartió la reciente publicación de su tesis de maestría editada por Porrúa, obra denominada *Derecho Procesal Civil-Enseñanza-Aprendizaje*.

Se abordan en total 66 de los más representativos conceptos del derecho procesal entre los cuales se encuentran los siguientes: proceso judicial, partes, etapas probatorias, excepciones, emplazamiento, sana critica, confesional, etc. El objetivo del maestro Bucio al publicar esta obra, es el de lograr en sus alumnos, lo que él denomina un aprendizaje significativo. Esta propuesta de enseñanza se desarrolla en tres etapas pre-instruccionales, construccionales y post institucionales. El maestro muestra la dificultad de

encontrar consensos para caracterizar un concepto, sin embargo, se pueden utilizar métodos comparativos, existen conceptos tan complejos y complicados como lo es el proceso judicial, del cual podemos obtener muchas características relevantes. Hay otros conceptos que se engloban en otros de mayor categoría, el profesor sugiere a los asistentes obtener palabras claves de textos de jurisprudencia, de leyes o de doctrinas, para con ellos lograr un mejor aprendizaje. Por ejemplo, muestra una simpática imagen de un ciclista en Asia que traslada voluminosos bultos y con ello, pretende hacer comprender a los alumnos el concepto de carga procesal y complementando esta imagen con otras de escritos y diagramas de flujo, y con esta combinación de elementos visuales en la enseñanza, logra el profesor enseñar y hacer aprender los conceptos al ubicarlos en diversos contextos y retroalimentarlos con imágenes de diversa índole.

El maestro Eleazar Carrillo Camacho resaltó una serie de circunstancias de hecho que le ocurren a todo estudiante de Derecho; lo aburrido que resulta el estudio del Derecho procesal y de cómo no es atractivo para algunos alumnos y, sin embargo, el interés primordial del alumno al escuchar es que lo que se le comunique sea útil e interesante y, sin embargo, muchas veces para ellos es más importante acreditar una materia que aprender. Por ello el maestro Carrillo sugirió que hay que amalgamar la parte teórica con la práctica, el maestro se pregunta qué es un aprendizaje significativo. Si bien en nuestra Facultad se han establecido laboratorios para la enseñanza del Derecho procesal como nuevas estrategias para que los alumnos se vinculen con la práctica esta simulación de procesos al fin y al cabo es una ficción pues la realidad en tribunales es totalmente diferente. El maestro Eleazar también criticó los trabajos que se realizan en equipo por la deficiencia en sus resultados y la poca eficacia en la enseñanza verdadera o aprendizaje eficaz. Señaló que otro problema es que los profesores en nuestra Universidad nacional se enfrentan con grupos numerosos y es muy complicado incluso evaluarlos, pues no todos los estudiantes están de acuerdo en que se les evalúe de la misma manera. Hizo hincapié en que los alumnos en la actualidad y por el uso de la tecnología cuentan con graves faltas de ortografía y una escasa capacidad de redacción.

Para concluir con el primer día de conferencias la que suscribe este trabajo Carina Gómez Fröde hizo una cordial invitación a su examen de doctorado relacionado con las técnicas de enseñanza que ha aplicado en sus cursos de Teoría General del Proceso y sigue aplicando en la actualidad con sus alum-

nos. Gracias a la selección de cincuenta secuencias de cincuenta películas nacionales e internacionales se introduce a los alumnos a las materias procesales. Los ejemplos se obtienen de la imagen que se proyecta para después proporcionar a los alumnos diversos significados de los conceptos. Gracias a las películas hacen suya la vivencia de conflictos actuales y trascendentes en la cultura que irán transformando y moldeando el Derecho procesal como lo conocemos en la actualidad y obtener un mayor entendimiento de la materia.

III. DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

El maestro Ricardo Ramírez Hernández es juez de la Organización Mundial de Comercio (OMC) por México, constituye para él mecanismo procesal más usado en el derecho internacional. La OMC que regula el Derecho económico y tiene tal impacto en las reglas de comercio que puede llegar a determinar por ejemplo, el número de peseros que hay en México, hasta las reglas que permiten la comercialización e inclusive el fútbol que juega el Chicharito. Antes de que existiera al OMC había un acuerdo comercial entre los países que se llamaba GATT, que tuvo como vigencia 50 años y fue importante porque puso la semilla de lo que fue el mecanismo de solución de controversias y se estableció por la vía diplomática. Integrado por embajadores y la primera gran controversia surgió en el año de 1948 y las decisiones no eran obligatorias solo, si las partes estaban de acuerdo. Actualmente la OMC ha llevado 433 casos y este mecanismo se desarrolla en cuatro etapas. La primera es de consulta y se trata de dirimir la controversia de manera pacífica en un nivel diplomático se lleva a cabo en la sede de la organización que se encuentra en Ginebra. La mitad de las controversias se resuelven de manera diplomática. En la segunda etapa, consisten en que se designa un grupo especial de arbitraje que se integra por tres personas competentes con conocimiento en la materia los árbitros los escogen las partes y se emite un informe. La tercera etapa puede ocurrir cuando una de las partes se inconforma y acude ante una instancia superior, órgano de apelación quien es el único tribunal que puede someter a Norte América de manera permanente y no puede declinar sus decisiones. Este órgano de apelación se integra por 7 jueces permanentes, es como un tribunal de casación que revisa la interpretación jurídica. Se integra por 7 países atendiendo a una naturaleza geográfica: Estados Unidos de Norteamérica, China, Unión Europea,

Filipinas, Japón y actualmente México y Sudáfrica; quienes no tienen un asiento permanente. Los jueces deliberan en una mesa redonda y se nombran por el plazo de cuatro años. No pueden estar vinculados a ningún gobierno a diferencia del criterio de Dr. Sergio García Ramírez, la nacionalidad no excluye del conocimiento del asunto, al haberse excusado en el caso Rosendo Radilla en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estados Unidos y Europa no tendrían trabajos si se le excluyera del conocimiento por su nacionalidad. El órgano de apelación lo conforman tres países solamente y lo más importante es que sí tiene plenitud de jurisdicción. También existe un procedimiento para hacer cumplir las decisiones, a diferencia del caso Avena que no hubo un cumplimiento de la Corte Internacional de Justicia en cambio en la Organización Mundial de Comercio se permiten adoptar represalias de naturaleza comercial en caso de incumplimiento a sus resoluciones. ¿Cuál es la importancia de la OMC para México? Ha participado en la resolución de 35 casos, entre ellos litigios para la comercialización de llantas en China y EU., controversias entre bancos por el otorgamiento de préstamos en China. Otros ejemplos controversias entre E.U. y Europa en relación al avión Air Bus, o el problema de las latas de atún mexicano que contenían el anuncio: A salvo del delfín y E.U no permitió que ingresara este atún mexicano a su territorio.

El maestro Fabián Fernández Medina, por su parte, impartió su conferencia en relación a la Convención de la Sustracción de Menores, nos informó de la autoridad competente para avocarse al estudio de sustracción y restitución de los menores, es decir, la Secretaría de Relaciones Exteriores y la intención es cooperar para el cumplimiento de la Convención de la Haya, ya existen jueces que se llaman jueces de red que tiene competencia y conocimiento para avocarse a estos asuntos y pedir al juez donde se encuentra radicado el menor, su devolución respetando la Convención de los Derechos del Niño, cuando se quebranta la guarda y custodia de un menor, el juez de enlace tiene la facultad de pedir la opinión del niño y se requiere la presencia de ministerio público y representante del DIF.

Como tercer conferencista de Derecho procesal internacional contamos con la presencia del Dr. Juan de Dios Gutiérrez Bailón, quien nos habló de la Corte Internacional de Justicia y las nuevas tendencias. Esta corte fue creada en 1919 y se llevaba a cabo bajo una clausula facultativa de jurisdicción obligatoria con un mecanismo por el cual, los Estados quedaban comprometidos de antemano a reconocer la jurisdicción internacional. Es partir del

año de 1992 que en la Facultad de Derecho se empieza a impartir cátedra con casos de jurisprudencia internacional. La Corte se ha ido desarrollando poco a poco, en un principio se regía por la Carta de Naciones Unidas y ahora resuelve todo tipo de asuntos, desde litigios entre tenedores de acciones y plataformas marítimas hasta la emancipación de los pueblos indígenas. Se esperaba que con la creación de otros tribunales como el Tribunal del Mar y los que protegen los derechos humanos, como la Corte Interamericana y Europea de Derechos Humanos disminuyera la carga de trabajo de la Corte Internacional de Justicia pero, lo cierto es que sigue revisando y resolviendo las controversias internacionales más importantes. Al principio no estaba pensada para aplicarse a individuos sino a los Estados y, sin embargo, ha estado revisando casos como el de la Ex Yugoslavia o el de Guinea contra Congo. Valora el derecho interno, derechos del mar y por ello siguen los estados acudiendo a la Corte Internacional de Justicia y temen a la fragmentación y quieren una justicia universal porque esta Corte tiene mayor tradición, para el Dr. Juan de Dios Gutiérrez Bailón es mejor acudir ante una sola instancia universal con muchas salas que desahoguen los asuntos con mayor especialización.

El profesor Guillermo Estrada impartió su conferencia en relación a la Corte Europea. Por la fragmentación del Derecho Internacional es imposible que una corte conozca de todas las controversias y aunque Ferrajoli previene un constitucionalismo global. El maestro Estrada piensa que será imposible que se pueda crear una sola corte que proteja los derechos humanos, sin embargo, en materia de derechos humanos en la Corte Europea se permiten las apelaciones en contra de las resoluciones emitidas por sus jueces, es decir, existe una doble instancia; en cambio en la Corte Interamericana no se permite impugnar las sentencias. Cada vez con mayor frecuencia, el mundo se especializa y existen regímenes especializados en materias de comercio, medio ambiente, propiedad industrial y, por eso, la tendencia es hacia la regionalización, por eso existe la Organización de Estados Americanos, la Unión Europea y la Unión Africana, la Liga Árabe, etc. Se producen regímenes autónomos, que tienen sus propias limitaciones por materia y por región, en cambio la Corte Europea es un auténtico tribunal con 47 jueces, el individuo acude de manera directa, sin filtros, se creó un juez único que resuelve sobre la admisibilidad de la demanda, se permite el recurso de apelación en la gran sala que está compuesta por 17 jueces. La diferencia entre la Corte europea y la Interamericana es que no obliga a los Estados a reformar sus

leyes. El método ha sido la condena a indemnizar, ello no tiene alcances de reparación, en cambio en la Corte Interamericana se ha abusado en sus resoluciones al fijar a los Estados el pago de montos económicos para las víctimas, que son difíciles de ejecutar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye para el maestro Estrada una cuarta instancia, ya que aunque no estaba pensada para tener esos alcances, no deberían operar así los tribunales internacionales, no deberían tomar decisiones que le corresponden exclusivamente a los Estados. El profesor Estrada concluyó con esta frase: “¡ Nadie controla a la Corte Interamericana de Derechos Humanos!”

A continuación le tocó su turno al Dr. Carlos Reyes, quien nos habló del mecanismo para la resolución de controversias comerciales más recurrido, es decir el arbitraje. Tanto la Organización Mundial de Comercio, como el Banco Mundial, CIADE. Anteriormente había que someterse a la jurisdicción del Estado en el cual estuviese asentado el domicilio del demandado. Actualmente el *Forum Shopping* permite al actor internacionalmente acudir a una variedad de tribunales para solicitar la resolución de su conflicto, y así se permite, la elección del mejor foro. Ello tiene ventajas ya que todos los foros tienen mecanismos para la resolución de sus controversias, y en ellos se cumplen de la misma forma las garantías de audiencia y de debido proceso. El Dr. Reyes nos precisó que en materia internacional no existe una jerarquía de leyes y que cada tribunal cuenta con su autonomía y es independiente de los otros foros. El principio fundamental que se rige en materia internacional es la voluntad de las partes y la transparencia en las determinaciones que se tomen con respecto a los Estados parte. También es importante la buena fe, ya que no se puede manipular la jurisdicción internacional. Las partes de antemano están conformes con las resoluciones que se emiten en materia de arbitrajes y por ello no existen las apelaciones contra resoluciones que a una parte no le hayan sido favorables. En algunos casos, se requiere agotar previamente el recurso interno. No pueden existir dos tribunales que resuelvan la misma cuestión.

El último expositor en relación al tema del Derecho procesal internacional fue el maestro Ricardo Ortega quien se refirió a los obstáculos procesales en el sistema interamericano. Para el maestro Ricardo Ortega a las víctimas debe otorgárseles el papel fundamental. Desgraciadamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide unilateralmente qué casos van a ser resueltos por dicha Comisión y deja fuera de su jurisdicción muchas controversias trascendentes. Señaló que existen casos paradigmáticos, que

han causado un impacto estructural que ha permitido modificar políticas públicas y legislaciones de los Estados.

IV. DERECHO PROCESAL CIVIL

El día 21 de septiembre del 2011 tocó el turno al Derecho procesal civil y como primer expositor tuvimos la presencia del Juez Silvestre Constantino Mendoza quien nos dio una amplia explicación de los juicios orales civiles y los juicios orales mercantiles que entrarán en vigor en la Ciudad de México, D.F. Lamentó que no se legislara un solo juicio oral y que tengamos previstas diversas reglas en cuanto a los plazos y términos con características diversas para cada uno de los diversos juicios dependiendo si se trata de juicios ordinarios civiles, los cuales se tramitarán cuando no exista un procedimiento especial regulado para dicho litigio, y siempre y cuando su resolución admita ser apelada. En cambio, los juicios orales civiles se tramitarán siempre y cuando la ley no prevea un procedimiento especial para el litigio y cuyo monto no sea apelable, y los jueces que conocerán de dichos juicios serán los jueces orales civiles. Por su parte, el juez Silvestre afirmó que se tramitarán los juicios orales mercantiles, en aquellos asuntos en los cuales la ley no establezca un procedimiento especial y cuyo monto no sea apelable. Una novedad a destacar por parte del maestro Mendoza es que el juez en los nuevos juicios orales que entrarán en vigor, con toda libertad podrá formular preguntas a las partes, todo estará grabado y la conciliación queda a cargo del juez. Se agradeció al juez Mendoza el haber proporcionado a todos los alumnos asistentes un cuadro en el cual se explica los pasos a seguir en juicio ordinario, juicio civil oral y juicio civil mercantil, precisando los requisitos exigidos en las diversas fases del proceso: postulatoria, audiencia de conciliación, la fase probatoria y preconclusiva, la fase del juicio, y la fase impugnativa.

Como segundo expositor tuvimos la presencia del Dr. Hugo Carrasco Soulé quien nos otorgó una amplia explicación de las reformas al artículo 17 constitucional en relación a las acciones colectivas. El Dr. Carrasco sostuvo que existían dos corrientes en el Congreso de la Unión: a) expedir una ley de acciones colectivas o b) Reformar el Código Federal de Procedimientos Civiles y agregar un capítulo de acciones colectivas. Así fueron introducidos los artículos 583, 584, 585 del Código Federal. El Dr. Carrasco precisó

quiénes se encuentran legitimados activamente para promover acciones colectivas: La Profeco, la Profepa, la Conducef, la Cofecco, la PGR; así como un grupo de 30 personas. Para ello se establecen una serie de candados, entre ellos el que los miembros se encuentren constituidos en una asociación que no tenga fines de lucro, un año antes de que se promueva la acción colectiva, y en el objeto social de su constitutiva deberá de incluirse la promoción de acciones colectivas. Asimismo, las asociaciones deberán de registrarse ante el Consejo de la Judicatura Federal. El Dr. Carrasco puso como ejemplo jurisprudencias y criterios jurisprudenciales, y casos como acciones colectivas en contra del IMSS, del ISSSTE promovidas por discapacitados, personas de la tercera edad, personas infectadas por el virus del SIDA. Asimismo, hizo referencias a las distinciones necesarias entre la acción difusa y la protección de derecho difusos como ejemplo, la reclamación de daños a los arrecifes promovida por una colectividad indeterminada; la acción colectiva en sentido estricto cuando la colectividad es determinada o determinable; y por último la acción homogénea, divisible cuando existe entre las partes un contrato. En Estados Unidos de Norteamérica las *Class Actions* tienen varias funciones, entre ellas el obtener la reparación del daño, así como conseguir que se inhíba la conducta que provocó la pretensión y en consecuencia el ejercicio de la acción colectiva. En México, solo obtuvimos que en caso de obtener una sentencia favorable, ésta condenará exclusivamente a reparar el daño y se realizará el pago para cada individuo en particular. Las acciones colectivas prescriben a los tres años con seis meses a partir de que se causó el daño.

Así mismo el Dr. Hugo Carrasco expuso que se encuentran contempladas figuras como la adhesión a la acción, así como la introducción al proceso colectivo de la figura denominada *Amicus Curiae* ese tercero ajeno que puede proporcionar información al Juez para resolver de mejor manera la controversia.

Por la tarde del 21 de septiembre del 2011 tuvimos la presencia de los maestros Héctor Molina González y Marcela Sosa y Zabre, quienes ante un grupo numeroso de alumnos expusieron las características del proceso ordinario civil, sus fases, la demanda y los requisitos previstos por los artículos 255 y 95 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., las diversas clases de emplazamiento, las diversas posiciones que puede adoptar el demandado, la importancia de la oposición de las excepciones, la audiencia previa, la depuración del procedimiento, la invitación que debe realizar el

juez al avenimiento de las partes, la apertura del plazo probatorio, las pruebas que se encuentran reguladas en el código procesal distrital y las formas de ofrecerlas, admitirlas por el juez, prepararlas y desahogarlas, la fase de alegatos y la emisión del juicio o sentencia definitiva dictada por el juez.

V. DERECHO PROCESAL FAMILIAR

El día 22 de septiembre del 2011, iniciamos nuestro ciclo de conferencias con la participación en una mesa redonda entre la que suscribe y el maestro Gerardo Hierro Molina, maestro y litigante en materia familiar. Nos centramos básicamente en los beneficios procesales que ha traído a la legislación procesal familiar el haber introducido la figura del divorcio incausado, el cual se encuentra regulado dentro del capítulo relativo a los juicios ordinarios civiles, y se concluyó con la necesidad de promover reformas al código adjetivo para incluir un capítulo específico que regule de manera ordenada, sistemática y clara, tanto el procedimiento para obtener el divorcio sin causa, como el que independientemente de que se pretenda obtener una resolución pronta en relación a la disolución del matrimonio, no se puede dejar de lado, el obligar a los jueces, dentro del trámite de divorcio a tomar medidas provisionales en relación a los alimentos, la custodia de los hijos y el control de violencia familiar o el ejercicio de la manipulación o alienación parental para alejar a los hijos de uno de sus progenitores. Se concluyó que es necesario reformar el procedimiento relativo a los incidentes que se promueven una vez dictada la sentencia de divorcio, y promover entre los jueces una efectiva manera de llegar a mediaciones y conciliaciones entre las partes confrontadas para beneficio de toda nuestra sociedad.

La magistrada Patricia Ortiz también se refirió al conflicto que ha suscitado el divorcio sin causa, al dejar para incidentes posteriores la resolución de litigios relacionados con alimentos, guarda, bienes de la sociedad conyugal, etc. Para la magistrada Ortiz, la familia ha evolucionado y su estructura se ha modificado. El rompimiento del matrimonio entre los cónyuges no daña más a los menores, ya que la relación entre los cónyuges ya estaba fracturada desde antes. Se pensaba que al haber introducido la figura del divorcio incausado se tendría menos trabajo en el Tribunal Superior del D.F., pero ahora se presentan más divorcios, y la mayoría de las veces éstos son interpuestos por las mujeres. Para la magistrada, aunque una mujer no haya

pedido alimentos, el juez debe de suplir la deficiencia de la queja y ordenar que se paguen los mismos. Lo importante para los jueces es atender las necesidades de los miembros de la familia, así como contener todos los casos de violencia intrafamiliar que se presenten.

Para cerrar nuestro día de discusión relativo al Derecho procesal familiar contamos con la presencia del magistrado Juan Luis González Alcántara, quien compartió con el auditorio, sus experiencias como juez, magistrado y proyectista en materia familiar, así como también enriqueció su conferencia con una serie de jurisprudencias y expuso la forma en la que resuelve, en una segunda instancia, los asuntos que provienen del proceso surgido ante los jueces familiares. También explicó el mecanismo de los cumplimientos que deben acatar al recibir resoluciones de amparo, provenientes de los jueces federales, ya que la plenitud de jurisdicción les corresponde a las Salas del Tribunal Superior de Justicia del D.F.

VI. DERECHO PROCESAL MERCANTIL

El Dr. Oscar Vázquez del Mercado abordó el tema de los concursos mercantiles y su principal objetivo: salvar el patrimonio del comerciante. Definió al concurso como ese estado jurídico de un comerciante insolvente que es declarado por sentencia judicial en estado de concurso. El concurso se divide en dos etapas: la quiebra y el concurso. Y tiene dos partes, la jurisdiccional y la administrativa. Es autoridad competente para conocer el Juez de Distrito y la Ley de Concursos prevé la constitución del IFECOM, integrado por expertos y especialistas en concursos. El Dr. Vázquez expuso todas las características del proceso hasta la emisión de la resolución definitiva que declara al sujeto a concurso y declara el estado de quiebra.

El maestro Alfonso Casados expuso los antecedentes del Derecho procesal mercantil. Se refirió entre otros a la Ley de las XII Tablas, a los hermanos Monateri en Egipto, al origen del uso de la balanza, hasta llegar a Max Weber, quien calificaba al derecho mercantil como las operaciones racionales de cambio. Se refirió además al Código de Comercio, a la Ley de Enjuiciamiento Civil española. A partir del desmantelamiento del comunismo y el desarrollo de los procesos tecnológicos, las operaciones mercantiles más importantes se realizan a través de la web, o sea, las páginas de internet, con la utilización de los *commoditys*. Para el profesor Casados son pocos los co-

merciantes e industriales que confían en la jurisdicción mercantil y acuden preferentemente a resolver sus controversias por la vía de arbitrajes ante las cámaras de comercio.

VII. DERECHO PROCESAL PENAL

El día 25 de septiembre del 2011, el maestro Elías Polanco Braga nos habló del enjuiciamiento penal mexicano. De los sistemas procesales, y la realidad en el sentido de que se nos trata de imponer reformas a nuestras legislaciones. Se refirió al sistema acusatorio en el cual la víctima tiene a un representante. La fase de instrucción será oral y también el debate y prevalecerá el interés privado sobre el público. En cambio, en los sistemas inquisitivos, la acusación es de naturaleza oficiosa, prevalece el secreto, la escritura y la reserva. La actividad de la defensa es nula y las confesiones se obtenían por medio de la tortura hacia los acusados. Un sistema mixto es aquel que tuvimos en México, en el cual el juez puede allegarse de pruebas. A partir de las reformas penales se introducen una serie de nuevos conceptos como son, entre otros: la carpeta de investigación, el criterio de oportunidad, la autorización del Ministerio Público para acudir directamente ante el juez. Criticó la reglamentación del ejercicio de la acción penal sobre todo cuando se abandona la persecución. Asimismo, existen nuevas actas que se integrarán en el proceso, como el acta de aviso de hechos, el acta de aviso de denuncia, el acta de aviso de testigos, la custodia de los elementos. El Ministerio Público puede aplicar criterios de oportunidad y ello según el profesor Elías Polanco va en contra del principio de legalidad. Al ejercitarse la acción penal, se podrá realizar ante el juez de control, que fija audiencia si consigna, si no consigna pide orden de aprehensión. Desaparece la declaración preparatoria y se le va a llamar auto de vinculación al proceso.

A continuación el Dr. Pedro Hernández Gaona se refirió a la urgente necesidad de unificar las normas relativas al enjuiciamiento penal en México. Criticó el hecho de que desde los años treinta se han realizado a nuestros códigos infinidad de reformas que han provocado un desorden legislativo total. Tenemos 33 códigos procesales penales y nuestra última reforma procesal penal se copió de las legislaciones chilenas, pero ellos no tienen 33 códigos diferentes, sino uno solo. En México empezamos a tener nuestras diferencias entre las legislaciones de nuestros estados. En Chihuahua, ya tres jueces y el Distrito Federal habrá solo un juez, es decir, que cada código

tendrá sus propias reglas. Para el Dr. Hernández Gaona, debería de existir un solo tipo legal de enjuiciamiento penal en el país. En ocho entidades federativas ya se encuentran instaurados los procesos penales orales, y ello no otorga garantía de que se reduzca la criminalidad, ya que los delincuentes simplemente se pasan a otro estado a cometer delitos. Otro gran problema es el constante cambio de procuradores en todo el país, es decir, no existe una continuidad y no se respeta el servicio civil de carrera. Al no haber orden ni sistematización en nuestras legislaciones se vislumbra un futuro incierto para el Derecho procesal penal.

Por la tarde del 26 de septiembre del 2011, se celebró una mesa redonda con la participación de la distinguida maestra Griselda Amuchategui Requena, quien al dar inicio a su intervención recordó a Aristóteles, quien mencionaba que cuando más corrupción existe es cuando más leyes se promulgan. Para la Maestra hay infinidad de leyes. Los legisladores apuestan a incrementar las penas y promueven más leyes todavía. Lo importante debería de ser el bien jurídico tutelado: la libertad, la seguridad, la libertad sexual, etc. Lo grave de la falta de sistematización en nuestros ordenamientos jurídicos consiste básicamente en que en algunos Estados hay delitos que se consideran atenuados en un Estado y agravados en otro. Y por lo que hace al Código Penal Federal maneja punibilidades diferentes. Algo grave es que el feminicidio se regula de manera diferente al homicidio. Lo mismo sucede con el aborto, con los delitos de violencia familiar. Por su parte, el Dr. Carlos Barragán Salvatierra afirmó categóricamente que en México no contamos con una política criminal, no existe una reinserción social, los legisladores simplemente incrementan las penas sin realizar debidos razonamientos. Para el profesor Barragán es difícil llegar a lograr una unificación en los códigos procesales penales ya que tendríamos que cambiar nuestra Constitución Política. Por su parte, la Lic. Patricia Ortega Cubas resaltó el valor de la mediación como mecanismo alternativo para la solución de controversias penales y el revalorar el interés de la víctima del delito, y luchar por una justicia restaurativa.

VIII. DERECHO PROCESAL LABORAL Y AGRARIO

El día 27 de septiembre del 2011 tocó el turno al proceso laboral y agrario. Contamos con la presencia del maestro Alfredo Barrera López y de la Dra.

Bertha Beatriz Martínez Garza. Asimismo, la maestra Quetziquel Flores, invitada de la Universidad Autónoma Metropolitana nos habló acerca de los presupuestos para que proceda la demanda de rescisión laboral en contra del trabajador y la negativa del despido por parte del trabajador y la práctica común de ofrecerle la reinstalación dentro del proceso laboral, como un mecanismo patronal. La ley laboral establece claramente el principio de estabilidad laboral para el trabajador. De acuerdo a su punto de vista y a varias jurisprudencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia, la carga de la prueba se revierte al trabajador cuando el patrón al contestar la demanda ofrece la reinstalación. Si bien los efectos dependen de la calificación que realice la Junta de Conciliación u Arbitraje, lo cierto es que para la profesora Flores sería fundamental valorar la buena o mala fe del patrón a la hora de ofrecer la reinstalación.

Para la presidenta de la Junta Laboral, la profesora Catalina Zavala Olivares no existe igualdad procesal entre las partes dentro de un proceso laboral. El artículo 18 de la ley laboral es claro cuando señala que en caso de duda se tomará lo más favorable para el trabajador. Son trascendentales las figuras de la suplencia de la queja cuando la junta subsana los defectos en la demanda presentada por el trabajador.

Por su parte, el maestro Roberto Barrenechea Molina se refirió a los procesos agrarios en los cuales impera el principio de equidad, sin embargo, cuando se trata de disputas o controversias entre indígenas, se debe de respetar los usos y costumbres y las tradiciones. El Tribunal Agrario tiene las más amplias facultades para decretar la suspensión de los actos que se reclaman. Desde el año de 1992 a instancias del doctor Sergio García Ramírez se instalan los tribunales agrarios, ante los cuales los campesinos presentan sus demandas laborales, ya sea por escrito o por comparecencia. El profesor Barrenechea nos compartió su experiencia con relatos de procesos agrarios, las reglas para el ofrecimiento de las pruebas así como para dictar resoluciones, las cuales no pueden ser impugnadas mediante recursos ordinarios.

IX. DERECHO PROCESAL ELECTORAL

El día 28 de septiembre del 2011, le tocó el turno al Derecho procesal electoral y tuvimos la fortuna de contar con la presencia del Dr. Rodolfo Terrazas Salgado, quien acotó al inicio de su conferencia que hace treinta años no existía una disciplina con el nombre de Derecho procesal electoral. No había

forma de demandar en caso de que existieran conflictos electorales. En 1986 se crea el primer Tribunal Electoral, ya que anteriormente todo lo relacionado con conflictos electorales se tramitaba ante el Congreso de la Unión. En aquella época, con Don Jesús Reyes Heróles, se permite por primera vez que las minorías se encuentren representadas en la Cámara de Diputados. Con Carlos Salinas de Gortari, en un afán legitimador, se crea el Instituto Federal Electoral, como organismo autónomo encargado de la organización de las elecciones. A partir del año 1996, el Tribunal se constituye como parte del poder judicial. El doctor Terrazas se refirió a las diversas probanzas que pueden ser ofrecidas dentro de un proceso electoral y la importancia de la exacta valoración para arribar a la verdadera verdad. Asimismo resaltó el hecho de que a las partes se les otorgue igualdad de oportunidades y expuso al auditorio ejemplos de las pruebas trascendentales que se rinden como son entre otras, las testimoniales, las pruebas técnicas, el recuento de los votos, etc.

X. DERECHO PROCESAL FISCAL Y ADMINISTRATIVO

Se celebró una mesa redonda entre los siguientes profesores: Miguel Ángel Vázquez Robles, el Dr. Oscar Reyes Retana y el Dr. Alfonso Nava Negrete por la mañana del día 29 de septiembre del 2011. El Dr. Miguel Ángel Vázquez Robles inició la discusión, en relación a los juicios fiscales en línea, los cuales tienen por objetivo un sentido expedito en la administración de justicia fiscal. Todo lo que sea para favorecer la impartición de justicia debe de ser bien recibido. Sin embargo, el profesor tiene dudas con respecto a su efectividad, ya que a la fecha existe un rezago impresionante y hay miles de juicios por resolver. El maestro Reyes Retana, por su parte, tiene más esperanza y confía en que los abogados requerimos de instrumentos que nos faciliten el trabajo, si bien desde la entrada en vigor de los juicios en línea, solo existe una sala para resolverlos. Al tener tal rezago en los asuntos, el Tribunal Fiscal va logrando que el particular deje de obtener una resolución para su controversia. Existen en la actualidad muchos problemas relacionados con la confiabilidad y autenticación de los documentos que son presentados vía electrónica. Si bien se han desarrollado sistemas que garantizan la seguridad, para el maestro Vázquez Robles, el trato humano es indispensable. Si bien el tribunal surgió exclusivamente para la resolución de controversias fiscales, desde el año 2000 también resuelve juicios administrativos, y ello implicó un incremento de asuntos. Para el Dr. Vázquez Robles, antes

el proceso fiscal era rápido, sencillo, se otorgaban 15 días para la demanda 15, para la contestación y en 15 días se fijaba la audiencia y se resolvía el asunto. Actualmente un asunto puede tardar en resolverse hasta 6 años. El exceso de trabajo ya no permite que el sistema funcione. Ahora, se cambia el método vía computadora, pero el proceso continúa con los mismos vicios. Los medios electrónicos son mecanismos que ayudan pero no sustituyen. Lo que más lamenta el Dr. Vázquez Robles es no tener más contacto con los secretarios y con los jueces. A la fecha en la que se impartió la conferencia, septiembre del 2011, se habían presentado aproximadamente 70 demandas vía electrónica y el costo por implementar este sistema de administración de justicia ascendió a más de 700 millones de pesos, procesos que dejan mucho que desear pues no se cumplen con los principios de la teoría general del proceso en cuanto a su instrumentalización. Por su parte el Dr. Alfonso Nava Negrete habló de su experiencia como magistrado administrativo y se refirió a que el juicio en línea es un nuevo traje que habrá que usar, sin embargo, criticó la inexistencia de una carrera judicial y la poca preparación de los magistrados. El Dr. Reyes Retana propuso realizar seminarios dentro de los cuales se propongan cambios para otorgar garantías a las partes y ofrecer manuales operativos, como en Estados Unidos, para conocer y familiarizarse con los juicios en línea.

El Dr. Sinué Reyes Sánchez, en cambio, es optimista con los juicios en línea en materia fiscal. Ya existen en muchos países y la tendencia nos lleva cada día con mayor fuerza a valorar la posibilidad de que todos los procesos jurisdiccionales en todas las materias deberán de promoverse electrónicamente. Para el profesor Reyes el punto medular radica en obtener certeza de los documentos que se exhiben como pruebas dentro de los procesos. Si bien a los promoventes se les requiere para que protesten en el sentido de que se conducen con probidad, la buena fe es indispensable. Se hizo la distinción entre los juicios de lesividad y los juicios de nulidad. Declaró que en materia fiscal no impera el principio de equidad, y puso el ejemplo de cuando la autoridad demanda al particular, cuenta en exceso con cinco años de plazo para demandar. La autoridad también tiene las facultades de objetar los documentos exhibidos por el particular. Por lo que hace a los plazos fijados dentro de las diversas etapas probatorias, la autoridad cuenta en exceso con plazos demasiado largos para la conducción del proceso y para la resolución del asunto.

El maestro Hugo Contreras Lamadrid, al final del día de conferencias, nos habló sobre los derechos de defensa de los autores, los cuales se encuentran contenidos en diversas disposiciones legales, como son entre otras la Ley de Derechos de Autor, La Ley de Propiedad Industrial, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, el Convenio de Berna, etc. El profesor informó al auditorio de la forma en la cual se deben proteger las obras para reservar la titularidad de los derechos de las mismas. La importancia de celebrar contratos, registros y las condiciones que se deben de cumplir. El maestro Hugo Contreras se refirió a varios casos prácticos y las infracciones que se presentan en materia de derechos de autor cuando se violan derechos morales o cuando se cometen infracciones en materia de comercio.

XI. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Para finalizar nuestro seminario de conferencias en torno al Derecho Procesal, el Dr. Fabián Mondragón Pedrero, el día 30 de septiembre del 2011, se refirió a las reformas aprobadas a nuestra Constitución, en concreto, al artículo 17 Constitucional, al incluir a los medios alternos para la solución de las controversias. Asimismo, hizo alusión a las reformas relativas a las acciones colectivas y a la protección de los derechos difusos. Precisó que debe de haber una legislación adecuada, ya que hasta la fecha no se encuentra dentro de la legislación una definición exacta y existen incongruencias dentro de las reglas para tramitar una acción colectiva. Si bien, la acción colectiva se identifica con el interés colectivo, que legitima a un grupo de personas determinadas, por lo que toca al derecho difuso, se trata de personas indeterminadas. El Dr. Mondragón precisó que estas acciones colectivas deberán de ventilarse exclusivamente ante los jueces federales mexicanos y solo se encuentran legítimas para ejercerlas, entre otros, el Procurador de la República o, también, 30 personas que se encuentren constituidas en una asociación civil y que dentro de su objeto social se le permita ejercer estas acciones colectivas.

El Dr. Roberto Terrazas Salgado concluyó con el tema de moda en materia de Derecho procesal constitucional, es decir, el control de la convencionalidad y se refirió a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, con la recomendación de conocer la existencia de más de 170 tratados

que tiene celebrado nuestro Estado mexicano para ser invocados en nuestros amparos y procesos constitucionales.

CONSTITUCIÓN Y PROYECTO NACIONAL

Armando SOTO FLORES*

Desde la aparición del constitucionalismo moderno en Francia, se modifican añejas estructuras políticas y se busca en la constitución, especialmente en la escrita, la consagración expresa y precisa de los principios a instituciones que habrán de dar forma y fin al Estado moderno; es por ello que la constitución se convierte no solamente en una compilación más o menos estructurada y sistematizada de las reglas que imperan en la estructura del Estado y la consagración de los derechos mínimos del hombre, si no en un proyecto futuro, en la fijeza de las esperanzas, los objetivos del conglomerado humano que en su conjunto forma el concepto de nación, con una identidad de lenguaje, de religión, costumbre, pero sobre todo con un origen común y un futuro compartido.

Es por ello que cada pueblo, cada nación, al momento de formular la constitución que habrá de regir en lo futuro sus actos, busca que esta sea lo más cercana posible a sus aspiraciones futuras. Sin embargo, este fenómeno político no podemos considerarlo como estático, sino todo lo contrario, se nos muestra dinámico, cambiante, tal y como es la naturaleza humana. Con esto queremos decir que los proyectos que se plasman en un texto constitucional varían, tanto en el tiempo como en el espacio.

México a lo largo de su devenir histórico no ha estado alejado de este fenómeno, ya que a través de sus diversos textos constitucionales las expectativas de sus habitantes, su proyecto de nación, se ha modificado de forma constante, pero veamos como se han dado estos cambios, a través de las principales leyes fundamentales.

Analicemos en primer término la Constitución de Apatzingán de 1814, época en donde los independentistas tenían un proyecto de nación fincado en la igualdad (principalmente los criollos para con ello tener acceso a los

* Profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

altos mandos políticos). Dicho texto establece en su artículo 5: “La soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos baxo la forma que prescriba la constitución” (texto copiado fielmente), con lo que se sepultaba la soberanía del rey respecto a estas tierras, que todavía proponía Rayón en sus elementos constitucionales. Se establece asimismo la igualdad y la religión católica como la oficial. Podemos concluir que ésta es una constitución fundamentalmente asambleísta.

En la Constitución de 1824, finalmente resulta triunfadores aquellos que podríamos calificar como liberales, federalistas y republicanos con una religión de Estado que es la católica y con un sistema político que tiene una influencia fundamental tanto de España como de los Estados Unidos de América.

A partir de entonces encontramos un constante enfrentamiento entre las fuerzas políticas, los monárquicos contra los republicanos, escoceses contra los yorkinos, federalistas contra centralistas, liberales contra conservadores, lo que hace que no exista un proyecto de nación definido, y como consecuencia vamos del centralismo al federalismo y perdemos parte de nuestro territorio, por injerencia fundamentalmente de los Estados Unidos de América.

La Carta de 1857, al triunfo del grupo liberal, impone su proyecto de nación, que se sustenta en el capítulo de las garantías individuales de la constitución, la permanencia del juicio de amparo y la no confesionalidad del Estado mexicano. Bien podríamos calificar que durante el gobierno de Juárez, Lerdo de Tejada y Porfirio Díaz, el Estado mexicano actuó como un simple vigilante del estado de cosas y quizás valga la pena ratificar que fue el liberalismo individualista –el dejar de hacer, dejar pasar– el que prevaleció en nuestra nación. Sin embargo, este proyecto de nación sufrió el desgaste natural, lo que desembocó en el movimiento armado de 1910, y en un nuevo congreso constituyente en 1916-1917.

Este congreso constituyente establece por primera vez en el mundo los derechos sociales del hombre, a través de los artículos 3, 4, 27 y 123 principalmente, crea un nuevo concepto de propiedad: la social, a través del ejido y la expropiación subordinada, y desconoce las iglesias; continúa con el régimen federal y la división de poderes que vienen a conformar así el proyecto de nación.

Estos han sido, en resumen, los diversos proyectos de nación, que México ha expresado en sus constituciones, pero como hemos señalado anteriormente, no es un proceso político-social-económico estático, sino dinámico. Nuestro proyecto de nación cambia conforme logramos avanzar o retroceder respecto del mismo; y muestra de ello, son las más de 500 reformas a nuestra Carta Magna, a través de ellas nuestro proyecto nacional se ha modificado constantemente, ya que cada uno de los gobernantes ha impreso al texto constitucional su muy particular concepción de la nación. Así, Lázaro Cárdenas imprimió su visión socialista de la propiedad y la educación, y de la misma forma, Salinas de Gortari modificó la relación iglesia-Estado.

Además, nuestro proyecto no ha sido trazado totalmente por nosotros mismos, sino que éste ha formado parte de las grandes tendencias mundiales, principalmente en estos tiempos de integración, en donde tal parece que el concepto de soberanía viene a replantearse. Así, hemos recibido una enorme influencia, por ejemplo, al escoger el sistema federal o al determinar nuestras políticas económicas de acuerdo a sugerencias y recomendaciones de organismos internacionales.

Mediante la planeación se fijan objetivos, metas, estrategias y prioridades, y todas vienen a materializar un proyecto, mismo que nos establece nuestra Constitución en su artículo 26, al señalar:

El estado organizara un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y democratización política, social y cultural de la nación... Los fines del proyecto nacional contenidos en esta constitución determinaran los objetivos de la planeación, la planeación será democrática.

Para dejarlo más claro, nuestro artículo 3º nos establece en su fracción II, inciso A): “considerando la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultura del pueblo”.

Como opina el maestro Rabasa: “La planeación democrática no será resultado de un capricho gubernamental, sino que surgirá de las peticiones, reclamos y demandas que le presentan los diversos sectores sociales. He aquí la enorme diferencia entre la dictadura y la democracia: la democracia no sólo oye, si no que consulta”.

Como fácilmente podemos observar, la propia Constitución, a lo largo de su texto y en todos y cada uno de sus artículos, establece el proyecto de

nación en que deben fundarse la planeación nacional, y estamos que del texto del artículo 3ro desprendemos que esta debe buscar el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿cómo es nuestro proyecto?; ¿es acaso el más adecuado?, ¿está acorde a nuestra realidad? o ¿hacia dónde debemos caminar? Para contestar estas preguntas hagamos un breve análisis de los tres principales factores que hacen un sistema político funcione adecuadamente, es decir: el político, el económico y el social; tomando en cuenta que si uno rebasa a los otros dos, pueden ocasionar un conflicto en el sistema.

Lo político

Es necesario que en base al Plan Nacional de Desarrollo se establezcan bases firmes que permitan una autonomía de cada uno de los poderes federales, es decir, un respeto de parte del ejecutivo a las tareas encomendadas al legislativo y al judicial; y en razón a la reforma constitucional de 1994 erradica los nombramientos del poder judicial de tipo político, además de que en las iniciativas de ley del ejecutivo se cuiden los aspectos de constitucionalidad que eviten verdaderos atentados al Estado de Derecho; y que respecto al legislativo se controle la continua reformabilidad a nuestra Constitución, con el objeto de que sus preceptos sean lo más permanente posibles.

El federalismo es otra cuestión que no se debe dejar fuera, los municipios y los estados reclaman una autonomía auténtica, principalmente en materia financiera; y en cuanto al Distrito Federal es necesario plantear la elaboración de la Constitución Política de la Ciudad de México que permita a los habitantes de la ciudad más grande del mundo tener los mismo derechos que los demás mexicanos.

También resulta de vital importancia una nueva reforma electoral que propicie una mayor participación ciudadana en los procesos electorales, así como un replanteamiento en cuanto a la regulación de los partidos políticos, para que al interior de los mismos se propicien prácticas democráticas, que les permitan recuperar presencia y legitimidad ante el electorado.

Asimismo deben propiciarse medios que permitan a la ciudadana una participación más activa y constante, que podría ser a través de mecanismos como referéndum y el plebiscito, y por supuesto, algo que se considera ur-

gente: el establecimiento de la segunda vuelta electoral para las elecciones presidenciales.

Lo económico

En estos momentos de crisis este tema resalta por su importancia, y es necesario trabajar cotidianamente en ello, por lo que se hace necesario que replantemos la situación de México frente a sus socios comerciales, cimentar nuestra economía nuevamente y, por supuesto, integrarnos totalmente y plenamente a las economías mundiales: Estados Unidos, China, Brasil y la comunidad europea.

El control que tengamos sobre la economía será un factor decisivo para vencer la crisis, y con esto, deben intervenir no sólo el ejecutivo, sino el legislativo y el judicial de forma conjunta.

La micro y pequeña industria, sin lugar a dudas ha sido la más afectadas en los últimos años, por lo que se deben establecer mecanismos que fomenten la productividad y competitividad.

Lo social

Lo político y lo económico deben repercutir en el mejoramiento de los niveles de vida de los mexicanos, por lo que es necesario apoyar los programas de tipo social, principalmente el empleo, a través de inversiones extranjeras, y muy especialmente la educación, de lo contrario, lo social puede no sólo rebasar, sino avasallar a lo político y a lo económico.

Todo lo anterior debe emitir que el proyecto de nación de nuestra Constitución se cumpla el proyecto del México democrático, justo, igualitario, respetuoso... y para llegar a ese objetivo tenemos un solo camino, el de la unidad y el del Derecho.

ARTÍCULOS

ARTICLES

ESTRUCTURALISMO Y TEORÍA DE SISTEMAS

STRUCTURALISM AND SYSTEMS THEORY *

Julio Ángel CARDONA MARTÍNEZ**

RESUMEN: La presencia de los cuerpos teóricos del estructuralismo y la teoría de sistemas, puestos en actualidad por acontecimientos que desprendieron el desenlace de la segunda guerra mundial, con pretensiones sobre investigaciones de realidades de la sociedad y el hombre en su individualidad, que como pensamiento de los autores puestos en cita en grandes líneas, muestra si bien no transformaron nuestro universo intelectual del modo que pretendieron, son de considerable y perdurable importancia al conocimiento actual preocupado en la relación hombre-sociedad, lenguaje-comunicación, identidad-diferencia, etc. en ámbitos diversos de las disciplinas sociales incluidos el derecho y la política.

PALABRAS CLAVE: Lenguaje, estructura, sistema, diferencia, comunicación

ABSTRACT: The presence of the theoretical corpus of structuralism and the theory of systems, places in actuality for happenings that separate the outcome of the Second World War, with claims over there search of realities on society and mankind on his individuality, that like the thinking of authors that position quotes in greatlines, show that our intellectual universe is not transformed the way it was attempted, it is of considerable and lasting importance to existing knowledge concerned with the relation of man-society, language-communication, identity-difference, etc., in various fields of social science disciplines, including law and politics.

KEYWORDS: Language, Structure, System, Difference, Communication.

*El artículo forma parte del curso de Teoría Política impartido por el autor en la licenciatura de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Profesor Titular por Oposición en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El estructuralismo*. A) *Los orígenes*. B) *El concepto de estructura*. C) *El estructuralismo en la teoría social actual*. III. *La teoría de sistemas*. A) *Antecedentes*. B) *El sistema es la acción*. C) *El sistema político*. D) *La teoría de sistemas de Luhmann*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El estructuralismo y la teoría de sistemas desarrollados como cuerpos teóricos muestran en común momentos próximos a la segunda gran guerra del siglo xx, los contextos donde principalmente se asientan sus desarrollos son diferentes en cuanto el primero en la Europa Continental y el otro en Norte América; consecuentemente, las sociedades presentes en esos contextos y las corrientes doctrinales también se presentan diferenciadas, en ambos cuerpos teóricos los propósitos se centran en la sociedad toda e igual sus planteamientos. La complejidad de la época y las pretensiones metafísicas en retirada al igual que otras corrientes, imponían en principio proximidades con la realidad social toda, y en esa dirección se aprecian las líneas de partida que concluyeron en las teorías que se presentan. Una última consideración, en cuanto la política no fue el propósito principal como se muestra sino producto de sus análisis, esto de ninguna forma significa que pierdan o no tengan pertinencia con los objetivos del programa de la asignatura de Teoría Política, sólo que cualquier exposición analítica de esas teorías pasan a ser principalmente sociales, y como dispone el objetivo general de la asignatura en el plan de estudios, la política resulta en ambas teorías ámbitos, sistemas o subsistemas según el caso, a interrelacionar con el gran proceso de organización que involucra a la sociedad toda en su desarrollo.

II. EL ESTRUCTURALISMO

Una vez concluida la segunda guerra mundial, que envolvió a la humanidad con dimensiones y manifestaciones hasta entonces desconocidas, se pone en actualidad la reflexión sobre su destino y frente al hombre concreto en su unicidad y singularidad (toda vida humana es única, valiosa e irrepetible), así como su libertad e historicidad (el hombre con libre albedrío <en que

quedan claro restricciones que en metáfora del Juez Oliver Holmes¹ en la teoría constitucional estadounidense: “nadie es libre de gritar fuego en un teatro lleno” e igual en actual propuesta kantiana de Jürgen Habermas²: “Nadie puede ser libre a costa de la libertad de otros” y una esencia histórica extendida a situaciones límite). El humanismo activo estaba presente en aquella actividad que buscaba y quería ser práctica con aportes que mantuvo valiosos conceptos en la filosofía, la literatura y el arte; la vía seguida por la filosofía analítica (Wittgenstein, Carnap, *et al.*)³ al proponer una explicación semántica en la idea de verdad como interpretación posible en los juicios analíticos, igual se constituía y relanzaba a otras áreas como la política, el derecho; en fin, un mundo que se hallaba en evolución general en el que lo simbólico se hizo presente, igual el fenómeno del lenguaje humano contempló aspectos de contenido.

Época en que por el curso de los acontecimientos hizo presencia una conceptualidad completamente distinta, que desde principios del siglo xx se había realizado en la lingüística y la estética con alguna influencia en la antropología, la filosofía de la historia, etc., y así manifestarse abiertamente como actitud fundamental en el arte, la ciencia y la filosofía en la década de los cincuentas, para poner en tela de juicio la singularidad y autenticidad del hombre en el sentido autárquico tradicional, con una posición identificada en el sentido de que: “En el trascurso de una vida humana, sólo algunas veces y por breves instantes asoma el hombre; por lo general hay que considerarlo como simple elemento de un sistema más vasto. Más que de la libertad del hombre habría que hablar de su imbricación y de su vinculación estructural. Sólo raras veces se destaca su conciencia como autarquía del ser; es más bien un producto del ser, que sólo entendido así puede resultar operante y productor; la conciencia no hay que tomarla como condición, sino como algo condicionado”.⁴

¹ LONGAKER, Richard P., *El gobierno constitucional de los Estados Unidos*, s.t., Servicio de Información de los Estados Unidos, USA, 1969, p. 20.

²HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1998.

³VELARDE Julián L., *Análisis / Síntesis, en Compendio de epistemología*, editores Jacobo Muñoz y Julián Velarde, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 36.

⁴BROEKMAN, Jan M., *El estructuralismo*, trad. Claudio Gancho, Barcelona, Editorial Herder, 1979, p. 8.

A) *Los orígenes*

La palabra “estructuralismo” apareció concretamente en Praga con motivo de celebrarse una sesión del Círculo de Praga en el año de 1935 para deslindar la actividad de ese círculo del formalismo ruso, la historia de este formalismo ruso hay que señalarla como influencia de la lingüística de De Saussure que por los años 1906-1911 dio en Ginebra tres cursos sobre lenguas indoeuropeas⁵, los que abrieron paso a la idea de que la historia de una lengua hay que entenderla como sucesión de estados de un sistema concomitante o sea por su estructura y su organización; en su postura, Ferdinand de Saussure quien pone de manifiesto su punto de partida: “La lengua es un sistema riguroso y la teoría debe ser un sistema tan riguroso como la lengua”, distingue la lingüística de la filología y la ciencia del lenguaje de la ciencia del hablar, a ello contribuye su pareja de conceptos *langue* como lengua misma, un sistema social de signos y sonidos con los que puedo expresarme, y *parole* alude al empleo concreto del lenguaje, el habla, a ello se añade el concepto de *faculté de langage* que apunta a la disposición humana para poder hablar una lengua natural, sea la que fuere, y en el sistema de signos distingue dos componentes: *le signifiant* como expresión y *le signifié* como contenido, donde la relación entre ambos representa el núcleo propiamente constitutivo del signo; también el contraste entre sincronía y diacronía juega un papel relevante, una lengua se entiende incluso mejor cuando pasan al primer plano las relaciones que los elementos lingüísticos tiene al mismo tiempo, es decir, cuando se toma la sincronía de la lengua: sincronía como sucesión y diacronía como suceso.

En el camino del pensamiento estructuralista, están presentes las raíces del formalismo ruso con su huella en tres etapas: Moscú-San Petersburgo, Praga y París. Se trata de un formalismo como importante corriente de la vida intelectual rusa de los años veinte, que comprende ante todo una teoría literaria y estética en que ni la biografía del artista, ni los aspectos políticos o filosóficos de su mundo, ni los factores psicológicos o sociológicos pueden explicar plenamente la obra literaria; la autonomía de esa obra no permite buscar su justificación en motivaciones extra literarias, por consiguiente el análisis de tal obra sólo puede ser literario, se puede concluir que el formalismo no derivó de empeños matemáticos o filosóficos, esa concepción enlaza con la lingüística de la Escuela de Ginebra y uno de los representantes

⁵DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, trad. Mauro Armiño, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

fue Roman Jakobson. Hecho a destacar, es que en el periodo de elaboración de esa teoría que diluía la vinculación entre literatura y sociedad, en Rusia el pensamiento marxista se convertía en la doctrina dominante y dio lugar a un debate que hubo de interrumpirse debido al creciente dogmatismo que asumió el marxismo de la época; a destacar, por que es a partir de los cincuenta del siglo xx cuando se debate en Europa sobre la concepción estructuralista dentro del marxismo.

El pensamiento checo llevó al estructuralismo a su desarrollo, se inicia al librarse del formalismo y de la exclusividad de la ciencia del lenguaje sin perder la función modélica de la lingüística, en modelo aplicado primero a la estética y luego a cuestiones complejas relativas a la realidad social; así resulta por la evidencia de que un lenguaje natural ya no basta para expresar conceptos y representaciones respecto a la relación del hombre con la realidad, las relaciones abstractas como unidades construidas han pasado a ser objeto de observación, la teoría explícita y comprende a la teoría, las relaciones ilustran el carácter de otras relaciones y surge así un mundo de conceptos nuevos con consistencia propia. Un trayecto donde aparece el propio Jakobson que trabajaba en Praga desde 1920 y seis años después edita su trabajo “Sobre el verso checo”, igual la fenomenología que ejerció influjo especialmente donde perseguía la rehabilitación de lo ideal y en conexión con un esclarecimiento del modo y manera como se nos ofrece la realidad, lo cual no sorprende, Husserl pronunció conferencias en la Universidad Carolina y para el Circulo de Praga sobre fenomenología del lenguaje en noviembre de 1935, Patocka⁶ discípulo de Husserl y miembro del Circulo, al exponer las razones de esa vinculación señala que: “De este modo volvía también a replantearse el antiquísimo problema del a priori; pero ya no en la forma escueta, dura y subjetiva del kantismo, sino como un a priori que representa el circulo interno, la íntima estructura objetiva de las cosas y realidades. ...”, como esfuerzo por penetrar la totalidad que iluminó la idea de una estructura ideal en lo específico de la creatividad humana, que destaca los límites puestos por la intervención humana dentro de la realidad y lo específico de la creatividad humana reconocido como técnica, es una temática que toma como base el pensamiento a favor de una amplia idea de la actividad humana en la que surgió la descripción del estructuralismo con terminología que desvanece las posiciones tradicionales.

El estructuralismo francés en opinión de Broekman⁷, recapitula el pensamiento estructuralista que precedió a la segunda guerra mundial pero cambió la perspectiva que dio origen a nuevas combinaciones. La autonomía de

⁶Cfr. BROEKMAN, *op. cit.* pp. 75-117.

⁷*Ibidem*, pp. 119-167.

lo formal buscaba la confirmación de lo idéntico en la generalidad de todo lo diferenciado por la ciencia y la “fenomenalidad”; tal diferencia se manifiesta en todas las consideraciones antropológico-culturales, lingüísticas y filosóficas, sin destruir por ello el hecho de esa identidad. El tema de la identidad y diferencia es revalorizado en el pensamiento estructuralista, salta a la vista el problema del orden convertido en objeto de la filosofía, que Barthes⁸ lo reduce a una actividad estructuralista en cuanto se trata de un punto de vista firme de un *corpus* de conocimientos científicos o filosóficos caracterizado por un hacer o actividad constituida en lo esencial por dos operaciones típicas: la descomposición y el arreglo o recomposición (*arrangement*), operaciones que si bien no son fin en si mismas, determinan el objetivo de la actividad estructuralista: “hacer que se manifiesten nuevos objetos”, de ahí el empleo de conceptos fundamentales, tales como los de estructura-series-orden, adquieren una nueva perspectiva. En tal sentido, que consecuentemente con Barthes, hablaríamos de una sucesión regulada de un determinado número de operaciones mentales con propia terminología específica, cambio que no dejó de producir la sensación de vivir en un mundo distinto, no de individualidades, procesos históricos, decisiones más o menos libres, sino en un mundo de reglas, “un mundo-partitura” (Lévi-Strauss), un “orden de símbolos” (Lacan).

B) *El concepto de estructura*

El peso principal de esta actividad estructuralista descansa en el concepto de estructura, pero los pensadores estructuralistas poco se han ocupado del concepto. Se emplea para describir un organismo, una sociedad, una cultura, un cristal o máquina, en fin cualquier cosa con tal que no sea amorfa, posee una estructura. Desde luego existe consenso de que estructura se refiere a ciertas asociaciones, *v. gr.* que una estructura es un complejo de relaciones, en ella la dependencia de las partes (elementos) se caracteriza por sus relaciones con el todo (totalidad). En el estructural funcionalismo, como método de la sociología y la ciencia política, también se acude a la noción de estructura para referirse a las pautas ordenadoras de las funciones. De todas formas, las invocaciones de estructura que coexisten o le preceden al estructuralismo no pueden identificarse con el estructuralismo abordado que se remonta a De Saussure y se ha desenvuelto en la lingüística para proyectarse

⁸*Ibid*, p. 170 .

a otras disciplinas, la actividad estructuralista se apoya en algo más que el simple operar con ese tipo de asociaciones.

Uno de los pocos estructuralistas de la corriente francesa que escribió específicamente sobre el tema, el ginebrino Jean Piaget⁹, indica que “una estructura es un sistema de transformaciones que, como tal, está compuesto de leyes (por oposición a las propiedades de sus elementos), y que se conserva o enriquece por el juego mismo de sus transformaciones, sin que éstas terminen fuera de sus fronteras o recurran a elementos exógenos. En resumen, una estructura comprende tres características: totalidad, transformaciones y autorregulación.” a) *La totalidad* en la estructura formada de elementos, estos se subordinan a leyes llamadas de composición que caracterizan al sistema, no se reducen a asociaciones acumulativas, sino que confieren al todo como tal, propiedades de conjunto distintas de las de los elementos; b) *Las transformaciones*, si las totalidades estructuradas resultan de sus leyes de composición, son entonces estructurantes por naturaleza, dualidad de ser siempre y al mismo tiempo estructurantes y estructuradas, lo cual asegura su inteligibilidad por su ejercicio mismo una actividad estructurante sólo puede consistir en un sistema de transformaciones; y c) *La autorregulación*, que consiste en regularse ellas mismas lo que produce su conservación y un cierto hermetismo, dos resultantes que dan como consecuencia que las transformaciones inherentes a una estructura no conducen fuera de sus fronteras, sino que engendran sólo elementos que pertenecen a la estructura y conservan sus leyes.

Las observaciones críticas que recaen a la concepción hipotético-deductiva, aún asumiendo que la estructura del objeto está dominada por la lógica de esa estructura, persisten en cuanto las dificultades de no poder eliminarse la plurivalencia en análisis de estructuras sociales, por ejemplo, sistemas de parentesco en el sentido de Lévi-Strauss (cuñado= esposo de la hermana y no a la esposa del hermano), la sociología de Parsons en cuanto al valor, etc.; por tanto, se menciona que tres aspectos críticos han de considerarse en el empleo estructuralista del concepto de estructura: i) La polisemia (pluralidad de significados) del concepto de estructura pareció hasta entonces insuprimible, por distinto significado dentro de autores como Lévi-Strauss, Foucault, Barthes; ii) La contextualidad, en cuanto ningún elemento aislado del sistema puede definirse si no es por su relación de oposición con todos los otros elementos, y esto vale para lo conociente mismo (el sujeto, firme punto de partida para cualquier teoría idealista del conocimiento, ha sido eliminado; lo excéntrico se manifiesta en la necesaria contextualidad,

⁹PIAGET, Jean, *El estructuralismo*, trad. Claudia A. Loeffler Berg, México, Publicaciones Cruz O., 1995, pp. 5-15.

ese pensar que se hace problemático cuando se aventura a ex-ponerse); y iii) La permeabilidad, en cuanto descripciones científicas y no científicas de la estructura alternan constantemente en el estructuralismo y funcionan indistintamente, esa permeabilidad remite a la relatividad del contenido y a la primacía de lo formal y relacional, por tanto el estructuralismo como actividad puede describirse sólo como un proceso de toma de conciencia sobre ciertos principios metodológicos, mientras que falta una teoría del método. Este análisis crítico expuesto en 1971 a manera de sumario en los tres puntos precedentes, se mantuvo por Broekman¹⁰ no obstante que antes en 1968 Piaget planteara el carácter de totalidad de las estructuras, donde explicó los numerosos problemas relativos a su naturaleza y a su modo de formación en las totalidades sociales (clases sociales, sociedades enteras y otras), así como un sistema de transformaciones con su dinámica y hermetismo y no de una forma estática cualquiera.

En la definición de estructura que antecede, a propósito de la parte que se cita “como sistema de transformaciones compuesto de leyes (por oposición a las propiedades de sus elementos)”, cabe comentar la preocupada visión del jurista español Hernández Gil¹¹ por la necesidad de una penetración analítica en el saber jurídico, que tiene al “estructuralismo como una descripción del todo y los detalles con posibilidades en la medida que se haga con él ciencia, no teoría de la ciencia”. Su punto de partida: sería lograr explicar el Derecho como derecho y afirma que así ha procedido la lingüística; e insiste al remarcar la idea, por que observa la inclinación de tomar por análisis estructural o como tema propio del mismo, el estudio de la incidencia de las estructuras socioeconómicas en la ordenación jurídica o, menciona sin inhibición, “en la estructura del Derecho”. La consideración del Derecho, prosigue sin negar la correlación derecho-hechos sociales, en cuanto condicionado e influido por las fuerzas sociales y económicas como hecho cierto, constituye una explicación dialéctica pero no es estructuralismo jurídico (no explica el autor si refiere inclusive dialéctica negativa), para utilizarle como método para llevar a cabo hasta donde sea posible la fijación de lo jurídico, abriendo una vía para el examen de las condensaciones estructurales sobre las que manifiesta: “frente al dogmatismo de la razón que todo lo inmoviliza y frente al relativismo de las explicaciones históricas que tiende a las diversificaciones y los cambios, el estructuralismo adviene como una llamada de atención en busca de estabilidades y regularidades”.

¹⁰ PIAGET, Jean, *op. cit.* pp. 15-21.

¹¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Saber jurídico y lenguaje*, Obras completas, t. VI, Madrid, Epasa-Calpe, 1989, pp. 96-98.

En desarrollo de la observación que antecede, Hernández Gil¹² apoya sus consideraciones en el capítulo III “Identidades, realidades, valores” de la lingüística de De Saussure¹³, al indicar que un hecho diacrónico es “un suceso que tiene su razón de ser en si mismo; las consecuencias sincrónicas particulares que se puedan derivar le son completamente ajenas”, entonces no tienden a cambiar el sistema lo cual descarta una evolución o cambio como tal, sólo sufren alteración ciertos elementos sin atención a la relación de cooperación que los vincula, lo cual parece una seria recusación a la historia y la centralidad del hombre, igual falta un determinismo por ser también de carácter fortuito, para dejarnos la cuestión: ¿en la política los cambios entonces se producirían al margen de toda intención?, en que por otra parte no señala umbral o dimensión o totalidad alguna. El acto cognoscitivo en cuanto dirigido a constatar la irrupción de un hecho, no excluye la consideración de éste en el conjunto más complejo que es el proceso; entre el hecho individual y el sistema en que se consolida esta el proceso que viene a representar el incesante movimiento de las correlaciones sucesivas, *v. gr.* el Derecho romano como proceso y sistema del derecho feudal, lo percibe a diferencia de la lingüística de De Saussure, para la noción de valor, lo que es básico para la comprensión del sistema como régimen de diferencias u oposiciones. El tiempo no los destruye, lo que hace es privarlos de vigencia y no se les identifica por su valor sino por su vigencia. Lo anterior, en contraste a que la arbitrariedad posible en la formación de la lengua queda eliminada o limitada a través de la aceptación colectiva (sin embargo, De Saussure sólo asigna a las reglas lingüísticas sincrónicas la nota de generalidad o regularidad), les falta una fuerza interna que garantice el mantenimiento de la regularidad, aunque puede verse que no es argumento suficiente para que no tenga alguna manifestación de imperatividad, que puede existir por la necesidad de entenderse. (En Derecho, las fisuras o inaplicabilidades no se traducen en negación de la ley).

En la utilización de estructuras en los estudios sociales, en oposición a los valores espontáneos, Piaget¹⁴ afirma que las estructuras sociales que tratan de las normas presentan en cambio un marcado carácter operativo en el sentido lógico del término. Argumentando al respecto en cuanto al derecho, como:

H. Kelsen caracterizó la estructura del derecho como una pirámide de normas, cimentada por una relación general de implicación entre normas que él llama

¹²*Ibidem*, pp. 196 y ss.

¹³DE SAUSSURE, *op. cit.* pp.154-158.

¹⁴*Ibidem*, p. 91.

la *imputación*: en su cúspide se encontraría la *norma fundamental* que funda la legitimidad del todo y en particular de la Constitución; de ésta deriva la validez de las leyes que fundamenta, la de los actos de gobierno o del poder de los tribunales; de ahí el carácter legal de los *decretos*, etcétera, hasta la multiplicidad de las *normas individualizadas* (juicios penales, acuerdos, nombramientos individuales, diplomas, etcétera). Pero si esta bella estructura puede fácilmente ser expresada en forma de una red algebraica (en la medida en que cada norma es a la vez *aplicación* de normas superiores, salvo la fundamental, que no tiene nada arriba de ella; y creación de las inferiores, salvo las normas individualizadas, que no engendran ya nada bajo ellas), ¿cuál es entonces su naturaleza? Naturaleza social, dicen seguramente los sociólogos, pero Kelsen responde que la norma (o el *sollen*) es irreductible al hecho (o al *sein*). Naturaleza intrínsecamente normativa, sostiene Kelsen mismo, pero, ¿a qué vincular en este caso la <norma fundamental>, si no resulta del acto de *reconocimiento* por medio del cual los sujetos de derecho le confieren su validez? Estructura ligada a la naturaleza humana como tal, piensan los partidarios de un derecho *natural*: solución evidente para quien cree en la perennidad de esta naturaleza humana, pero simple círculo para quien busca comprender lo referente a su formación.”

C) *El estructuralismo en la teoría social actual*

El manual para cursos de licenciatura (USA,CAN) de teoría sociológica contemporánea de Ritzer¹⁵ alude: “es difícil que el estructuralismo francés logre aceptación general en sociología. Existen ante él barreras cuasi insuperables. David Goddard (1976) llegó a la conclusión de que el estructuralismo no sólo tiene poco que ofrecer a las preocupaciones tradicionales de la sociología, sino que supone también una enorme amenaza para sus intereses. Por ejemplo, los estructuralistas muestran escaso interés por cuestiones microsociológicas tradicionales tales como la conciencia creativa, los actores, la acción, la conducta y la interacción. Es difícil encontrar en el estructuralismo una preocupación por el actor y por los diversos procesos que se dan en el nivel individual.”; y agrega cita de David Goddard de su *On Structuralism and Sociology* de 1976:

Francamente, si existieran leyes de organización estructural en las sociedades grandes y heterogéneas –leyes relativas a fenómenos importantes tales como la

¹⁵RITZER, George, *Teoría sociológica contemporánea* 3a ed., trad. María Teresa Casado Rodríguez, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 420.

clase, la burocracia, el poder, el cambio, el desarrollo, la solidaridad y las diversas interrelaciones entre estos fenómenos— el análisis estructural sería incapaz de proporcionar los supuestos, teorías o métodos necesarios para descubrir esas leyes.

En análisis para mostrar que parte del legado intelectual del estructuralismo considera aprovechable, no sin exposición crítica, Giddens en sucesivas obras de 1979¹⁶ y 1987¹⁷ en relación de autores que incluye a De Saussure, Lévi-Strauss y Barthes haciéndola extensiva como postestructuralistas a Foucault, Lacan, Althusser y Derrida, señala que aun cuando tratan los temas de formas diferentes, pueden considerarse características distintivas y persistentes en ellos las relativas a: 1) Los problemas lingüísticos; 2) La naturaleza relacional de las totalidades; 3) El descentramiento del sujeto; 4) La estructura y el texto; y 5) Historia y temporalidad, quien concluye en amplia exposición crítico-propositiva a diferencia de Ritzer, que no hay uno sólo de estos temas que no toque problemas de importancia para la teoría social actual, por que sin duda aunque no transformaron nuestro universo intelectual del modo en que a menudo se pretendió, son de considerable y perdurable importancia.

Problemas lingüísticos

En Saussure la lengua es un sistema idealizado, deducido de los usos particulares del habla pero independientes de estos. Los contenidos acústicos reales del lenguaje son, en cierto modo, irrelevantes para el análisis de la *langue*, pues se trata de estudiar las relaciones formales entre sonidos, o signos escritos, no su propia sustancia. Aunque persisten un cierto mentalismo y una cierta dependencia de la psicología, en principio la lingüística se desliga claramente del resto de las disciplinas que se ocupan del estudio de la actividad humana; también la fonemática se diferencia con claridad de la fonética, que tiene una importancia relativamente marginal respecto al núcleo central del análisis lingüístico. Esto entraña que existe una inconsistencia en el núcleo de la concepción de *langue* de De Saussure: por una parte, considera que la *langue* es en último término un fenómeno psicológi-

¹⁶GIDDENS, Anthony, *Central problems in social theory. Action, structure and contradiction in social analysis*, London, MacMillan Education Reprinted, 1988, pp. 9-48.

¹⁷GIDDENS, Anthony, *El estructuralismo, el postestructuralismo y la producción de la cultura*, en *La teoría social hoy*, GIDDENS, Anthony y TURNER, Jonathan (editores), Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 254-289.

co organizado en función de propiedades mentales; por otra, la lengua es un producto colectivo, un sistema de representaciones sociales, de esta manera si la lengua se considera una realidad mental, el signo no puede ser arbitrario y su significado no puede en modo alguno definirse por sus relaciones con los elementos sincrónicos de la lengua.

Lévi-Strauss y Barthes han reconocido que el principio básico del estructuralismo consiste en la aplicación de procedimientos lingüísticos en otras áreas de análisis. Lévi-Strauss en *Las estructuras elementales* compara explícitamente sus objetivos con los de la lingüística fonológica y añade que los lingüistas y los científicos sociales “no solamente aplican los mismos métodos, sino que estudian el mismo objeto”, lo que consideraría “realidades fundamentales y objetivas consistentes en sistemas de relaciones producto de procesos de pensamiento inconscientes”. El así llamado “giro lingüístico”, al menos en sus formas más valiosas, no implica una extensión de las ideas tomadas del estudio del lenguaje a otros aspectos de la actividad humana, sino que explora la intersección entre el lenguaje y la constitución de las praxis sociales. Conocer un lenguaje supone conocer sus reglas sintácticas pero, y esto es igualmente importante, conocer un lenguaje es adquirir una serie de instrumentos metodológicos que se aplican tanto a la construcción de frases como a la constitución y reconstitución de la vida social en los contextos cotidianos de la actividad social.

La naturaleza relacional de las totalidades

En Saussure el carácter relacional de la langue está estrechamente ligado a la tesis del carácter arbitrario del signo y a su insistencia en la importancia de los significantes en comparación con la más tradicional preocupación por los significados; se ha señalado que esa diferenciación entre *langue* y *parole* que atribuye prioridad a la primera respecto a la segunda, refleja la afirmación de Durkheim de que las cualidades de las totalidades sociales son más que la suma de sus partes. Esta afirmación posiblemente es errónea, De Saussure al explicar la *langue* como sistema de diferencias reformula la naturaleza de lo que constituye la “totalidad” y de lo que son sus “partes”, indicando que lo uno se define únicamente en función de lo otro. De Saussure se basa enteramente en la idea de la constitución de la langue mediante la diferencia: cómo una palabra deriva su significado únicamente de las diferencias que se establecen entre ella y otras palabras, las palabras no pueden significar sus objetos. El lenguaje es forma, no sustancia, y sólo

puede generar significado mediante el juego de diferencias internas; esto ocurre tanto en el caso de la relación entre palabras y los estados mentales que puedan acompañarlas como en el caso de la relación entre las palabras y los objetos y sucesos externos.

El carácter relacional de las totalidades, la naturaleza arbitraria de los signos y la noción de diferencia son conceptos presentes en el conjunto de las perspectivas estructuralistas y postestructuralistas. Tal como fue formulado el carácter arbitrario del signo es poco afortunado, el propio De Saussure reconocía que las convenciones implicadas en el uso del lenguaje no son arbitrarias en el sentido de que quien emplea el lenguaje sea libre de elegir entre las realizaciones que prefiera, por el contrario, el uso aceptado tiene una gran fuerza vinculante, pero es oscuro en tanto se refiere al significado más que a la naturaleza del significante. Lo insatisfactorio de la tesis de la arbitrariedad del signo ha empobrecido radicalmente las explicaciones del significado que han propuesto estas tradiciones, por la preocupación de los significantes a expensas de los significados es un énfasis impuesto por esta circunstancia.

El descentramiento del sujeto

El lenguaje con De Saussure es un sistema de signos, constituidos por diferencias con una relación arbitraria con los objetos, si esto se refiere a los objetos del mundo externo debe referirse también a las características del productor del lenguaje, el hablante. Como cualquier otro término de un lenguaje, el “yo” solo se constituye como tal signo en virtud de sus diferencias respecto a un “tu”, “nosotros”, “ellos”, etc. Como el “yo” solo tiene sentido en virtud de que es un elemento de una totalidad “anónima”, no tiene sentido atribuirle ningún privilegio filosófico distintivo. Esta idea no quedó acabada en Saussure, por tanto otros la llevaron a término, y posiblemente, no haya tema más persistente en el estructuralismo y el postestructuralismo.

Lévi-Strauss refiriéndose a los mitos observa en una frase que “los mitos significan la mente que los desarrolla empleando el mundo del cual ella misma forma parte”, no hay un “yo pienso” en esta caracterización de la mente en la que la conciencia se hace posible por medio de estructuras mentales. Foucault, Barthes y Lacan comparten una clara actitud crítica hacia el cartesianismo y toda filosofía que trate la conciencia como un dato sobre el que puede establecerse el fundamento de las pretensiones de conocimiento; el “pienso, luego existo”, se descalifica por la razón de que el “yo” no es inmediatamente accesible para sí mismo, puesto que deriva su identidad de

su inserción en un sistema de significaciones. El descentramiento del sujeto es, sin duda, un tema a considerar por la filosofía o la teoría social moderna, pero el estar inevitablemente ligados los desarrollos estructuralistas y postestructuralistas a las concepciones del lenguaje y del inconsciente relacionadas con la lingüística estructuralista y su influencia, “los desacredita”.

La escritura y el texto

La escritura, en el sentido ampliado que Derrida le atribuye, expresa con más claridad que el habla la naturaleza relacional de la significación en cuanto constituida en el espacio y en el tiempo. Pero tenemos que la conversación informal que se lleva a cabo en los contextos cotidianos de actividad, es el principal vehículo de significación porque actúa en contextos conductuales y conceptuales saturados. El énfasis de Derrida en la escritura que inspira toda una filosofía, tiene otros tres sentidos a considerar: uno se refiere al nexo entre escritura y poder; dos, la fascinación por los textos en general; y un tercero se refiere a la escritura como proceso activo.

- 1) Las civilizaciones suponen la existencia de la escritura que es, sobre todo, un instrumento del poder administrativo, no simplemente y sólo un nuevo modo de expresar lo que ya se había formulado de forma oral. La escritura no solo genera la historia sino que también exige nuevas formas de ajuste al mundo social y material. La sociedad y la naturaleza pasan a considerarse desde el punto de vista del dinamismo, no ya, desde el de la saturación del presente por el pasado, como tema que en Lévi-Strauss no se desarrolla con detalle, pues no propone un análisis de las civilizaciones.
- 2) La posibilidad de estudiar sistemas de signos más allá de los materiales textuales, no ignoró la invitación a desarrollar la semiología con la idea que toda diferencia cultural puede suministrar un medio de significación, pero quienes se encuentran bajo la influencia del estructuralismo y el postestructuralismo siguen volviendo al texto como su principal preocupación.
- 3) En la obra de Gadamer y otros autores encontramos una afirmación de la autonomía del texto con respecto a su autor y un énfasis en la multiplicidad de lecturas que puede generar un texto; los procesos de lectura y escritura se entretajan íntimamente, y la lectura se considera la estabilización temporal del espectro indefinido de significados generados por

los procesos de escritura. En la producción de textos, el estructuralismo y el postestructuralismo reaparece con la tendencia a equiparar esa producción a su “productividad” interna.

Historia y temporalidad

El estilo de historia que escribe Foucault no discurre en concordancia con el tiempo cronológico. No depende de la descripción narrativa de una secuencia de acontecimientos, los temas no se discuten en orden temporal y hay cortes en la descripción cuando el lector espera continuidad. Si puede decirse que el transcurrir del tiempo tiene alguna forma en Foucault, dicha forma es la del entrecruzamiento de estratos de organización epistémica, estratos que deben ponerse al descubierto por medio de la “arqueología del saber”. El haber separado el tiempo de la historia y mostrado que existen propiedades de los sistemas de significación que existen independientemente del espacio y del tiempo, y haber relacionado estas propiedades con una revisión de la naturaleza del sujeto humano, constituyen los logros principales del estructuralismo y el postestructuralismo. Puede aceptarse no sin dificultad que la historia en Foucault no tiene sujeto, pero su historia tiende a no tener ningún sujeto activo en absoluto. Los individuos que aparecen en los análisis se muestran impotentes para determinar su destino.

III. LA TEORÍA DE SISTEMAS

Al abogado no le es ajeno el término sistema, tanto durante su formación como en el ejercicio de su profesión conoce y escucha sistemas con una pluralidad de contenidos aludidos en singular o plural: el sistema jurídico, el sistema económico, el sistema político, etc.; o bien dentro de la propia disciplina: sistema judicial, sistema del derecho romano, sistemas de pruebas, sistema de partidos, sistema electoral, etc., con el empleo tradicional de hacer referencia a un principio de ordenación o codificación.

En la exposición anterior sobre el estructuralismo, la definición de estructura expresamente implicaba “un sistema de transformaciones”, y en la lingüística de De Saussure el “sistema sincrónico”, asimismo, el filosofar en forma de actividad estructural, que desde este móvil, descompone y recompone (arrangement) series al hacer que se manifiesten nuevos objetos con

cierto orden tomando como base el sistema en carácter de conjunto; pero esto es propio del estructuralismo.

En la perspectiva teórica, Luhmann¹⁸ discurre sobre los apuros para responder al problema de la historia: ¿Qué espacio temporal y qué cambios era necesario identificar para que la sociología (o simplemente un observador) pudiera afirmar que una sociedad había pasado a ser un sistema distinto?, y planteó el cercano antecedente de que:

Los cambios generados en la sociedad que se desprendieron del desenlace de la Segunda Guerra Mundial hicieron surgir la confianza en la posibilidad de mutaciones radicales en la estructura de la sociedad moderna. Se creyó que todos los países del mundo, con tal de tener la paz preservada, podrían alcanzar un suficiente grado de desarrollo. Una vez ubicadas las estructuras en los sistemas, éstas podrían reformarse, con tal de que se cumpliera con la consigna de la modernización: ¿qué planeación sería necesaria para lograr que todas las sociedades del globo terrestre llegaran a alcanzar metas preestablecidas? El funcionalismo estructural se alió, entonces, en muchos casos, a la planificación desde arriba, al control, y el concepto de sistema se convirtió en un instrumento de racionalización y reforzamiento de las estructuras de dominio.

Esta modificación en el planteamiento teórico hizo relevante la diferencia entre sociedades tradicionales y modernas, el propio Luhmann indica que la sociología no poseía un criterio de delimitación con esas características. Los criterios de identidad de un sistema social no pueden ser descritos por un observador externo (como se sabe actualmente), sino debe ser una operación que surja desde el interior del sistema. Un sistema social debe decidir por sí mismo, si en el curso de su historia sus estructuras han cambiado tanto que él ya no es el mismo. Impulsos de modernización de los años cincuentas a setentas del siglo pasado, ante numerosos intentos que fracasaron y constataciones de que la pobreza aumentaba, experimentaron enormes dificultades y se llegó a pensar que en las estructuras mismas de la sociedad moderna estaban los impedimentos para lograr la participación en los bienes del desarrollo por parte de la población mundial. Entonces se culpaba al capitalismo, ahora, colapsado el socialismo real, un repaso sobre los antecedentes con pausas en Parsons (*action is system*); Easton (sistema político) y Luhmann (la ambición, su teoría de sistemas) cerraran este trabajo con la expectativa de presentar un panorama sobre el tema, donde quedan abiertas las interrogantes propias de la teoría política relativas a ¿la aplicación a contextos en

¹⁸LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas*, editor y traductor Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana-ITESO-Anthropos, 1996, p. 29.

un sistema social global o no?, así como a ¿la legitimidad de la acción y sus resultados y/o la estabilidad del sistema como gobernabilidad y equilibrio?

A) *Antecedentes*

La teoría general de sistemas parte del sistema abierto, en contra sería lo que convencionalmente se vino entendiendo como sistema cerrado, es decir, v.gr. una máquina que intercambia con su medio materia, energía o información. Para el sistema social abierto significa que tiene lugar un proceso duradero de entrada y salida de demandas, productos, decisiones, etc., en un proceso que motiva la variación de los componentes del sistema, para el cual lo que interesa es la estructura organizativa y no las variables contenidas. Cabe destacar que Luhmann¹⁹ asevera no existe una teoría general de sistemas aunque éste haya sido el intento (*Society for General Systems Theorie, Von Bertalanffy y Rapoport, 1954*) para luego afirmar que en el campo sociológico existen demasiadas barreras en las distintas especialidades como para poder formular una teoría general sobre la materia.

La pretensión de la teoría general de sistemas radica precisamente en contrarrestar la cada vez más marcada división de la ciencia en disciplinas particulares. Con su limitación a un único posible método científico trata de compatibilizar validez general y un elevado grado de exactitud. El objetivo se dirige al conocimiento de tipologías estructurales, en la esperanza de encontrar en las tipologías un principio unitario para el despliegue de teorías sobre conflicto y cooperación, que sean válidas para situaciones con contenidos diversos pero similar lógica estructural.²⁰

Las modernas teorías sistémicas no sólo se han de entender como teorías de sistemas, sino pretenden constituir también un modo de análisis del sistema social global; la sociedad, en tanto sistema social, se integra con acciones regidas por expectativas, y los sistemas son vistos como marco orientador de la acción, el cual posee numerosas variables, v.gr. el Derecho, la Política, serían de estas variables. Este enfoque se diferencia de la teoría de la acción, donde el actuar se pone en relación con la finalidad; de ahí que ese tipo de teorías orienten su investigación a la persona individual y los fines de su acción, con un actuar correcto o no que desarrollan las nociones opuestas de solidaridad-conflicto, etc. Con la observación de que en las teo-

¹⁹ *Ibidem*, p. 45.

²⁰ BÜLLESBACH, Alfred, "Enfoques de teoría de sistemas", trad. Juan Antonio García Amado, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Editores Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried, Madrid, Editorial Debate, 1992, p. 316.

rías sociológicas como: la teoría del grupo de referencia, la teoría de roles, la teoría de la acción, etc., se creyó poder operar satisfactoriamente sin el concepto de “sociedad global”, pero al presentar perspectivas individuales se pierden de vista las interconexiones entre subsistemas, entre sistemas parciales y el sistema global que es la ambición de la teoría de sistemas. De ahí la famosa expresión de Robert Merton: “¿Es realmente posible una ciencia de la sociedad?” para luego recomendar teorías de alcance medio (*middle range*), ya que a la teoría de sistemas se la emplea para designar realidades de gran escala (macro sociales).

B) *El sistema es la acción*

En la interpretación a toda la obra de Talcott Parsons, que es muy vasta, Luhmann en el capítulo I de sus lecciones en la Universidad de Bielsfeld, Alemania, en el invierno de 1992,²¹ concluye que puede ser catalogada en la fórmula compacta, propia de Parsons: *action is system*. La obra del sociólogo estadounidense es ampliamente conocida y de ninguna forma se elude, la finalidad es mostrar su pertinencia de sistema bajo la autoridad del profesor Luhmann, por otra parte buenos resúmenes conocidos están en la bibliografía del programa de la asignatura.

Parsons parte del supuesto de que la acción es una propiedad emergente de la realidad social, esto significa que la elección de fines no es algo que quede tan a libre arbitrio, la sociedad, antes de que los individuos se dispongan a actuar, ya está integrada por la moral, los valores y los símbolos normativos; por tanto, la sociedad no es posible si previamente no está integrada bajo la forma de sistema. Con esta disposición teórica no pretende obtener un método de optimización, sino entrever desde rangos de posibilidad, la libertad del individuo y del orden social.

En disposiciones teóricas que pertenecen al tratamiento sistémico: sistema/entorno, hace sus cuatro combinaciones clásicas conocidas como AGIL: Adaptation (adaptación); Goal Attainment (obtención de fines); Integration (integración); Latent pattern-maintenance (mantenimiento de estructuras latentes), en que surge la acción. La primera es la función de la economía (A); la segunda es la función política (G); la tercera es la función que integra lo actuado, que integra los propósitos (I); y, la cuarta estabiliza permanentemente las estructuras, aún sin utilizarse (L). Parsons sostuvo que sólo en el marco de estas cuatro combinaciones elementales era posible la acción (“el sistema es la acción”) y que todas las posibles combinaciones que pudieran

²¹ LUHMANN, *op. cit.*, pp. 27-43.

derivarse no eran más que una articulación desarrollada en el marco de estas cuatro funciones.

El diseño de la teoría muestra un hermetismo rígido desde el momento en que concibe la analítica social mediante diagramas, y lo que es digno de alabanza es la autodisciplina que conduce toda la disposición de la teoría, no obstante, en su grandeza está la debilidad: en la medida en que se fue haciendo incapaz de recepción. La paradoja, nunca antes de Parsons ni después, se ha integrado tanto conocimiento a la disciplina sociológica proveniente del exterior: economía, psicología, modelos *input/output*, lingüística, cibernética, etc.

A la teoría no se le puede aplicar un tratamiento de fracaso, lo que sucedió fue que la disposición técnica obligó a tomar un callejón sin salida con respecto a convertirse en teoría de sistemas. No considera que el conocimiento de los sistemas sociales depende de las mismas condiciones sociales no sólo por su objeto, sino ya como conocimiento; no tiene presente que el conocimiento de las acciones es ya en sí mismo una acción, y este pudiera ser el motivo por el que la teoría no puede distinguir de manera sistemática entre sistema social y sociedad, no obstante siempre entendió la sociedad moderna como un proceso de diferenciación, en su diseño concibe primero la diferenciación en general y como condición de posibilidad de toda diferenciación posterior.

C) *El sistema político*

En el texto clásico de la Facultad de Derecho de la UNAM de Stamenn,²² como texto universitario de sistemas políticos comparados, se alude que los problemas políticos de la sociedad son generalmente complicados y están sometidos a un cambio rápido. En lo interior, las diferentes fuerzas políticas que compiten en la vida pública, los procesos políticos y las disposiciones de la Constitución. En lo internacional, los diferentes estados que como actores autónomos y soberanos determinan la política en el concierto internacional (comparative government). En esa dirección, describir los sistemas de gobierno, tenían un doble propósito: 1) contribuir a abrir paso a las condiciones y problemas políticos internos, ya que se estudia la organización del poder político, sus técnicas de ocupación, ejercicio y control; y, 2) al conocimiento probable de los sistemas políticos en relación con los problemas de política internacional. Se trataba de una caracterización o propiedad

²² STAMENN, Theo, *Sistemas políticos actuales*, trad. José Rafael Chocomeli Lera, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1984, pp. 17-38.

histórica de actualidad en los sistemas políticos de la segunda posguerra mundial, que el propio texto determinaba como: unitaria e interdependiente conexión político-internacional; bipolar como rasgo fundamental de esa conexión mundial interdependiente; y la significativa influencia político-social de la política internacional del momento. Sin duda, una corriente doctrinal descriptiva y coyuntural, era la realidad del momento.

A la par, el texto de Deutsch²³ expone la noción de sistema político en cuanto colección de unidades reconocibles que se caracterizan por su cohesión (permanecer unidos o formar un todo) y covarianza (valor que indica el grado de variación conjunta); donde mantiene unido al sistema la interdependencia que se establece mediante transacciones que son una cadena de acontecimientos iniciadas en un lugar o unidad, que observadas y medidas, manifiestan si esa unidad pertenece al sistema. Los límites son los componentes (grupos, persona o áreas) en que mantienen o disminuyen las transacciones con niveles de umbrales críticos; la covarianza se vuelve el elemento y la forma de decir que los miembros del sistema están conectados por una comunidad de intereses en un sistema de gobierno. La responsabilidad y los niveles del sistema con sus elementos, daban cabida al cuestionamiento: ¿hasta donde el individuo y las partes pequeñas del sistema entienden lo que hace el sistema de gobierno?

Easton²⁴ reformula en 1965 su propia noción de sistema político, agregando que es “el sistema de conducta más inclusivo de una sociedad para la asignación autoritaria de valores” (un modelo de autoridad política). Conducta que se refiere solo a un aspecto de las interacciones totales en que intervienen las personas biológicas de una sociedad, pero como categoría analítica selecciona o abstrae solo aquellos aspectos de su conducta directamente relacionados con las asignaciones autoritarias de valores en la sociedad, se trata de un modelo de autoridad política. Para finalmente concluir con la definición de que: “Un sistema político se identificará, pues, como una serie de interacciones abstraídas de la totalidad de la conducta social mediante la cual se asignan autoritariamente valores en una sociedad”. Se sigue manteniendo la distinción con otros sistemas sociales en cuanto es el único que: asigna autoritariamente valores; y esa asignación de valores tiene aceptación voluntaria al mantenerse en los límites del sistema. Por lo demás, como en su planteamiento original, siguen las funciones de transición que implican la afirmación del modo en que la tarea (*output*) de un sistema se

²³ DEUTSCH, Karl W., *Política y gobierno*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica 1976, pp. 149-170.

²⁴ EASTON, David, *Esquema para el análisis político*, trad. Aníbal C. Leal, Argentina, Amorrortu Editores 1969, pp. 88-90.

relaciona con los datos de entrada (*input*). No se precisa imprescindiblemente tener los conocimientos acerca de la estructura interna del sistema, si no se poseen tales conocimientos o se tienen de modo incompleto, el sistema sigue operando, hablamos de un “sistema de *black box*” (caja negra). Entonces ¿Cómo consigue el sistema político mantenerse en un medio que continuamente plantea pretensiones? Easton desarrolla un esquema en el que distingue la diferencia entre las distintas variables fundamentales que sirven para exponer en su conjunto el sistema político. Las variables son: necesidades (*wants*), demandas (*demands*), soporte (*support*), reelaboración (*conversion process*), actividad autoritativa o impositiva (*authoritative allocations*) y aceptación (*acceptation*). En una estructura simplificada estas variables son ordenadas y forman el sistema político y su ambiente o entorno. Concibe la sociedad en su conjunto como un complejo único de subsistemas difícilmente combinables entre sí. Cada uno de los subsistemas v. gr. el cultural, el económico, etc., contribuye al sostenimiento funcional del sistema global. En Deutsch igual tiene presente la cibernética en sus teorías hasta el punto de ser uno de los elementos importantes, como vemos lo es en Easton.

D) *La teoría de sistemas de Luhmann*

En antecedentes ya expuestos, algunas de las puntualizaciones se hicieron a partir de observaciones de Niklas Luhmann, quien postula que los criterios de conservación de la identidad de un sistema social, es una operación que surge desde el interior, por sí mismo el sistema social decide los cambios en su estructura. Ubicadas las estructuras sociales, estas podrían reformarse y modernizarse pero ¿qué planeación sería necesaria para esas metas?, alude que el funcionalismo estructural respondió en muchos casos a la planificación desde arriba, que en no pocos casos se convirtió en instrumento de racionalización y reforzamiento de las estructuras de dominio; pero no sólo en países subdesarrollados se constataba una injusta distribución del ingreso y fenómenos de pertenencia de clase, sino también aparecían en países desarrollados; tampoco la democracia clásica (partidos-votos) se mostró capaz del todo para integrar los impulsos de la sociedad y darle cauce en sociedades necesitadas de cambios. En este contexto, la evolución del propio funcionalismo estructural estuvo dando las respuestas o bien agotando los intentos. Cabe agregar, no como lugar común, que las crisis surgen entre otras razones, cuando es imposible a las clases gobernantes mantener su

dominio en forma no modificada; las crisis causan fisuras por las que brotan el descontento y la indignación.

En el modelo *input-output*, sólo el sistema puede decidir cuales son los factores que determinan el intercambio: no da cuenta de la complejidad de las realidades sociales, únicamente reproduce la relación *input-output*, en crisis se hace surgir el *black box* (caja negra), así no es posible conocer la parte interior del sistema y sólo se pueden analizar las regularidades externas. En avance al diseño del sistema, se agregó el *feed back* (retro-alimentación), se trataba de conocer la estabilidad del sistema, como medir la distancia o el cambio en el entorno para que pueda dar respuestas estables (una especie de tiempo o distancia en los fines; termostato social en el entorno; etc.). Igualmente el *feed back* negativo, aquí se trataba de conocer ya no la estabilidad, sino los cambios que puede soportar el sistema, se trataba de obtener: ¿qué cantidad de cambios es posible introducir en el sistema sin ponerlo en peligro?

Las críticas a los modelos de sistemas abiertos a partir del principio del equilibrio y las relaciones sistema-entorno, en suma, que no agota pero muestra cierta dirección, aparte de las expuestas con anterioridad, fueron en el sentido de que: se trataba de un modelo tecnocrático; mostraba preferencia por la estabilidad o sea el status quo (conservador); en el observador, queda desde fuera, decidir cuales aspectos incluir o no en el sistema; en posición analítica, deja en manos del observador la decisión y los límites; en posición realista, la realidad tiene ya constituidos los elementos del sistema y el teórico sólo se esfuerza en descubrirlos; *et al.*

El propio Luhmann al iniciar las lecciones magistrales de 1992, que se editaron como *Introducción a la teoría de sistemas*,²⁵ planteaba si podría preguntarse en el estado actual de la investigación ¿existe algo que pudiera denominarse “teoría de sistemas”? Su vasta obra al respecto, como afirma Habermas (cita del editor): “logró los puntos básicos de la teoría de sistemas hasta convertirla en un paradigma filosófico capaz de competir con los demás”. En esa dirección, se exponen fundamentos y elementos pertinentes al esquema, no sin el temor de sacrificar precisión y debida amplitud.

Uno de los académicos que al lado del editor de las lecciones divulgaron la obra de Luhmann en nuestro medio, hace una síntesis sobre sus fundamentos epistemológicos²⁶, señalando que parten del “constructivismo”, con: “las bases científicas sobre: 1) La distinción entre operación y observación;

²⁵ LUHMANN, Niklas, *op. cit.* p. 303.

²⁶ HOYO, José Luis, "Sistema político y autopoiesis: La contribución teórica de Luhmann a la ciencia política contemporánea", en *Congreso Nacional de Ciencia Política*, México 1996, pp. 219-228.

2) La distinción de la referencia al sistema del observador de primer orden, de la referencia al sistema del observador de segundo orden; 3) La distinción entre heteroobservación y autoobservación; 4) La distinción entre lo que observa el investigador y lo que escapa a su observación; y 5) La distinción del código verdadero/no verdadero, diferente de otras formas de autoobservación y heteroobservación.” En donde la dicotomía sujeto-objeto es substituida por sistema-entorno, que para los constructivistas es suplantada por la “distinción de la distinción”, y en lugar de recurrir a las dimensiones abstractas del conocimiento, se basan en las operaciones biológicas del acto de conocer, paradigma teórico que nos facilita la comprensión de la realidad misma.

En cuanto a los presupuestos de la teoría, tanto con *Sistemas sociales. Compendio de una teoría general*²⁷ como con la *Introducción a la teoría de sistemas*²⁸, es posible derivarlos, y quedan expuestos como: generalidad; interdisciplinariedad; reconocimiento de la complejidad; el concepto de sistema; la presencia de la paradoja; y el funcionalismo como método.

La *generalidad* por plantearse el análisis en ámbitos tan diferentes como la política, el derecho, la religión, la economía, etc. y proponer tesis tanto de ontología como de epistemología; una generalidad teórica que al momento, como totalidad y explicación omnicompreensiva, está en retirada sino es que cancelada. La *interdisciplinariedad* al asumir concientemente la exigencia marcada por dos elementos: a) atención constante a lo novedoso del “conocimiento punta” (cibernética, neurociencia, sistemas,...); y b) una constante importación teórica para obtener fuerza explicativa (heurística), en suma, para describir la sociedad contemporánea, enormemente especializada y diferenciada, que necesita nuevos conceptos fuera del pensamiento clásico y lleva a una segunda lectura de la ilustración. *El reconocimiento de la complejidad* y la exigencia de que toda teoría debe ser un arma para reducirla, donde se entiende por complejidad la sobreabundancia de relaciones, de posibilidades, de conexiones, de modo que ya no es posible plantear una correspondencia biunívoca y lineal de elemento con elemento; en tanto sirva para la reducción de la complejidad, la teoría mostrará su validez, y debe dar cuenta de la sobreabundancia de relaciones y posibilidades que caracteriza a la sociedad contemporánea.

El concepto de sistema Luhmann lo incorpora hasta el punto de que su teoría ha sido calificada como “sociología sistémica”, pero sistema es un

²⁷ LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: La ambición de la teoría*, trads. Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Barcelona, Ediciones Paidós 1990.

²⁸ LUHMANN, *passim*.

presupuesto no finalidad ni frontera que cierra límites explicativos. Concepto que a su vez incorpora otros:

A) El concepto de observación, como una operación que consiste en manejar un determinado esquema de diferencias; al observar se elige un lado de las diferencias y se describe cuanto ve de acuerdo con el lado elegido. El sistema se observa a sí mismo y cuanto se encuentra en su entorno, pudiendo establecer procedimientos de selección para reducir la complejidad. Tan importante es la observación en su teoría, que afirma tratarse de un instrumento que permite ejercer adecuadas observaciones de la compleja sociedad contemporánea.

B) El concepto de diferencia, se vuelve central hasta el punto de que todo aquello considerado como unidad lo es en tanto unidad de diferencia; sin este concepto, no puede existir relación, unidad, complejidad, sistema y observación.

C) El concepto de autorreferencia, esto es lo que hace que el sistema tenga apertura y clausura, como tal se vuelve condición (produce operaciones en la propia red de sus operaciones).

D) El concepto de autopoiesis, es importante por que en tanto se clausure en sí mismo, podrá constituirse en un sistema digno de atención y sujeto de un conjunto de operaciones específicas. Un sistema es autopoietico en tanto es un sistema que puede crear su propia estructura y los elementos de que se compone (el modelo esencial son los sistemas vivos, ya que Maturana –biólogo egresado de la Universidad Católica de Chile, elaboró el paradigma epistemológico en el que los sistemas son capaces de observarse a sí mismos– o sea producen operaciones en la propia red de sus operaciones), con la debida aclaración que el sistema no se crea a sí mismo.

La presencia de la paradoja en el sistema, como lo contrario a principios que se encuentran establecidos o proposiciones no científicas, pero son consideradas de un modo creativo y no tan sólo negativo como es tradicional en el pensamiento clásico (v. gr. el número de teléfono en hoteles para llamar cuando no funciona el sistema telefónico). Y finalmente, el *funcionalismo como método*, pero apartado del modo clásico, en el que queda privilegiado radicalmente la función sobre la estructura, o sea a la inversa de lo clásico.

A manera de consideración explicativa sobre el funcionamiento de la teoría de Luhmann, se aluden tres tipos de sistemas autorreferentes: 1) sistemas vivos; 2) sistemas psíquicos o personales; y 3) sistemas sociales, cada uno con su operación autopoietica y el modo en que construyen su propio espacio y reducción de la complejidad. Los sistemas vivos con las operaciones vitales; los psíquicos con la conciencia; y los sociales con la comunicación,

estos se vuelven sus rasgos característicos de cada uno, es lo que los diferencia de sus entornos y construye su modo de actuación. Para Luhmann: "La sociedad es un sistema autorreferente que se compone de comunicaciones". La comunicación es considerada como un proceso de selecciones, y su análisis debe partir de la improbabilidad de la comunicación, la cual debe sortear multitud de obstáculos antes de producirse con éxito.

Una sociedad avanzada será una sociedad altamente diferenciada, en la que existen diferentes ámbitos de comunicación posible, que son los subsistemas sociales: el derecho, la economía, la política, la religión, la educación, etc. Se recupera el eje central de la sociedad contemporánea: la comunicación, pero, ¡la sociedad no está compuesta de seres humanos, sino de comunicaciones! Entre hombre y sociedad, se da la relación existente entre sistema y entorno, inmensamente fecunda; donde el componente temporal, aparece como eventos, dotado de gran dinamismo.

IV. CONCLUSIONES

Los autores fueron tratados en especial en grandes líneas, como ellos mismos plantearon sus problemas y los vieron, con la comprensión que dichos problemas eran los que había en su tiempo y la pretensión de atenderlos al formularlos, igual se pretende presentar el pensamiento de cada autor en lo que se considera su forma robusta. No se intentó abarcar todos los temas con los autores involucrados en el estructuralismo y la teoría de sistemas puestos en cita, sino únicamente los principales teóricos y las líneas que le dan perfil a cada una de las teorías con los respectivos comentarios y observaciones, a fin de dejar planteado lo que como cuestión general tienen de interés para una teoría política actual.

V. BIBLIOGRAFÍA

BROEKMAN, Jan M., *El estructuralismo*, trad. Claudio Gancho, Barcelona, editorial Herder, 1979.

BÜLLESBACH, Alfred, "Enfoques de teoría de sistemas", trad. Juan Antonio García Amado, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, KAUFMANN, Arthur y HASSEMER (eds.), Winfried, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 313-332

DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de lingüística general 1916-1922*, trad. Mauro Armiño, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

DEUTSCH, Karl W., *Los nervios del gobierno. Modelos de comunicación y control político*, trad. Alberto Ciria, México, Editorial Paidós Mexicana, 1985.

-----, *Política y gobierno*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

EASTON, David, *Esquema para el análisis político*, trad. Aníbal C. Leal, Argentina, Amorrortu editores, 1969.

-----, (comp) *Enfoques sobre teoría política*, trad. José Rovira Armengol, Argentina, Amorrortu editores, 1969.

FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, trad. Alberto González Troyano, Barcelona, Tusquets Editores, 1973.

-----, *Microfísica del poder*, trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

GIDDENS, Anthony, *Central problems in social theory. Action, structure and contradiction in social analysis*, London, MacMillan Education, 1988.

----- "El estructuralismo, el post-esctructuralismo y la producción de la cultura", en TURNER, Jonathan y GIDDENS, Anthony (eds), *La teoría social hoy*, Madrid, Alianza Universidad, 1990.

HOYO A., José Luis, "Sistema político y autopoiesis: La contribución teórica de Luhmann a la ciencia política contemporánea", en *Congreso Nacional de Ciencia Política*, México, 1996, pp. 219-228.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Saber jurídico y lenguaje*, Obras completas, t. VI. Madrid, Epasa-Calpe, 1989.

LÉVI-STRAUSS, Claude, *Raza y cultura*, trads. Sofía Bengoa y Alicia Duprat. Barcelona, Ediciones Altaya, 1999.

LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trads. Santiago LÓPEZ PETIT y Dorothee Schmitz. Barcelona, Ediciones Paidós, 1990.

-----, *Introducción a la teoría de sistemas*, editor y trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana-ITESO-Anthropos, 1996.

PIAGET, Jean, *El estructuralismo*, trad. Claudia A. Loeffler Berg, México, Publicaciones Cruz O., 1995.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald, *Estructura y función en la sociedad primitiva*, 3ª ed., trad. Ángela Pérez, Barcelona, Ediciones Península, 1996.

RITZER, George, *Teoría sociológica contemporánea*, trad. María Teresa Casado Rodríguez, España, McGraw-Hill, 1993.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino, "Estructuralismo y Derecho", en *Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches*, vol. II, México, UNAM, 1987, pp. 587-616.

STAMENN, Theo, *Sistemas políticos actuales*, trad. José Rafael Chocomeli Lera, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1984.

VON BEYME, Klaus, *Teoría política del siglo XX. De la modernidad a la postmodernidad*, trad. Jesús Albores, Madrid, Alianza Universidad, 1994.

LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS EN LA CONQUISTA DE YUCATÁN Y FUNDACIÓN DE MÉRIDA*

LEGAL INSTITUTIONS IN THE CONQUEST OF YUCATAN AND THE FOUNDATION OF MERIDA

Russell CERÓN GRAJALES**

RESUMEN: En el presente trabajo el autor expone la interacción cultural e histórica que favorecieron el uso de instituciones jurídicas especiales en los territorios de la Corona de Castilla. El objetivo específico es identificar y aquilatar el alcance de los títulos jurídicos que ampararon el proceso de conquista y ocupación de Yucatán así como el sustento fundacional de la ciudad de Mérida. De manera sistemática y utilizando las fuentes pertinentes, el autor analiza las instituciones jurídicas, las Capitulaciones y el proceso general de conquista de Yucatán. Asimismo, describe la fundación de Mérida de Yucatán con sus repercusiones jurídicas e históricas. Para el autor, esto último se trata de un acto formal y solemne que se ajustó a la normatividad aplicable en el Nuevo Mundo.

PALABRAS CLAVE: Conquista de Yucatán, Fundación de Mérida, instituciones jurídicas, Capitulaciones, derecho indiano.

ABSTRACT: In this paper the author presents the cultural and historical interaction that favored the use of legal institutions in the territories of the Crown of Castile. The specific objective is to identify and refine the scope of legal titles that justified the process of conquest and occupation of Yucatan and the foundational support of the city of Merida. The author examines systematically and using relevant sources how legal institutions, the capitulations and the general process of conquest of Yucatan. It also describes the founding of Mérida with its legal and historical implications. For the author, this is a formal act that adjusted to the applicable regulations in the New World.

KEYWORDS: Conquest of Yucatan, Merida Foundation, Legal Institutions, Capitulations, Indian Law.

* Trabajo de ingreso Académico a la Ilustre y Benemérita Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, presentado el 12 de febrero de 2014.

** Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, y de su División de Estudios de Posgrado. Candidato a Doctor en Economía por la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las instituciones jurídicas que ampararon la conquista de Yucatán*. III. *Capitulaciones para la conquista de Yucatán*. IV. *Proceso general de conquista*. V. *Fundación de Mérida de Yucatán*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

Espacio donde confluyen e interactúan la historia y la cultura de los pueblos con el derecho internacional, el derecho castellano y el derecho indiano, las instituciones jurídicas del pasado nos permiten apreciar la naturaleza generatriz de los territorios americanos incorporados a la Corona de Castilla.

Nuestro objetivo es identificar y aquilatar el alcance de los títulos jurídicos que ampararon el proceso de conquista y ocupación de Yucatán y, como punto relevante, el sustento fundacional de su capital histórica: la Mérida de Yucatán.

II. LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE AMPARARON LA CONQUISTA DE YUCATÁN

A la caída de la imperial capital azteca (13 de agosto de 1521), la Conquista se extendió en todos los frentes, constituyendo la de Yucatán uno de sus episodios más largos, sinuosos y difíciles.

A) *Las capitulaciones reales*

Título jurídico fundamental, las Capitulaciones o Asientos de la Corona fueron verdaderos contratos bilaterales celebrados entre la Corona y el jefe de la expedición proyectada.

Mediante esa forma contractual, acuerdo, licencia o real merced, el monarca convenía una serie de concesiones a favor de los particulares; a cambio, éstos se obligaban a prestar especiales servicios a la Corona.

La voz capitulación es sinónima de asiento, concierto, acuerdo, convenio, pacto o contrato, llamándose así la escritura pública –dividida en párrafos o capítulos– donde se hace constar. En las Capitulaciones Indianas estos asientos o pactos son mercedes regias pues uno de los contratantes es el propio monarca hispano y, el otro, una o varias personas o instituciones privadas. De la inter-

vención del rey –directamente o por medio de representante– surge la singularidad de la capitulación.¹

Silvio Zavala, prestigioso jurista, historiador e indianista mexicano, nacido en Mérida, refiere que:

Las capitulaciones (...) se empleaban cuando los reyes, o sus apoderados, pactaban con algún particular el desempeño de determinada empresa o servicio público. (...) En América, las capitulaciones tuvieron por objeto, en su mayor parte, descubrimientos y conquistas (...). Por su número y por la importancia de su objeto principal (la ocupación del Continente nuevo), constituyeron piezas fundamentales del Derecho trasplantado por los españoles.²

Básicamente, los Asientos de la Corona eran de tres clases: de descubrimiento, de conquista, y de población. Antonio Muro Orejón deslinda sus propósitos fundamentales:

Éstas pueden ser: de descubrimiento, cuyo fin principal es hallar algún territorio nada o poco conocido; de conquista (desde las Ordenanzas de 1573 se llaman pacificaciones), donde la licencia regia es para ocupar –pacíficamente o no– un territorio previamente hallado; y de población, donde el asiento autorizado por la Corona consiste en la fundación y subsiguiente población de ciertos territorios previamente descubiertos.³

Prerrogativa regia que, si bien, en ocasiones, fue objeto de delegación a favor de determinadas autoridades indianas –tanto metropolitanas, como de administración territorial central o virreinal–, fue indistintamente ejercida en nombre de la Corona, conforme el carácter absolutista, centralista y regalista del gobierno monárquico de los Austrias.

Siendo, desde el punto de vista jurídico, un contrato de derecho público entre el Estado y los particulares, presentaba rasgos bien definidos que establecían una elocuente disparidad entre las partes:

Las Capitulaciones (...) eran, junto con las instrucciones, la fuente primaria del sistema jurídico del Nuevo Mundo. Constituían además una especie de fue-

¹ MURO OREJÓN, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Miguel Ángel Porrúa editores, 1989, p. 35.

² ZAVALA, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1988, p. 101.

³ MURO OREJÓN, Antonio, *op. cit.*, nota 1, p. 35.

ro municipal en el territorio conquistado. (...) El vasallo (...) se obligaba a aportar gastos y a realizar trabajos. Para el rey, en cambio, las Capitulaciones representaban sólo una promesa condicional: mercedes y premios quedaban sujetos al cumplimiento previo de las obligaciones del conquistador. Además, uno de los contratantes era de condición pública y resultaba superior en todo al avasallado. La desventaja era clara. Por esta razón, una vez obtenida la victoria, la Corona española siempre regateaba a sus caudillos la compensación prometida; tal fue el caso de Cortés, Pizarro, Montejo, y muchos más. Por añadidura, la Corona no estaba dispuesta, en el sistema absolutista vigente, a compartir el poder con nadie.⁴

En consonancia con la política del rey, la conquista y ocupación de tierras ultramarinas se realizaba con poco o ningún costo para la Corona:

Ésta otorgaba la facultad a un individuo de requerida capacidad, de prestigio y de recursos económicos, a su propia petición, para tomar a su cargo la empresa a nombre de la Corona, pero a su propia costa y riesgo. La remuneración debía hallarse en las nuevas tierras, en forma de empleos, privilegios y rentas públicas asignadas por la Corona, y por medio de metales preciosos y otras riquezas, encomiendas y fincas. Los salarios de los funcionarios eran poco más que nominales y no eran de ninguna manera suficientes para que el recipiente se mantuviera a sí mismo. Más aún, los territorios que se conquistaban debían bastarse no sólo por sí mismos, costeadando todos los gastos de su gobierno, sacándolos de los propios ingresos de su erario, sino que también debían proveer rentas adicionales para las Cajas Reales de Castilla. Así, del individuo a quien se encomendaba ocupar nuevas tierras, se esperaba que organizara su expedición a su propia costa y por su propia iniciativa, reclutando capitanes, soldados y marinos, y obteniendo embarcaciones, armamentos, vituallas y caballos.⁵

Si las empresas indianas, en sus orígenes, fueron realizadas con cargo al erario público, Alfonso García-Gallo⁶ nos informa del pronto fracaso de ese

⁴ RUZ ESCALANTE, José Luis y GAMBOA, María Teresa, *Breve historia de la legislación maya*, siglos I al XIX, México, Fondo de Publicaciones y Ediciones del Gobierno del Estado de Quintana Roo, 1991, p. 34.

⁵ CHAMBERLAIN, Robert S., *Conquista y colonización de Yucatán, 1517-1550*, 2ª ed., traducción de Álvaro Domínguez Peón y prólogo de José Ignacio Rubio Mañé, México, Editorial Porrúa, 1982, pp. 29-30.

⁶ Citado por SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "Historia del sistema jurídico mexicano", *El Derecho en México, una visión de conjunto*, México, IJ-UNAM, 1991, t. I, pp. 34-35.

sistema debido a que los beneficios económicos que se obtenían no compensaban los gastos regios de inversión. En consecuencia, desde 1499 Isabel de Castilla y Fernando de Aragón decidieron suprimir el carácter monopolístico de que estaban revestidas y resolvieron asumir una política de concesión condicionada a favor de ciertos particulares.

El desgastado erario de la Corona, y el imperioso interés de continuar la incursión en Indias, obligaron a mantener el sistema económico privado de las expediciones.

Y a través del pacto capitular, el monarca decidió conceder a la parte contratante —como vasallo suyo que era— un permiso o licencia para llevar a cabo alguna de esas empresas en territorios que, por bula papal, u otros títulos, se consideraban pertenecientes a la Corona.

Fue en virtud de la condición asumida por los conquistadores, de sufragar sus propios gastos, que la conquista constituyó, en lo sustancial, una empresa privada financiada por capitales privados, en la que los mismos soldados debían aportar sus armas y matalotaje. Había, por tanto, la exigencia recíproca de ser ampliamente recompensados.

B) *La hueste indiana*

La llamada "hueste indiana" estaba formada por gente de guerra que, de modo voluntario, y sin percepción de sueldo, se ponía bajo las órdenes de un caudillo.

Su propósito era efectuar una expedición de descubrimiento, conquista, población, o rescate, a cambio de obtener, por conducto del caudillo, participaciones del botín y demás mercedes proporcionadas por la Corona.

La mayor parte de los participantes no ponía a disposición más que sus propias personas; los menos, aportaban armas y caballos. El peso del financiamiento recaía en el organizador, quien adicionalmente tenía a su cargo todo el proyecto político y estratégico. Siendo las ansias particulares de gloria y de reconocimiento sus verdaderas fuerzas motoras. "Así como el caudillo principal gastaba su hacienda y aventuraba su vida con sólo la promesa contenida en la capitulación del rey, a su vez el soldado se concertaba con el caudillo y soportaba trabajos sólo por el aliciente del botín".⁷

Empero, si el caudal de los recursos requeridos rebasaba las posibilidades económicas del jefe conductor, se recurría a uno o más capitalistas para su financiación; éstos, a su vez, se aseguraban una participación cuantiosa a partir de todo lo que se obtuviese como resultado.

⁷ ZAVALA, Silvio, *op. cit.*, nota 2, p. 108.

Claro está que el botín que se obtenía, así como las reales mercedes, eran distribuidas con proporcionalidad al monto de lo personalmente aportado. Botín que, evidentemente, se repartía una vez hecha la deducción del quinto real que correspondía a la Corona. Las mercedes podían consistir en tierras, aguas, encomiendas, mejoramiento social, oficios, y demás motivaciones honoríficas. Todo ello, como parte de un sistema de premios e incentivos en la organización de la conquista de América.

Una vez dado de alta en la hueste, el reclutado quedaba sujeto a un régimen militar, lo que se traducía en una fidelidad absoluta hacia el caudillo, y en una permanencia hasta el fin de la expedición y el logro del objetivo, so pena de muerte. Bajo ese esquema, el jefe tenía la facultad de expedir nombramientos de corte militar, con empeños de organización expedicionaria.

Según fuere la situación y la época, las huestes podían ser reclutadas tanto en España como en los territorios indianos. En el caso de la Conquista de México, las huestes cortesianas fueron integradas con gente reclutada en Cuba, principalmente. Sin embargo, por real provisión dada en Granada en 1526, la Corona dispuso la obligatoriedad y exclusividad de la primera condición, aduciendo el riesgo de despoblamiento en Indias.

En cuanto a las estipulaciones organizacionales de la hueste, el caudillo basaba su expedición en una licencia que, por lo general, era una Capitulación.

Como ha quedado establecido, la conquista de América fue —a excepción de los primeros tiempos— una obra eminentemente popular; es decir, que hubo un claro predominio del esfuerzo privado, por sobre la acción oficial del Estado. Fue, en consecuencia, acometida por huestes reclutadas, pagadas y dirigidas por caudillos particulares y no por fuerzas de la milicia estatal.

Varias razones pueden haber contribuido a este hecho: la poca consideración que gozaron las conquistas indianas en la corte de Castilla hasta que las riquezas de México y del Perú comprobaron su importancia; que la atención Real se dirigía de preferencia a los problemas europeos del Estado español, que comprometían el erario e impedían los gastos en regiones remotas; o bien que los conquistadores de Indias salidos de sus concejos rurales seguían aferrados a la tradición medieval, no obstante que los usos de la Corte eran ya los que imponían las necesidades del Estado moderno creado. Cualquiera sea la explicación, el hecho es innegable: en las huestes de Indias se emplearon los servicios de los vasallos en la forma medieval casi pura.⁸

⁸ *Ibidem*, pp. 106-107.

En cuanto al componente humano de una hueste expedicionaria, se autorizó el reclutamiento de gente voluntaria de cualquiera de los reinos de la Corona, predominando, en principio, castellanos, andaluces y extremeños, aunque se dictaron algunas normas discriminatorias, lo que resulta comprensible si tomamos en cuenta que una de las grandes justificaciones de la penetración castellana en América se hizo consistir en propósitos de evangelización. Esto se tradujo en la prohibición impuesta a los no católicos, o a personas de dudosa catolicidad; a los gitanos, musulmanes, judíos, herejes, penitenciados por la Inquisición, entre otros, y a sus descendientes.

Si bien es cierto que en los primeros tiempos de la ocupación se autorizó el empleo de criminales de Castilla, esto mismo habría de ser conraindicado por real cédula de 1505.

Al paso del tiempo, serían las clases medias las aportadoras de los mayores contingentes.

Los adelantados debían procurar que su gente fuera limpia de toda raza de moro, judío, hereje o penitenciado por el Santo Oficio y no de los prohibidos de pasar a las Indias por las ordenanzas. Los prohibidos eran: los de linaje de moro o judío, los reconciliados o castigados por la Inquisición, los negros ladinos, los gitanos, los esclavos casados sin su mujer o hijos, las mujeres solteras sin licencia, o las casadas sin sus maridos. (...) En general, la clase española que nutrió las expediciones (...) fueron los hijosdalgo, clase intermedia entre los caballeros de alcurnia y los pecheros y clases menestrales.⁹

Lo que era un hecho es que nadie podía adentrarse en los dominios de Indias sin regia autorización. Uno de los efectos derivados de la donación pontificia hecha a favor de los Reyes Católicos y de sus sucesores.

C) *Las instrucciones*

De manera complementaria, y desde una perspectiva jurídica, las Instrucciones eran ciertas disposiciones que, a manera de poderes o contratos de mandato, extendía el rey a favor de los conquistadores, delegando en ellos la facultad coactiva, además de la jurisdicción militar, civil y criminal.

Señalaban los aspectos reglamentarios más puntuales a los que debían someterse los caudillos y la hueste. Guardaban relación con su conducta: la forma de hacer y disciplinar la expedición; el buen tratamiento debido a

⁹ ZAVALA, Silvio, *op. cit.*, nota 2, pp. 108-109.

los indígenas; la solemne toma de posesión de los lugares y la imposición de nombres para su identificación; la obligación de fundar poblaciones, y su adecuada descripción; el deber de entender la tierra en que se hallasen, su gobierno, sus moradores, sus costumbres, su cultura, sus comidas; las relaciones que debían enviarse a las autoridades que los hubiesen despachado, junto con una relatoría escrita con descripciones de su diaria actuación; entre otras.

Facultaban al instruido para resolver, conforme a Derecho y justicia, los casos civiles y criminales que surgieran durante la expedición, imponiendo penas de palabra o por escrito, y ejecutando, en su caso, las que directamente afectasen a las personas o a sus bienes.

Los descubridores no podían ser extranjeros, ni personas con prohibición expresa para pasar a las Indias. Tampoco se les podía dar el título de conquistadores, por el carácter de fuerza que éste denotaba. Debían ser hombres probos en conciencia y cristiandad, amantes de la paz y la templanza, y ceñir sus actos a los mandamientos de las Instrucciones y las leyes.

En cuanto a su cariz político, por medio de las Instrucciones, el rey –cabeza y origen de la autoridad, conforme al sentido medieval de la organización política– hacía llegar a los miembros de la hueste el principio de orden, pero sin dejar de conceder cierto margen de flexibilidad al caudillo para su conveniente adecuación a las situaciones particulares que pudieren ir adviniendo.

La instrucción, a diferencia del precepto, que era siempre obligatorio y necesario, era solamente una norma encauzadora que dejaba los detalles de la ejecución al criterio y responsabilidad del caudillo; de ahí su ductilidad: el rasgo uniforme se conservaba sin sacrificar las necesidades concretas de cada expedición. (...) Sólo esa delegación daba a los jefes potestad suficiente para contener dentro de la disciplina a los sueltos y codiciosos soldados indios.¹⁰

Tanto las Capitulaciones como las Instrucciones dictadas para la conquista de América se constituyeron en las instituciones jurídicas más recurridas por la Corona para dar base y sustento a la ocupación de los territorios donados vía emisión de bulas pontificias.

D) *Los adelantamientos*

¹⁰ *Ibidem*, p. 124.

Por lo general, por las Capitulaciones de conquista, el capitulante recibía del rey la dignidad de adelantado, que también podía ser ostentado por el fundador de poblaciones.

La institución de adelantado era un cargo o título que se concedía a aquél que tuviera la facultad de *ir por delante* en servicio del rey.¹¹ Su nombramiento era vitalicio, y se ampliaba por una vida más, o sea que el oficio lo heredaba el sucesor.

Sobre los adelantamientos, su origen, significación, cualidades y características genéricas, siempre Muro Orejón es una autoridad:

Este nombre de origen latino significa hombre antepuesto, preferido, sobrejuez, y corresponde a un alto cargo de la administración de la justicia. (...) Hay dos clases de Adelantados: los de Corte y los de Frontera. La función de los primeros es la de juzgar como delegados del rey y de ahí su denominación de sobrejuez para expresar su primacía sobre las demás justicias inferiores. El adelantado de Frontera es de carácter predominantemente militar, ejercido en territorio fronterizo con los musulmanes y con las facultades añejas de gobernación y administración de justicia del antedicho territorio. Es éste el que se trasplanta al Nuevo Mundo ya que una vez concluida la reconquista con la rendición de Granada (1492) los nuevos territorios indianos forman las nuevas fronteras hispanas. (...) Don Cristóbal Colón, el descubridor del Nuevo Mundo en unión de 99 españoles, nunca tuvo el título de adelantado. (...) Una de las específicas características de la institución del adelantado es su nombramiento vitalicio que más aún, se amplía por una vida más, o sea que el oficio lo hereda el sucesor. (...) Además del preferente de adelantado, recibe los de gobernador, capitán general, justicia mayor, alcaide de las fortalezas, cargos a los que corresponden específicas atribuciones. Su independencia de cualquier otra autoridad indiana superior –excepto cuando expresamente están subordinados a ellas– es una de las prerrogativas esenciales y por ello se relacionan directamente con el rey, a través del Consejo indiano. En determinados casos el adelantado recibe un título nobiliario –normalmente el de marqués– como premio a su labor, y sus acompañantes en la conquista el de hijosdalgos o el de caballeros de espuela dorada. Entre las preeminencias de los adelantados están: la exención del derecho de almojarifazgo durante veinte años; la del de alcabala; la libertad de derechos en la introducción de esclavos; el sólo abonar el diezmo, en vez del quinto real, durante diez años de los metales y perlas preciosas rescatados o hallados.¹²

¹¹ Cfr: VALLADO DÍAZ, Nicolás, *Breve Historia de Yucatán*, Mérida, Editorial Vallado, 1987, p. 10.

¹² MURO OREJÓN, Antonio, *op. cit.*, nota 1, pp. 191-195.

Derivados de los títulos conferidos, los adelantados estaban investidos de importantes atribuciones legislativas o reglamentarias, gubernativas, económico-gubernativas, sociales, judiciales y militares.

- Las primeras, involucraban el fiel y puntual cumplimiento de su Capitulación; es decir, del conjunto de leyes dictadas para el buen gobierno inherente al adelantamiento, lo que posibilitaba la facultad de dictar mandamientos, autos de gobierno, y la expedición de disposiciones regulatorias del trabajo de los naturales.
- Las gubernativas autorizaban, en el orden municipal, la fundación de nuevas poblaciones, entre ellas, la capital del propio adelantamiento; el nombramiento de regidores de los cabildos; la confirmación de elecciones de alcaldes de los ayuntamientos; y la erección de fortalezas, con el propio adelantado como su alcaide perpetuo.
- Las de orden económico-gubernativas les autorizaban para repartir tierras y solares, según la condición social de los vecinos y los méritos alcanzados en la conquista.
- En materia social, gozaban de notable delegación para encomendar a los indígenas de su adelantamiento entre los compañeros de conquista y entre los primeros pobladores. Pero se les imponía la obligación –bajo pena de nulidad, y como reconocimiento de la soberanía del monarca– de obtener la confirmación real dentro de un plazo cierto.
- Las facultades judiciales se correspondían con su calidad de justicias mayores –superiores a las ordinarias–. Por tanto, eran instancias de apelación respecto de fallos dictados por los alcaldes ordinarios, o por los Ayuntamientos constituidos en tribunal. Frente a las sentencias de los adelantados había un recurso aún: la suplicación ante el Consejo de Indias.
- Sus atribuciones militares resultaban de gran trascendencia puesto que el adelantado era jefe de la campaña de conquista, lo que le permitía, entre otras, el nombramiento de mandos internos y la dirección de las operaciones inherentes.¹³

De gran importancia atributiva, el adelantamiento se extinguía con la muerte de su detentador, y la de su heredero, sucediéndole, políticamente, una gobernación provincial.

¹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 197.

III. CAPITULACIONES PARA LA CONQUISTA DE YUCATÁN

Instituciones que ampararon la incursión castellana en América, habremos de reflejarlas en el caso de Yucatán.

Salmantino de nacimiento, y uno de los más distinguidos capitanes de la gesta cortesiana, Francisco de Montejo no tuvo intervención en los decisivos episodios de la conquista de México, pues había sido enviado a la Corte como emisario del caudillo extremeño.

Habiendo retornado a México en 1522, y con motivo de ciertas dificultades que acababan de surgir en la Nueva España, fue comisionado de nuevo – pero esta vez por parte de sus compañeros de armas– para realizar gestiones especiales ante la Corte.

Todos los ayuntamientos establecidos le confirieron poder, y con tan honrosas pruebas de confianza se presentó en 1524 ante Carlos I, quien finalmente le autorizó para encabezar la gran empresa de la conquista y ocupación de Yucatán.

En este segundo viaje (...) se ocupó mucho de sus asuntos particulares, que casi había olvidado en el anterior. (...) Ahora se le confirieron nuevos honores, entre los cuales no debe olvidarse el de haber sido ennoblecido, más de lo que lo era por nacimiento. Bernal Díaz, hablando de su vuelta a México, dice que ‘trajo Don y Señoría’, y Cogolludo se complace en dar una descripción detallada del escudo de armas que se le concedió. Pero la merced más importante que entonces obtuvo Montejo de la corte, fue la de conquistar y poblar la península de Yucatán, bajo bases de mucha honra y provecho para sí y sus herederos.¹⁴

Esta empresa la había solicitado Montejo al rey como un proyecto completamente independiente de la mexicana de Cortés.¹⁵

En realidad, y desde su primer viaje a la Corte, Francisco de Montejo había iniciado las gestiones conducentes a la obtención de la licencia para conquistar y colonizar la península. Gerónimo de Aguilar le había hablado mucho de la supuesta fertilidad de la tierra, de los grandes edificios que había visto en ella y de la cultura de sus habitantes.¹⁶

¹⁴ ANCONA, Eligio, *Historia de Yucatán*, 4ª ed., Mérida, México, Ediciones de la Universidad de Yucatán, 1978, t. I, p. 252.

¹⁵ Cfr. RUBIO MAÑÉ, José Ignacio, *El Virreinato, orígenes y jurisdicciones, y dinámica social de los virreyes*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica/IIH-UNAM, 1992, t. I, p. 31.

¹⁶ Cfr. ANCONA, Eligio, *op. cit.*, nota 14, p. 259.

Las gestiones montejinas concluyeron el 8 de diciembre de 1526, fecha en la que Carlos I suscribió en Granada las Capitulaciones para la Conquista de Yucatán. Los contenidos principales de la concesión son extractados y reproducidos por el reconocido historiador yucatanense Eligio Ancona:

El rey daba a Francisco de Montejo la facultad de conquistar y poblar las islas de Yucatán y Cozumel con las condiciones siguientes: 1a. que los gastos de la expedición fuesen hechos por el agraciado; 2a. que emprendiese su primer viaje, dentro de un año por lo menos, contado desde la fecha de la concesión; 3a. que construyese a sus expensas dos fortalezas en el país conquistado; 4a. que cada población que fundase, contase de cien vecinos por lo menos; 5a. que no pudiese llevar consigo personas de las que tenían prohibición de pasar a América, como herejes, moros y abogados. En cambio de estas obligaciones, se le otorgaba lo siguiente: que sería Gobernador y Capitán General vitalicio de la tierra que conquistase y poblase; que tendría para sí y sus herederos el título y honores de Alguacil Mayor y Adelantado; que él y sus sucesores obtendrían el mando de las fortalezas que construyese; que como Gobernador disfrutaría el sueldo de 150,000 maravedís, como Capitán General el de 100,000, y como Alcaide de cada fortaleza 60,000; total 370,000 maravedís; que además disfrutaría del cuatro por ciento de lo que se granjease en la conquista y población; que obtendría en propiedad un terreno de diez leguas cuadradas; y que por último estaría exento de pagar derechos aduanales por los efectos que trajese para su uso a la colonia. Los que acompañasen a Montejo en la conquista y población, debían gozar de la misma exención de derechos; debía dárseles además dos solares y dos caballerías de tierra para su establecimiento, propiedades que sólo podrían enajenar al cabo de cuatro años; estarían exentos por el mismo tiempo de ciertos impuestos, y por el oro y plata de las minas, sólo pagarían en los tres primeros años el décimo, en el cuarto el noveno y así sucesivamente hasta el octavo, en que comenzarían a pagar el quinto, establecido para toda la América. Estipulose además en el contrato que los diezmos serían destinados al sostenimiento del culto, que iba a predicarse, y que pudiesen ser vendidos como esclavos los indios que resistiesen la conquista, y los que estuviesen reducidos a la servidumbre por los caciques. Terminaba la Capitulación, ordenando al Adelantado que se sujetase a ciertas disposiciones dictadas en 17 de noviembre de 1526 para corregir los abusos que se cometían en las conquistas del Nuevo Mundo (...).¹⁷

Al referirnos este hecho, Fray Diego de Landa nos recuerda cómo el adelantado Montejo, en su proyecto, habría de involucrar a su hijo, además de

¹⁷ *Ibidem*, pp. 260-261.

su sobrino, todos del mismo nombre: “Que en este tiempo que Montejo estuvo en la corte negoció para sí la conquista de Yucatán, aunque pudo haber negociado otras cosas; le dieron el título de adelantado y se vino a Sevilla llevando a un sobrino suyo de trece años de edad y de su mismo nombre, y en Sevilla halló a su hijo de 28 años a quien llevó consigo”.¹⁸

En junio de 1527 retornaba Montejo a América, pero esta vez como adelantado de Yucatán. Se dispuso, entonces, a emprender la conquista de un territorio, hasta ese tiempo considerado insular.

IV. PROCESO GENERAL DE CONQUISTA

La conquista de Yucatán se nos presenta como una serie de episodios largos y difíciles. Montejo hubo de vender propiedades de su propio patrimonio y obtener préstamos de diverso origen para la financiación de su expedición. Beatriz de Herrera, acaudalada viuda sevillana –y a quien después haría su esposa–, proporcionó cantidades adicionales.

En total el Adelantado pudo reunir 28,000 castellanos, dinero cuantioso para aquel tiempo. Con estos fondos Montejo obtuvo cuatro buenos navíos (...), un número de pequeños cañones, lo mejor en armas pequeñas que entonces se podía conseguir, caballos, y gran cantidad de víveres y otras provisiones. El ‘San Jerónimo’, del que era maestre Miguel Ferrer, podía llevar unos 130 hombres de guerra y de 20 a 25 caballos. La ‘Nicolasa’ que era una carabela, llevaba como piloto a un marino llamado Ochoa, que había contratado Montejo para el viaje. Otro navío era un bergantín y se llamaba ‘La Gabarra’. Se estimaba que la expedición estaba bien surtida como para un año, de harina, carne, vino, vinagre, aceite y galletas; la armada se consideró estar muy bien abastecida con todo lo necesario.¹⁹

Con él emprendieron la colosal aventura hombres de todos los rangos y de diversas regiones de España: Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Andalucía, Extremadura, Murcia, Valencia, Galicia y provincias vascongadas, viniendo, en su mayoría, de las tres primeras.

¹⁸ DE LANDA, Diego, *Relación de las cosas de Yucatán*, 12ª ed., México, Biblioteca Editorial Porrúa, 1982, p. 22.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 32-33.

Los había nobles de ciudad e hijos de abogados (...), profesionistas e hijos de familias vecinas, plebeyos y campesinos. Venían de grandes ciudades y de villorrios. Un número considerable era de Salamanca y de Ciudad Real, testimonio del reclutamiento personal que Montejo y Dávila (Alonso de Ávila) hicieron en sus ciudades natales. Algunos eran veteranos de campañas europeas y otros empuñaban por primera vez las armas. (...) Más de 250 hombres, sin contar oficiales y tripulaciones de los barcos, entraron al servicio de Montejo. Además de proveer armas a una gran proporción de su gente, Montejo parece haber dado dinero en préstamo a un gran número. La mayor parte de estos hombres eran poco menos que aventureros atraídos únicamente por la anticipación de pronto enriquecimiento, más que colonizadores previsores; pero hubo algunos de mayor capacidad, especialmente entre aquellos que seleccionó Montejo como sus subordinados, con cuidado y discriminación. Éstos eran hombres de calidad y visión, hechos del material sólido de donde provienen los constructores de imperios.²⁰

En junio de 1527, la expedición de Montejo navegó río abajo por el Guadalquivir hasta el puerto andaluz de Sanlúcar de Barrameda. En este lugar –donde confluyen la vía fluvial y el Atlántico– pasó la última revista, dejando la costa continental el día 26 de junio de 1527.

Y no obstante su autojuzgamiento como la mejor Armada que había salido de territorios de Castilla, la empresa duró cerca de veinte años, tiempo muy prolongado si se compara con los dos años requeridos por Cortés para consumar la conquista de México (1519-1521), y los ocupados por Pizarro para someter al imperio inca. “Requirió la conquista de Yucatán muchos esfuerzos de los españoles, quizás los más extensos en la sojuzgación de las Indias”.²¹

Simbólicamente iniciada en 1527, la Conquista no culminaría sino hasta 1547. Podemos distinguir tres fases:

- La primera (1527-1529), bajo la personal responsabilidad y directa intervención de Montejo, "el Adelantado". Abarcó desde su entrada por la costa oriental de la península (isla de Cozumel) –y la correspondiente fundación de la primera Salamanca, en Xel-Há–, hasta su fracaso y temporal abandono del territorio peninsular.
- La segunda (1530-1535), emprendida desde el occidente de la península, tomó como base la provincia de Tabasco –región que había sido

²⁰ *Ibidem*, pp. 33-34.

²¹ RUBIO MAÑÉ, José Ignacio, *op. cit.*, nota 15, p. 31.

previamente conquistada por el "Adelantado"-. En este segundo y fracasado intento de conquista, además del capitulante, intervino su hijo Francisco de Montejo y León (llamado "El Mozo", para diferenciarlo de su padre).

- La tercera, y decisiva fase (1540-1547), siempre acometida desde el occidente, y tomando a Tabasco como punto de apoyo, fue ejecutada y dirigida –a diferencia de las dos anteriores– por "El Mozo", dada la delegación, a su favor, de los poderes y facultades de que estaba originalmente investido su padre. El sobrino también participó en esta etapa, y cumplió un importante papel en su culminación.

Consecuencia de sus dos primeros fracasos, el "Adelantado" decidió permanecer ausente de Yucatán durante casi doce años, hasta su arribo a Mérida en 1546, cuatro años después de la fundación de ésta.

En ese lapso, desempeñó algunas comisiones tanto en Nueva España, como en Honduras y Chiapas, principalmente.²²

En el intermedio de la segunda y tercera fases, el Adelantado Montejo va a Honduras, en busca de otra base para la conquista de los mayas de Yucatán. Se le confiere ese gobierno con el propósito de consolidar su empresa. En esos años, 1535-1539, pelean los dos Adelantados, el de Guatemala y el de Yucatán, Alvarado y Montejo, la jurisdicción de Honduras. Al fin se concertó un arreglo en la controversia. Alvarado consintió en ceder a Montejo la Alcaldía Mayor de Chiapas por la devolución de Honduras. Se trasladó el Adelantado de Yucatán a Ciudad Real de Chiapas, 1539, y desde allí vigila a su hijo y sobrino en la tercera fase de la conquista de Yucatán. En 1542 regresa a Honduras.²³

Bifurcada la empresa en dos vertientes temporales –antes y después de 1535–, los dos primeros intentos fueron dirigidos por el "Adelantado". Y tendría que ser su hijo, por Instrucciones suyas, quien la acometiera, dirigiera y culminara.

“Francisco de Montejo, padre, (...) fue la persona señalada por el destino para ajustar y emprender la ardua empresa de la conquista de Yucatán, conducirla

²² Cfr. ROSA DÍAZ, Jaime, *Historia de Yucatán*, Mérida, Ediciones de la Universidad de Yucatán, 1991, pp. 59-60.

²³ RUBIO MAÑÉ, José Ignacio, *op. cit.*, nota 15, p. 31.

dificultosamente durante largo espacio, y terminarla en el periclitar de su existencia con el armado brazo de su hijo, Francisco el Mozo”.²⁴

V. FUNDACIÓN DE MÉRIDA DE YUCATÁN

Punto toral del proceso de conquista y ocupación, para arribar al acto político y jurídico de la fundación de Mérida como capital de Yucatán, retornaremos un poco en el tiempo.

A) *Instrucciones del Adelantado*

Aunque no con buen gusto y ánimo, el Adelantado Francisco de Montejo asumió el gobierno de Chiapas el 2 de abril de 1540, sin jamás dejar de aspirar al renovado intento de conquista de Yucatán.

Para ello, citó a su hijo a reunirse con él en Ciudad Real (San Cristóbal de las Casas, Chiapas) para tratar acerca de los planes y medios para la continuación de la suspensa obra, manifestándole la decisión que había tomado de conferirle amplios poderes para la ejecución de tal cometido, haciéndose el otorgamiento ante el escribano real Hernando de Esquivel.

A través de un formalizado pliego de Instrucciones en el que trazó a su hijo un verdadero plan de campaña, el "Adelantado" sustituyó, por delegación, los poderes que tenía del rey, y acabó por otorgarle facultad para repartir tierras y encomendar indígenas entre los conquistadores que le acompañaren, y según los méritos que cada uno adquiriese.²⁵

Al instruirlo acerca de la conducta que debía observar, se previó, entre otros aspectos, la fundación de la capital en el territorio ocupado por la ciudad maya de Ichcaanzihó, también conocida como T'hó. En ese lugar debía instalar su cabildo y regimiento. Además, desde ahí trabajaría para lograr la pacificación de todas las provincias mayas, sujetándolas a su poder, y “debiendo de hacer los repartimientos en no menos de a cien vecinos (...), siendo ésta la principal ciudad de todas”.²⁶

²⁴ ACERETO, Albino, “La primera campaña conquistadora”, en *Enciclopedia Yucatanense*, 2ª ed., México, Edición oficial del Gobierno de Yucatán, 1977, t. III, p. 30.

²⁵ Cfr. ANCONA, Eligio, *op. cit.*, nota 14, pp. 313-314.

²⁶ *Ibidem*, p. 56.

Fue hasta entonces que su hijo Francisco de Montejo y León, "El Mozo", ayudado por su primo, reemprendió, con nuevos bríos, la difícil y desafiante misión.

En Ah-kin-Pech, y corriendo el año de 1540, fundó el 4 de octubre la villa de San Francisco de Campeche, para que sirviese como puerto principal y entrada a la provincia. Nombró alcaldes y regidores, y asignó por vecinos de la villa a 30 españoles.

Luego, con tiento, pero con firmeza, fue ocupando distintos lugares hasta llegar a la antigua Ichcaanzihó, sitio donde estableció su cuartel general y donde habría de fundar, poco tiempo después, la floreciente capital de la provincia.

B) *Reconocimiento de Ichcaanzihó*

La primera gran visión e impresión que causara a los expedicionarios la ciudad maya de Ichcaanzihó –construida en el siglo XII por el caudillo Ah Chan Caan, de la tribu Itzá–, podemos obtenerla de las Crónicas de uno de los primeros conquistadores de Yucatán: Blas González.

Blas González, personaje incorporado a Montejo en Sanlúcar de Barrameda, lo acompañó en los dos primeros intentos de conquista. Y junto con "el Mozo" y el sobrino, intervino también en la etapa final de la gesta, distinguiéndose durante la gran rebelión maya de 1546-1547.

Al cese de las hostilidades, se estableció en la añeja y oriental Zací, donde en 1543 se fundó Valladolid. Ahí fue nombrado Registrador Perpetuo y Encomendero de las circundantes poblaciones de Ichmul y Tikuch, tomando parte activa en la redacción de las Relaciones Históricas Geográficas de Valladolid.

Fue el 30 de noviembre de 1541, en Dzibical (Umán), cuando Blas González registró en sus *Crónicas* su impresión primera de Ichcaanzihó. Crónicas que, al decir de Robert S. Chamberlain,²⁷ están investidas de una gran veracidad, y en donde no deja de reconocerse la tenacidad y valentía de los vencidos.

Pero dejemos que sea el propio cronista el que nos ilustre:

El Capitán General Francisco de Montejo dispuso que salieran de Dzibical veinte hombres y el Capitán Francisco Moreno de Almaraz, con cargo de ir a explorar el asiento de Ichcaanzihó. Dzibical dista sólo cuatro leguas, y el

²⁷ Cfr. ROMERO CONDE, Paulino (comp), Blas GONZÁLEZ, *Crónicas de la Conquista de Yucatán*, Mérida, Ediciones de la Universidad de Yucatán, 1992, p. 6.

una mañana caminamos el trayecto que separa las dos poblaciones. Al llegar quedamos estáticos, contemplando unas grandiosas ruinas, las primeras que conocíamos y veíamos en estos lugares, y que nos trajeron a la memoria los gratos recuerdos de la patria ausente, por las ruinas romanas esparcidas en ella. A tal grado que el Capitán Moreno de Almaraz exclamó ¡se parece a Mérida!, estando de acuerdo con él los presentes. Hay en el centro de la población, cinco cerros grandes y elevados forrados de piedra y otros montículos más pequeños esparcidos en todo su perímetro. Uno de los cerros mayores, de altura de cinco estados. Y otros cuatro se encuentran al sur y oriente del primero. Todos esos gigantescos cerros sirven de basamento a muy antiguos edificios cuyos restos se destacan entre árboles elevados y matorrales espesos que han crecido junto a ellos. El cerro del poniente ostenta en su cima un adoratorio de cantería bien labrado. En los cerros del oriente hay muy buenas capillas de bóveda de mampostería. Los edificios más espléndidos están en el gran cerro ubicado entre los del oriente y poniente. (...) El lugar está ocupado por una aldea de indios con casas de palma y extensos patios donde cultivan hortalizas y frutales, los cuales se mostraron pacíficos diciendo que los citados edificios servían antaño de palacios y templos religiosos de una ciudad llamada Ichcaanzihó que había sido abandonada hace 200 años. Que pertenece al cacicazgo de Chakán cuya cabecera es Caucel situado a unas 3 leguas al poniente. Dijeron también que la costa se encuentra a nueve leguas al norte y que los vientos del oriente y del norte refrescan el lugar por las noches y las mañanas y que el agua de los cenotes está a cinco varas de profundidad. Con la emoción reflejada en el semblante por lo magnífico del sitio, regresamos a Dzibical para informar al Capitán Montejo del resultado de nuestra misión.²⁸

C) *Ocupación de Ichcaanzihó y determinación fundacional*

Blas González apunta el 25 de diciembre de 1541 como fecha de ocupación de Ichcaanzihó:

Saliendo de Dzibical-Umán, hoy arribó el Capitán General Francisco de Montejo, el Mozo, acompañado del Capitán Montejo, el Sobrino, y demás capitanes y tropa que nos acompañan, instalándose en el cerro del poniente y ordenando la instalación del campamento en casas de enramadas alrededor del mismo. El Capitán Montejo, el Sobrino, se instaló en el cerro del oriente, asignándose a

²⁸ *Ibidem*, pp. 35-38.

los aliados mexicanos el cerro del sur y a los mayas amigos el cerro del nores-te.²⁹

Francisco de Montejo y León, "El Mozo", había comprendido la conveniencia de echar los cimientos de la capital provincial en aquella monumental ciudad de los mayas, tan identificada con los sucesos más importantes de la conquista, y escogida con antelación por su padre.

Fue así como el 1º de enero de 1542 resolvió fundar la ciudad de Mérida. Y estando todos de acuerdo, quedó determinado el día 6 de enero como el de su formal fundación:

Reunió a todos los capitanes en consejo, y oído su dictamen, fue opinión común que el asiento de Ichcaanzihó era el más adecuado para fundar la capital de la colonia. Es un sitio ameno, salubre, circundado de abundantes dehesas, refrescado por las brisas y el sueste alternativamente, y rodeado de poblaciones ricas y florecientes, como son las de Zipatán, Ceh-Pech, Chakán y Acanul.³⁰

La dominación española, que en Yucatán duraría 279 años (1542-1821), había iniciado. Sin embargo, ante los diversos brotes y levantamientos indígenas posteriores, la conquista sólo pudo consumarse hasta 1547, cinco años después de la fundación de Mérida.

Los mayas aún no se resignaban a servir en la misma tierra donde antes habían sido amos y señores.

D) *Acto fundacional*

Este hecho, fundamental y definitivo en el largo devenir de la conquista de Yucatán, tuvo lugar el día de la Epifanía cristiana, a las ocho horas, bajo un frondoso árbol, y al pie del cerro principal, tal y como quedó registrado en las *Crónicas* de Blas González.

"El Mozo" reunió a sus acompañantes y, en presencia del escribano Rodrigo Álvarez, con un acento que las circunstancias debían haber hecho solemne, expresó que, en virtud de los poderes a él conferidos por su padre, había venido a Yucatán con el ánimo de cristianizarlo y sujetarlo al dominio del rey de Castilla; y que siendo necesario erigir una ciudad principal en el corazón de dicho territorio, él, en su carácter de Teniente Gobernador, Justicia Mayor, Repartidor y Capitán General, fundaba, en el asiento de T'hó,

²⁹ *Ibidem*, pp. 38-39.

³⁰ *Ibidem*, p. 40.

una población española en honor y reverencia de Nuestra Señora de la Encarnación; y al tiempo que le daba el nombre de Mérida, invocaba sobre ella las bendiciones del cielo.³¹

El escribano hizo constar éstas y otras razones en el *Acta de Fundación de Mérida*, suscribiéndola junto con el fundador de la ciudad, entre las aclamaciones y vítores de todos los circunstantes.

Aquel 6 de enero, el Mozo Montejo llegó a la vieja ciudad maya situada a 36 kilómetros del mar. Miró la opulencia de varios edificios mayas, que aunque semiabandonados, aún mostraban la riqueza arquitectónica que le habían dado sus constructores. Y su mirada fue de nostalgia: recordó el esplendor de una ciudad también en ruinas, pero situada allende el océano. Recordó los vestigios romanos de la Emérita Augusta de la tierra extremeña. En su memoria, motivada por la visión de la antigua Ichcaanzihó, se recrearon el anfiteatro construido por Augusto, el teatro que fue obra de Agripa, el arco de Trajano y otras construcciones de la ciudad española cercana al río Gadiana. Y la remembranza determinó el nombre de la ciudad que estaba siendo fundada. Había desaparecido T'hó. Comenzaba la Mérida de Yucatán.³²

Aunque la fundación de Mérida no significó, en modo alguno, el desenlace de la obra de conquista de Yucatán, sí vino a constituir, en términos jurídico-políticos, un paso definitivo en la causa de dominación de la península.

Aunado al hecho de que, por su misma condición de capital, fue el asiento obligado de las autoridades civiles y religiosas encargadas de su gobierno y, por consiguiente, el escenario donde se produjeron los principales problemas de acomodamiento cultural, administrativo y político que acompañaron el proceso de conformación y consolidación de la muy particular y compleja provincia española de Yucatán.

Provincia que después de experimentar una muy peculiar evolución a través de sus disímolas instituciones políticas, económicas y jurídicas, habría de conducirse, ya en la era independiente, no sin razones de peso, como un enclave mexicano con marcado ejercicio autonómico, pro-federalista y anti-centralista, que ha sido objeto de general controversia bajo la nada rigurosa adjetivación de separatista. Pero ello será materia extensiva de otro estudio.

³¹ Cfr. ANCONA, Eligio, *op. cit.*, nota 14, p. 334.

³² HUCHIM, Eduardo R., "Piropo a Mérida, dama de 450 años", en *Mérida ayer y hoy*, México, Editora Xalco, 1992, p. 9.

VI. CONCLUSIONES

Para la ordenación y regulación jurídica del conjunto de las empresas de exploración y expansión atlánticas, la Corona de Castilla recurrió a la contractual institución de las Capitulaciones de descubrimiento, conquista, pacificación y población.

Si bien tales empresas estaban internamente soportadas y antecedidas por la celebración de Capitulaciones reales o Asientos de la Corona, los resultados obtenidos generaron la conveniencia de garantizarse la soberanía de los nuevos territorios mediante el reconocimiento jurídico-internacional que una Bula pontificia ofrecía.

El proceso de conquista y ocupación de Yucatán tuvo su inmediato fundamento jurídico en las Capitulaciones que Carlos I de España concedió a Francisco de Montejo, padre, en 1526.

Por medio de las Capitulaciones para la Conquista de Yucatán, el monarca otorgó a Montejo la dignidad de adelantado, lo que supuso la concesión de un número importante de atribuciones y prerrogativas que habrían de enmarcar los hechos de conquista y ocupación.

Las Instrucciones delegatorias para la ejecución final de la conquista y ocupación de Yucatán, que el adelantado Francisco de Montejo confirió a su hijo, Francisco de Montejo y León, "El Mozo", constituyen, por su misma naturaleza, verdaderos contratos de mandato y de otorgamiento de poderes, por cuanto se delegaba la facultad coactiva y la jurisdicción militar, civil y criminal.

La fundación de Mérida de Yucatán (6 de enero de 1542) no significó, de modo alguno, el fin del largo y tortuoso proceso de conquista iniciado en 1526-1527, pero sí constituyó un paso definitivo para su consumación en 1546-1547.

La fundación de Mérida como capital política fue un acto formal y solemne que se ajustó a todos los ordenamientos generales y particulares del derecho aplicable al Nuevo Mundo, y a la circunstancia especial que enmarcó la histórica gesta yucatanense.

VII. FUENTES DE CONSULTA

ANCONA, Eligio, *Historia de Yucatán*, 4ª ed., Mérida, México, Ediciones de la Universidad de Yucatán, 1978.

Antología de la historia de Yucatán, Mérida, México, Ediciones de la Liga de

Acción Social, 1951.

Anuario mexicano de historia del derecho, t. II, México, IJ-UNAM, 1990.

ARRILLAGA TORRÉNS, Rafael, *Grandeza y decadencia de España en el siglo XVI*, México, Porrúa, 1993.

BETANCOURT PÉREZ, Antonio y SIERRA VILLARREAL, José Luis, *Yucatán, una historia compartida*, México, Secretaría de Educación Pública-Instituto Mora-Gobierno del Estado de Yucatán, 1989.

-----, y RUZ MENÉNDEZ, Rodolfo (comps.), *Yucatán: textos de su historia*, t. 1-2, México, Secretaría de Educación Pública-Instituto Mora-Gobierno del Estado de Yucatán, 1988.

BRADING, David A., *Orbe indiano, de la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, México, FCE, 1993.

BRAVO UGARTE, José, *Historia de México*, t. 1-3, México, Editorial Jus, 1951.

CÁMARA ZAVALA, Gonzalo, *Catálogo histórico de Mérida*, Mérida, México, Universidad de Yucatán, 1977.

CANTO LÓPEZ, Alfredo, *Historia de México, 1517-1970*, t. I, 5ª ed., Mérida, México, 1975.

CARRETERO, Anselmo, *Castilla, orígenes, auge y ocaso de una nacionalidad*, México, Biblioteca Editorial Porrúa, 1996.

CASTILLO PERAZA, Carlos (comp.), *Historia de Yucatán*, 2ª ed., Mérida, México, Editorial Dante, 1987.

CASTRO, Américo, *La realidad histórica de España*, 7ª ed., México, Biblioteca Editorial Porrúa, 1980.

CHAMBERLAIN, Robert S., *Conquista y colonización de Yucatán, 1517-1550*, 2ª ed., México, Biblioteca Editorial Porrúa, 1982.

DE LANDA, Diego, *Relación de las cosas de Yucatán*, 12ª ed., México, Biblioteca Editorial Porrúa, 1982.

DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, 2ª ed., México, Editorial Patria, 1986.

Diccionario Jurídico Mexicano, t. 1-4, 2ª ed., México, Porrúa-IJ-UNAM, 1987-1988.

Enciclopedia Yucatanense, t. III, 2ª ed., México, Edición oficial del Gobierno de Yucatán, 1977.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, t. 1-2, 2ª ed., México, Porrúa, 1984.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de historia del Derecho español*, t. 1-2, 4ª

ed., Madrid, Artes Gráficas y ediciones, 1974.

-----, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario y GONZÁLEZ, María del Refugio, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, México, IJJ-UNAM, 1982.

GERHARD, Peter, *La frontera sureste de la Nueva España*, México, UNAM, 1991.

HARING, C. H., *El imperio español en América*, México, Alianza Editorial Mexicana-Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1990.

HUCHIM, Eduardo R., *Mérida ayer y hoy*, México, Editora Xalco, 1992.

LÓPEZ COGOLLUDO, Diego, *Historia de Yucatán*, 5ª ed., México, Academia Literaria, 1957.

LOZANO FUENTES, José Manuel, *Historia de España*, México, Compañía Editorial Continental, 1984.

MARTÍNEZ, José Luis, *Hernán Cortés*, México, UNAM-FCE, 1993.

MOLINA SOLÍS, Juan Francisco, *Historia del descubrimiento y conquista de Yucatán*, Mérida, México, Imprenta y litografía R. Caballero, 1896.

MORALES PADRÓN, Francisco, *Historia del descubrimiento y conquista de América*, 5ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 1990.

MURO OREJÓN, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Miguel Ángel Porrúa editores, 1989.

O'GORMAN, Edmundo, *La idea del descubrimiento de América*, México, UNAM, 1976.

OROSA DÍAZ, Jaime, *Historia de Yucatán*, Mérida, México, Ediciones de la Universidad de Yucatán, 1991.

OTS CAPDEQUÍ, José María, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Editorial Aguilar, 1968.

RAMÍREZ AZNAR, Luis, *De Colón a los Montejo*, Mérida, México, Ediciones de la Universidad Autónoma de Yucatán, 1992.

ROMERO CONDE, Paulino (comp.), *Blas González, crónicas de la conquista de Yucatán*, Mérida, México, Universidad de Yucatán, 1992.

RUBIO MAÑÉ, José Ignacio, *Alcaldes de Mérida de Yucatán*, 2ª ed., Mérida, Ediciones de la Universidad Autónoma de Yucatán, 1992.

-----, *El Virreinato, orígenes y jurisdicciones, y dinámica social de los virreyes*, t. I, 2ª ed., México, FCE-IJJ-UNAM, 1992.

-----, *La casa de Montejo en Mérida de Yucatán*, México, IIE-

UNAM, 1941.

-----, *Los primeros vecinos de la ciudad de Mérida de Yucatán*, Mérida, Universidad de Yucatán, 1935.

RUZ ESCALANTE, José Luis y GAMBOA, María Teresa, *Breve historia de la legislación maya, siglos I al XIX*, México, Fondo de Publicaciones y Ediciones del Gobierno del Estado de Quintana Roo, 1991.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael *et al.*, *Historia del derecho indiano*, Madrid, Editorial Mapfre, 1992.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Historia del sistema jurídico mexicano”, *El Derecho en México, una visión de conjunto*, t. I, México, IIJ-UNAM, 1991.

THOMAS, Hugh, *La conquista de México*, México, Editorial Patria, 1994.

VALLADO DÍAZ, Nicolás, *Breve historia de Yucatán*, Mérida, México, Editorial Vallado, 1987.

ZAVALA VALLADO, Silvio, *Ensayos iberoamericanos*, Mérida, México, Ediciones de la Universidad Autónoma de Yucatán, 1993.

-----, *Hernán Cortés ante la justificación de su conquista*, 2ª ed., México, Porrúa, 1985.

-----, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 3ª ed., México, Biblioteca Editorial Porrúa, 1988.

-----, *La encomienda indiana*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL LIBERALISMO MEXICANO

HISTORICAL BACKGROUND OF MEXICAN LIBERALISM

José Luis CHIRINOS PALOMO*

RESUMEN: Existe la imperiosa necesidad de replantear el análisis de la evolución histórica de nuestras instituciones políticas. A la consumación de la Independencia, el problema esencial de la nueva nación fue la creación de su orden político. No fue tarea fácil, los actores no lograron consenso entre dar continuidad al sistema indiano o implantar una filosofía política derivada de una interpretación –correcta o falsa– de la Ilustración. El problema fue esencialmente político-jurídico. Conservar o derogar la jurisdicción indiana: laica, canónica e indígena, y la vigencia de sus instituciones; o implantar un sistema unitario, prevalentemente laico. El desacuerdo provocará el uso de la fuerza, cuyas consecuencias son ampliamente conocidas.

PALABRAS CLAVE: Liberalismo mexicano, Historia de México, Ilustración, Jesuitas, periodo indiano, hispanidad.

ABSTRACT: There is an urgent need to rethink the analysis of the historical evolution of our political institutions. Upon the consummation of Independence, the essential problem of the new nation was the creation of political order. It was not easy, the actors did not achieve consensus to continue the Indian system or implement a political philosophy derived from an interpretation of the Enlightenment. The problem was essentially political and legal. Save or repeal the Indian jurisdiction: secular, canonical and indigenous, and the validity of their institutions; or the implantation of a prevalently secular unitary system.

KEYWORDS: Mexican Liberalism, History of Mexico, Enlightenment, Jesuit Indian period, Hispanic Heritage.

* Profesor por oposición de las asignaturas Historia del Derecho Mexicano e Historia Constitucional de México, e investigador adscrito al Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Entre Renacimiento e Ilustración*. III. *Perfil ideológico de la Conquista*. IV. *La Hispanidad en las Cortes de Cádiz*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

Al pasar del siglo XV al XVI, y más todavía al XVII, se sienten ensancharse los horizontes y las posibilidades de creación, aumenta el reconocimiento de la dignidad humana.

H. J. Laski

I. INTRODUCCIÓN

El principio liberal se encuentra fuertemente ligado al proceso histórico por el que quedaron definidas las instituciones políticas de la actual nación mexicana. El siglo XIX, en la opinión coincidente de distinguidos actores políticos, (liberales, conservadores) fue en aceptar dicho principio como el tiempo adoptado y del que se generaron consecuencias de carácter científico, político, social, económico y religioso.

La preocupación central de estas líneas, es un intento de análisis, reflexivo y sereno, que permita afirmar o negar, si la doctrina de la Ilustración fue debidamente entendida y aplicada en la creación del Sistema Político, tan necesario a las necesidades de la nueva Nación Mexicana. La duda se genera de los debates apasionados y contradictorios del período; liberales, moderados y conservadores no lograron consenso en sus posiciones; frente al desacuerdo, se acudiría a la fuerza.

El siglo XIX transcurre entre planes políticos coherentes o no; con proyectos constitucionales de corte liberal o conservador, imprecisos y contradictorios en lo ideológico, político y jurídico; la consecuencia fue el atraso en el desarrollo de la nueva nación en múltiples rubros.

La génesis del liberalismo mexicano, lo ubican en la Ilustración, movimiento filosófico del siglo XVIII y cuyas expresiones sociales más significativas lo fueron la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos. En relación con esta posición, el historiador y político mexicano, Jesús Reyes Heróles afirma: "Si bien es 1808 el año en que se exterioriza la recepción de las ideas liberales, había sedimentos que facilitaban el proceso. La larva estaba en el proceso cartesiano de las postrimerías del siglo XVIII y

en lecturas iluministas anteriores. En la tradición suarista de los jesuitas, que sostenían el origen popular de la soberanía”.¹

Se apoya en Lorenzo de Zavala, quien en su obra *Ensayo histórico de las revoluciones de México*, señaló que el año indicado, fue el momento histórico del inicio de la filosofía ilustrada: “Como el tiempo anterior a los sucesos de 1808 es un período de silencio, de sueño y monotonía, a excepción de algunos destellos que asomaban de cuando en cuando respirando la libertad, la historia interesante de México no comienza verdaderamente sino en aquél año memorable”.²

Reyes Heróles, citando a Vicente Roca fuerte dice de él: “Las fuentes de Roca fuerte son puramente liberales y consisten en: 1) El liberalismo francés predoctrinario y posteriormente doctrinario; 2) La revolución norteamericana y su literatura motivadora o derivada; 3) Las Cortes de Cádiz y sus desprendimientos; 4) La restauración de Cádiz y sus efectos”.³

En suma, la Ilustración se constituyó en la fuente filosófica del liberalismo decimonónico y sus principios esenciales, división de poderes, soberanía, república, federalismo, tolerancia religiosa y otros, serán materia del debate político del siglo XIX; serán factor determinante en la configuración de los movimientos constitucionales de ese tiempo. Cádiz, Rayón, Hidalgo, Morelos, Apatzingán, Iturbide, y especialmente en los Códigos Políticos de 1824, 1836 y 1857, en ellos, en mayor o menor grado, se hayan principios de la Ilustración.

La premisa que considera a la Ilustración como única fuente del liberalismo, parece irrefutable; no obstante, es arbitraria la posición de señalar al año de 1808 como el inicio del liberalismo mexicano, es reveladora del desdén omisión o ignorancia (dolo o mala fe, quizá sea una exageración mía) de los estadios anteriores a esa fecha; especialmente del período indiano cuya configuración fue del resultado de las culturas primigenias americanas con la tradición latina occidental.

Además, es contradictoria la tesis del C. Licenciado Reyes Heróles, como él mismo señala: *La larva estaba en el proceso cartesiano de las postrimerías del siglo XVIII y en lecturas iluministas anteriores. En la tradición suarista de los jesuitas, que sostenían el origen popular de la soberanía*; es decir, los antecedentes del movimiento liberal no solo están en los movimientos sociales que invoca sino en la herencia histórica interna a consecuencia de la integración cultural del período indiano en la que los jesuitas tuvieron relevante papel.

¹ REYES HERÓLES, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, FCE, t. I, 1974, p. 5.

² *Ibidem*, p. 6.

³ *Ibidem*, p. 35.

II. ENTRE RENACIMIENTO E ILUSTRACIÓN

La pretensión de ser la Ilustración la única fuente válida del nuevo sistema mexicano, no es lógica ni histórica, aceptarlo significa, en lo interno; olvidar, ignorar, desdeñar los períodos históricos precedentes y, por otro lado, pasar por alto que la Ilustración no es una creación autónoma e independiente de los movimientos ideológicos que le antecedieron.

No puede ser explicada alejándola del Renacimiento y de la herencia medieval. La secuela histórica del mundo occidental: Grecia-Roma-Edad Media-Renacimiento-Ilustración, etc. Son, en su más amplia acepción, una sola propuesta cultural; cada período tuvo, en razón de su tiempo y necesidad, sus propias características. Las sociedades subsecuentes tomaron de ellas lo que estimaron más importante y trascendente y las hicieron suyas.

Ejemplos palpables de dicha evolución lo son, en lo jurídico, el sistema romano contemporáneo y en la herencia filosófica y teológica del Cristianismo, este último trascendió en la cultura occidental (y en la oriental) por haberse recreado en la filosofía griega, en la tradición judaica y en el mismo derecho romano y sustentada en sus propuestas teológicas.

Por tanto, no es un fenómeno cultural aislado del contexto histórico, es su consecuencia; Ernst Cassirer, especialista en ésta corriente del pensamiento dice sobre ella:

Porque su resultado decisivo y permanente no consiste en el puro cuerpo doctrinal que elaboró y trató de fijar dogmáticamente. En mayor o menor grado de lo que ella misma fue consciente, la época de las Luces ha dependido en ese aspecto de los siglos que la precedieron. No ha hecho más que recoger su herencia; la ha dispuesto y ordenado, desarrollado y aclarado, mejor que captar y hecho valer motivos intelectuales y originales.⁴

Ramón Xirau, filósofo mexicano, coincide en el pensamiento de Cassirer y la conceptualiza en los términos siguientes:

La palabra Renacimiento indica de por sí una nueva actitud de entusiasmo. Entusiasmo por las ciencias, las artes y las letras de los antiguos griegos y romanos; entusiasmo por los hechos naturales y por la bondadosa naturaleza que Leonardo da Vinci declaraba digna de imitación constante; entusiasmo por el

⁴CASSIRER, Ernst, *La filosofía de la Ilustración*, México, FCE, 2002.

centro de la naturaleza que es el hombre. El Renacimiento es una propuesta que vuelve la cara al mundo clásico.⁵

Entre Renacimiento e Ilustración existe una relación dialéctica, Ernest Cassirer lo demuestra con las siguientes afirmaciones: “La idea del derecho y el principio de los derechos inalienables, constituye uno de los rasgos fundamentales de la filosofía de las luces que, que con todo su apasionado impulsó hacia adelante... se apropia de la idea cartesiana que declara a la razón como poseedora de los derechos de primogenitura... La filosofía de las luces no considera su misión como un acto destructivo, sino restaurador... En ese sentido se pone en contacto con el humanismo del Renacimiento cuya herencia recoge”.⁶

En suma, es de afirmarse que la Ilustración no es una propuesta histórica, es el resultado de la evolución del pensamiento humano; no rompe con el pasado, su objetivo es de superación y progreso; así lo sostiene Cassirer quien señala:

La filosofía de las Luces no considera su misión como un acto destructivo, sino restaurador. Hasta en sus revoluciones más atrevidas no pretende otra cosa que restaurar; *restitutio in integrum*, por lo que la razón y la humanidad son restablecidas en sus viejos derechos. En el aspecto histórico esta doble tendencia se revela, por una parte, en que la Ilustración, en toda su lucha contra lo existente y contra el pasado inmediatamente próximo, vuelve con preferencia a motivos y planteamientos antiguos.⁷

Ahora bien, del contexto brevemente desglosado, resulta evidente que las propuestas de la Revolución Francesa, de la Independencia de los Estados Unidos y del constitucionalismo gaditano son un reflejo del Renacimiento y de la Ilustración; soberanía, división de poderes, republicanismo, federalismo, tolerancia e intolerancia religiosa, monarquía parlamentaria y, sobre todo, derechos del hombre, son consecuencia directa e inmediata de ellos.

El triunfo del liberalismo es evidente en Estados Unidos, en Francia y en España. El primero se organiza en un sistema presidencialista apoyado en una efectiva división de poderes, Francia supero su herencia monárquica y se convirtió en una República y, España con la restauración de su Constitución gaditana, en el año de 1820, logró erradicar al absolutismo borbónico y establecer una monarquía parlamentaria. A este respecto podría citarse

⁵ XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, México, UNAM, 1990, p. 163.

⁶ CASSIRER, Ernst, *La filosofía de la Ilustración*, México, FCE, 2002, p. 261.

⁷ *Idem.*

del mismo modo, el caso de la monarquía inglesa quien también recibió la influencia ideológica de la Ilustración.

La explicación del éxito señalado, lo hayamos en la racionalidad con que fue construido su orden constitucional; en cada uno de los casos invocados encontramos una elemento constante, no existió en ellos *un rompimiento absoluto con su herencia histórica. Estados Unidos e Inglaterra modernizan a sus instituciones medievales y como forma de gobierno adoptan, la república el primero y un sistema parlamentario la última.*

En España, la historia del constitucionalismo gaditano nos enseña, coincidiendo con los postulados de la Ilustración, que la idea de *soberanía* radica en sus Consejos Municipales y en la fuerza de sus antiguas Cortes.

En síntesis, la Ilustración como propuesta filosófica permitió la evolución del pensamiento político, no es dable limitarla una definición de ella por la amplitud de su contenido. Así lo estima Cassirer, quien dice:

La filosofía peculiar de la Ilustración es distinta del conjunto de lo que han pensado y enseñado sus corifeos, un Voltaire y un Montesquieu, un Hume o un Condillac, D'Alembert o Diderot, Wolf o Lambert. No es posible presentarla como la suma y mera sucesión temporal de sus opiniones, porque no consiste tanto en determinados principios cuanto en la forma y modo de su explanación intelectual. Sólo en la acción y en el proceso de ésta, incesantemente progresiva, podemos captar las fuerzas espirituales que la gobiernan y escuchar los latidos de la íntima vida intelectual de la época.⁸

Como se planteo al inicio de estas líneas, los actores sociales del siglo XIX, y sus panegiristas contemporáneos, creyeron que la Ilustración debería ser la única fuente de inspiración filosófica y acorde a sus postulados sentar las bases del liberalismo mexicano concretándolo en las formas constitucionales como mecanismo para la realización del *bien común*.

En mi opinión, la tesis decimonónica de establecer al año de 1808 como inicio del liberalismo es rebatible. La Ilustración y otras expresiones del pensamiento filosófico, son ya conocidas en el indianismo de los siglos XVI; XVII y XVIII. Trataremos de justificar en los siguientes apartados de este breve ensayo, esta hipótesis.

Quizá, el descubrimiento de América sea el hecho más importante y trascendente en la historia de la humanidad. Con él se inicio la comunicación cultural de la tradición latina y la autóctona o primigenia ya desarrollada en las tierras descubiertas. Sin perjuicio de la importancia política y económica, de la que existe amplia literatura, destaca y con mucho, la intención *evan-*

⁸ *Op. cit.*, p. 13.

gelizadora, obra a cargo de filósofos, teólogos y juristas, quienes sentaron las bases culturales del período; por medio de ella, arte, filosofía, Derecho, educación básica y superior y otras expresiones del espíritu, permitieron la integración de una nueva sociedad.

III. PERFIL IDEOLÓGICO DE LA CONQUISTA

Junto al conquistador llegaron las diversas órdenes religiosas: franciscanos, dominicos, agustinos y, especialmente, los jesuitas, serán los artífices de la obra evangelizadora. Los límites del trabajo impiden el análisis global de su obra y sólo se destaca la actividad de los últimos.

¿Quiénes son y cuáles son sus perfiles ideológicos? La literatura que trata sobre ellos es inmensa, citaremos sólo algunos ejemplos que nos permitan formarnos una idea sobre su personalidad e importancia de su obra en Indias, a fin de plantear, como hipótesis, si fueron factores determinantes en la construcción del pensamiento liberal mexicano. Pierre Thuillier, formula una descripción de ellos.

¿Fueron los Jesuitas pioneros de la ciencia? Hacia 1600, el Colegio Romano fundado por Ignacio de Loyola (1491-1556) era una notable institución de enseñanza científica. Como escribe el historiador Pietro Redondi, era el orgullo de los jesuitas. En él, dos mil estudiantes llegados de toda Europa se instruían y gozaban del beneficio de unos notables cursos de matemáticas. Mucho antes de que apareciera la Royal Society y la Academie de Sciences de París, los jesuitas de Roma habían creado una comunidad científica bien organizada, dinámica e influyente.⁹

La orden fue y ha sido fuertemente discutida y atacada, señalándoseles por sus intrigas, fanatismo y, especialmente, por su colaboración en contra de Galileo; sin justificar o condenar esta acusación, señala en abono de su importancia histórica:

Muchos jesuitas, sin embargo, fueron hombres de ciencia activos y competentes. El padre Clavius (1537-1612) eminente astrónomo, fue uno de los promotores del nuevo calendario (reforma gregoriana de 1582); el padre Scheiner (1575-1650) observó las manchas solares y explicó por qué el sol parecía elíp-

⁹ THUILLIER, Pierre, *De Arquímedes a Einstein*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, p. 236.

tico al aproximarse a la línea del horizonte; Francesco María Grimaldi fue el primero en poner en evidencia experimentalmente la difracción de la luz.¹⁰

En el siglo xx, con ánimo reflexivo y desapasionado, se dice de ellos:

Como ha puesto de manifiesto el americano Peter Dear (Cornell University) sus preocupaciones científicas y pedagógicas les llevaron a reflexionar de forma muy aguda sobre los problemas epistemológicos que entonces se planteaban los sabios europeos. La tesis principal de este historiador, es que los jesuitas fueron los primeros (o estuvieron entre los primeros) en discernir con exactitud las diferencias que separan la experimentación del simple recurso a la experiencia.¹¹

¿Quiénes son, entonces, los jesuitas?

Las opiniones vertidas nos indican una respuesta categórica: fue una orden comprometida con la verdad científica y factor del cambio social; su condición de vanguardia será trasladada a Indias, desarrollando en ella una intensa actividad política, económica y educativa. Es indubitable su acercamiento y asimilación con los principios filosóficos del Renacimiento y de la Ilustración, constituyéndose por ello en enemigos naturales del despotismo borbónico del siglo xviii quien los considera un peligro y amenaza para la estabilidad del status político.

¿Fueron los jesuitas precursores de la independencia de los territorios americanos? No existen elementos para afirmarlo; sin embargo, su ideología y especialmente su perfil criollo y su oposición al despotismo borbónico, son indicios del supuesto y por extensión deben ser considerados como liberales. La idea de lo criollo se relaciona con el espíritu jesuita; así lo entiende y explica Ramón Kuri Camacho:

Una historia que se distingue, ante todo por la insistencia y el énfasis con el que se perfila una dirección y un sentido en la pluralidad de procesos que la conforman, con el que se esboza una coherencia espontánea, una especie de acuerdo no concertado, de proyecto objetivo, al que la narración histórica tradicional que le reconoce privilegios al mirador político, *ha dado en llamar proyecto criollo*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 238.

¹¹ *Ibidem*, p. 239.

...proyecto no deliberado pero efectivo de definición civilizatoria; de elección de un determinado universo no sólo lingüístico sino simbólico en general, de creación de nuevas técnicas y valores de uso, de organización de ciclo reproductivo de la riqueza social y de integración de la vida económica regional; de ejercicio de lo político-religioso; de rehacer Europa fuera del continente europeo. Es la historia de la constitución de la especificidad o singularidad de la cultura mexicana (y más extensivamente latinoamericana) en el siglo XVII, que se desliza irresistiblemente hacia el siglo XVIII, almacenando los mejores frutos de la singularidad de aquél siglo.¹²

El liberalismo de los jesuitas, los lleva a plantear la independencia de los territorios americanos, así lo indica Eva María St. Clair Segurado:

La Compañía había conseguido una enorme influencia doctrinal y política en la sociedad y un gran poderío económico *que era causa de recelos en la metrópoli*. A través del control de la enseñanza formaron alianzas con las oligarquías locales, y *esta posición convirtió a ojos de Madrid en dudosa su lealtad al gobierno en las colonias de América*.

Las misiones jesuitas en América y Filipinas se convirtieron en indeseables porque allí los misioneros parecían haber usurpado la soberanía, y *se temía la formación de reynos independientes* en el propio seno de la monarquía.¹³

La lectura de las transcripciones revela con meridiana claridad, que en la orden de los jesuitas, y en menor grado o medida en sus correligionarios, dominicos, agustinos y franciscanos, han asumido los principios del Renacimiento y de la Ilustración y las ideas de Independencia; soberanía, racionalismo y dignidad humana, no les son ajenos. Por tanto, su obra debe ser considerada como antecedente del liberalismo mexicano.

IV. LA HISPANIDAD EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Finalmente, existe otra corriente política y jurídica en la formación liberal mexicana, lo es la acción de los representantes americanos en las Cortes de Cádiz: La diputación novohispana, con sentido hispanista y evidentemente autonomista, presentó para su discusión en Cortes las siguientes propuestas:

¹² KURI CAMACHO, Ramón, *La Compañía de Jesús. Imágenes e ideas*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2000, p. 24.

¹³ ST. CLAIR SEGURADO, Eva María, *Expulsión y exilio de la provincia jesuita mexicana (1767-1820)*, Alicante, Universidad de Alicante, 2005, pp. 23-24.

1. Representación proporcional equitativa en la Corte Gaditana.
2. Igualdad de derechos entre españoles, americanos e indios.
3. La misma consideración de igualdad y de derechos para las *castas*.
4. Equitativa distribución de cargos.
5. Establecimiento de Comités Consultivos.
6. Reestablecimiento de la orden de los Jesuitas.
7. Libertad de cultivo y manufacturas.
8. Libertad de importación y exportación.
9. Libertad para la extracción de mercurio.
10. Libertad de comercio.
11. Supresión de monopolios de Estado y de particulares.

Vistas en conjunto, las propuestas significan una reivindicación política, social y económica de (y para) las provincias americanas. Son convicciones políticas y sociales que nacen de principios históricos y de la influencia de las filosofías renacentistas e ilustradas. La diputación gaditana es, decididamente liberal, ilustrada; así lo declara, expresamente, Miguel Ramos Arizpe:

La diputación mexicana, aunque diminuta en su número por circunstancias que no es el caso recordar, jamás olvida que representa a ocho millones de mexicanos ilustrados, opulentos y valientes que sólo exigen de España lo que a ésta a tanta costa y con tanta gloria ha querido para sí.¹⁴

Al igual que Ramos Arizpe, serán miembros destacados por la calidad y altura de sus debates, entre otros: José Miguel Guridi y Alcocer, Antonio Joaquín Pérez, Mariano Mendiola.

La propuesta americana propone una reivindicación de la intensa vida municipal del período “Austracista” frente al absolutismo borbónico; evidencia del corte liberal de la época y ajena de la influencia francesa o norteamericana. La posición ideológica del Ayuntamiento de la Ciudad de México de fecha 8 de junio de 1808, revela el grado de sensibilidad política que se ha desarrollado en Indias y que, desde luego, formó parte de la ideología de la representación novohispana en Cádiz.

Esta fuente, es un compendio de teoría política, un reflejo histórico de las instituciones políticas y jurídicas integradas, especialmente bajo el régimen austracista. Es, en suma una demostración de la reivindicación de la sobe-

¹⁴ RAMOS ARIZPE, Miguel, *Idea general sobre la conducta política de México (1822)*, México, s.p.i., p. 7.

ranía, coincidiendo, en esencia, con la teoría política que se desarrollará en la Corte Gaditana.

La exposición sobre el origen del liberalismo mexicano podría alcanzar un desarrollo interminable; no existe la intención de formular un ensayo enciclopédico, por el contrario, solo precisar puntos esenciales del problema planteado. A manera de breve conclusión, suplico se me permita transcribir las siguientes consideraciones.

El C. Licenciado Jesús Reyes Heróles, ilustre veracruzano, sostiene firmemente que el liberalismo mexicano nace en el año de 1808; su tesis, interesante por los apoyos doctrinarios y documentales, no es totalmente cierta... Fundar el liberalismo mexicano en la Revolución Francesa y en la Independencia de los Estados Unidos significa desconocimiento o desdén por nuestra historia. Precisemos lo afirmado. El período indiano nace de la idea de *Hispanidad*, entendida como un *principio de pertenencia*, de *unidad*. Lo hispano es la unidad cultural de España e Indias, es la síntesis de la tradición latina conjugada con el mosaico cultural autóctono.

La presencia de la filosofía grecolatina fue posible por la actividad evangelizadora; paralela a la acción bélica, iniciándose la acción educativa y en ella el indio será factor determinante al convertirse en historiador de su pasado.

Como efecto del proceso de reconstrucción acaecido después del hecho violento de la Conquista, aparecen los historiadores de dos categorías, españoles e indígenas (sobrevivientes de la elite derrotada), quienes revelan el alto grado de asimilación cultural a la que se han adaptado: conocedores del castellano, del griego y latín, por supuesto, y preocupados por el rescate de su pasado. Los más importantes fueron:

- Fernando Pimentel Ixtlixochitl, hijo de Coanacotzin; Antonio de Tovar Cano Moctezuma Ixtlilxochitl, descendiente de las casas reales de México y Texcoco; Antonio Pimentel Ixtlilxochitl, hijo de Fernando, del que se sirvieron Torquemada y Clavijero para sus obras.
- Tadeo de Niza, noble tlaxcalteca, por orden del V. Antonio de Mendoza, escribió la *Historia de la Conquista*; Gabriel de Ayala, noble texcocano, escribió en náhuatl *Historia de México de 1243 a 1562*. Juan Ventura Zapata; Pedro Ponce, noble indio, párroco de Tzompahuacan, en español *Noticias de los dioses y de los ritos del gentilismo mexicano*.
- Fernando Alva Ixtlixochitl, quien escribió en español *Historia de la Nueva España*; *Historia de los señores chichimecas*; *Compendio histó-*

rico del reyno de Texcoco; y Memoria histórica de los Toltecas y otras naciones de Anáhuac.

- Fray Pablo Beaumont, escribió *Crónica de Michoacán*.
- Don Matías de la Mota Padilla, escribió *Historia de la Conquista de la provincia de la Nueva Galicia*; Juan Bautista Pomar; Domingo de Soto Muñoz Chimalpain, noble mexicano, en náhuatl *Crónica Mexicana de 1068 a 1557; Historia de la conquista de México por los españoles; Noticias originales de los reynos de Acolhuacan, de México y de otras provincias; y Comentario histórico desde el año de 1064 a 1521*.

La cita podría alargarse innecesariamente, con lo transcrito se revela la profunda transformación cultural del indígena, por la que, no sólo permitió el rescate de la cultura indígena, también promovió su integración a la tradición latina; esa es la génesis del principio de hispanidad, la unión de lo latino y lo indígena.

El criollo y el mestizo también estuvo presente en la evolución del pensamiento indiano, a guisa de ejemplo, Vasco de Quiroga; Fray Alonso de la Veracruz; Juan Ruiz de Alarcón, Fray Bernardino de Sahagún; Sor Juana Inés de la Cruz... La lista sería interminable e innecesaria. Lo indudable es la contribución al desarrollo de la idea hispanista y ésta como antecedentes del liberalismo decimonónico.

En resumen, el origen del liberalismo no se encuentra solo en factores exógenos, como la Revolución francesa o la Independencia de los Estados Unidos, como lo supone el licenciado Reyes Heróles; también es resultado de la historia interna. Los principios del Renacimiento y la Ilustración fueron conocidos en el período indiano; la prueba evidente la encontramos en la acción de los jesuitas y en las propuestas de los diputados gaditanos, en ellas se habla de libertad, soberanía, representación, igualdad, división de poderes pero no solamente por la influencia de los movimientos sociales externos del siglo XIX, por el contrario, lo fueron por la penetración de las ideas renacentista e ilustradas en el período indiano.

El siglo XIX se caracteriza, entre otras, por el debate político, la publicidad, la formación de partidos políticos, la acción parlamentaria, la codificación, especialmente constitucional, la conservación o derogación de formas de gobierno y demás circunstancias filosófico-jurídicas propias de ese tiempo.

Llegado el momento de la Independencia, la formación cultural, brevemente expuesta, no desaparece, subsiste y será el principio histórico que se opone al absolutismo borbónico, implantado en Indias a fines del siglo XVIII por medio del régimen de Intendencias.

Cierto es, como lo sostiene el ilustre veracruzano ya citado, los actores políticos del siglo XIX tomaron como fuente de inspiración a la Revolución Francesa y a la Independencia de los Estados Unidos, pero no fue la única. El principio también recibió la influencia interna formada por o en la tradición latina impuesta y conocida en Indias, mediante la acción educativa de las órdenes religiosas y de la conciencia criolla, mestiza e india que dieron sentido a la idea de hispanidad mencionada.

Los puntos de vista expuestos, no pretenden establecer una verdad absoluta, estudiosos de la historia y de la filosofía, seguramente podrán darnos nuevos y valiosos enfoques.

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones sobre el origen del principio liberal en México son múltiples, las que se proponen son meramente enunciativas y no limitativas, dada la profundidad e intensidad política, jurídica, histórica y filosófica del citado principio.

1. La historia como ciencia –categoría ya universalmente aceptada– invita a la reflexión y análisis de los fenómenos pretéritos. El proyecto aquí bosquejado, es un intento para definir, con objetividad y rigor científico, el origen del liberalismo mexicano, estudio apoyado en las fuentes documentales citadas.
2. Resulta evidente que la Ilustración es la fuente más destacada del liberalismo mexicano. La ideología política contemporánea –federalismo, división de poderes, soberanía, libertad religiosa, derechos humanos y otros– se recreo apoyándose en ella.
3. El espíritu de ella, es la restauración de la dignidad humana y de sus derechos frente al poder político; se inspiró en el Renacimiento, en la tradición clásica grecorromana y en cierta medida en el cristianismo.
4. Los movimientos sociales del siglo XIX, Revolución Francesa e Independencia de los Estados Unidos, fueron su consecuencia inmediata; en este país, la Ilustración fue debidamente entendida en su propuesta recreativa, permitiéndole el diseño de su estructura política; respetuosa de la dignidad humana y de su historia; de sus libertades religiosas, desarrollo económico y estabilidad política.

5. Es evidente la presencia y la influencia de la Ilustración previo al movimiento de Independencia. El antecedente se ubica en la obra evangelizadora, académica y pública de teólogos, filósofos y juristas. El decreto del 30 de mayo de 1867 para la expulsión de los jesuitas, solo es explicable por sus ideas ilustradas y opositoras al despotismo borbónico. La ideología política y jurídica de los precursores del movimiento independentista; la posición ideológica de la diputación gaditana y de los autores de proyectos constitucionales, previos a dicho momento histórico son, evidencias sobre el origen del liberalismo mexicano.
6. La tesis que sostiene que fue el año de 1808 como el inicio del liberalismo mexicano es falsa, como se ha demostrado en este trabajo. Los principios, no solo de la Ilustración, sino los derivados de la tradición latina y del Renacimiento formaron parte del esquema cultural indiano el cual dio prueba de su humanismo en las ciencias, artes, educación y evangelización del indio.
7. Quienes sostienen como principio del liberalismo mexicano el año citado, incurrieron en una falsa apreciación de la idea ilustrada como propuesta *regeneradora del orden social* y de la *dignidad humana*. Además, es lesiva con la herencia histórica al desdeñar los valores propiamente indígenas con los privativos de la identidad latina. No debe olvidarse que el sistema político indiano se formó con la unión jurisdiccional castellana e indígena, según puede comprobarse en los ordenamientos jurídicos del período.
8. La falsa concepción del liberalismo, no sólo cronológica sino filosófica, produjo divisiones y atrasos sociales a la nación mexicana en el siglo XIX. A finales siglo anterior se produjeron reformas constitucionales políticas y sociales como los son el reconocimiento del sistema jurídico indígena, libertad de creencias y de asociación religiosa, la reestructuración del municipio y otras de igual o mayor importancia y desde luego, con un sentido liberal.

Esta revisión política y jurídica, es la evidencia sobre el origen del liberalismo, el cual como se ha sostenido en el presente ensayo, se funda no sólo en la filosofía ilustrada, también en la experiencia histórica propia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DE ZORITA, Alonso, *Los señores de la Nueva España*, México, UNAM, 1993.

IBARGÜENGOITIA CHICO, Antonio, *Suma filosófica mexicana*, México, Porrúa, colección “Sepan cuantos”, 1989.

CASSIRER, Ernst, *La filosofía de la Ilustración*, México, FCE, 2002.

ST. CLEIR SEGURADO, Eva María, *Expulsión y exilio de la provincia jesuita mexicana (1767-1820)*, Universidad de Alicante, 2005.

CLAVIJERO, Francisco Javier, *Historia antigua de México*, Porrúa, Colección “Sepan Cuantos”, 2003.

LASKI, H. J., *El liberalismo europeo*, México, FCE, Colección Breviarios, 1988.

REYES HEROLES, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, FCE, t. I, 1988.

VÁSQUEZ SEMADENI, María Eugenia, *La formación de una cultura política republicana*, México, UNAM-Colegio de Michoacán, 2010.

THUILLIER, Pierre, *De Arquímedes a Einstein*, Madrid, Alianza Editorial, 1991.

KURI CAMACHO, Ramón, *La Compañía de Jesús. Imágenes e ideas*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2000.

XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, México, UNAM, 1990.

LA CULTURA JURÍDICA

LEGAL CULTURE

Napoleón CONDE GAXIOLA *

RESUMEN: En el presente ensayo, se aborda la idea de cultura jurídica a través de la hermenéutica analógica y la hermenéutica dialéctica. Tomando como base varias corrientes del pensamiento, especialmente las posmodernas y culturalistas, el autor pretende construir una idea ontológica y deóntica de derecho, donde la cultura jurídica se constituye como una de las formas de conciencia social en los seres humanos. La cultura jurídica contiene un elemento interpretativo fuerte, de allí precisamente el uso de la hermenéutica a favor de un derecho justo y responsable. Asimismo, se critica la homogenización del objetivismo jurídico y los equívocos del posmodernismo. El autor busca una interpretación prudente, mediante el pluralismo jurídico, las formas alternativas del derecho y las distintas posturas ontológicas.

PALABRAS CLAVE: Cultura jurídica, hermenéutica analógica, hermenéutica dialéctica, posmodernismo, culturalismo.

ABSTRACT: This essay deals with the idea of legal culture through analog hermeneutics hermeneutics and dialectics. Based on several streams of thought, especially the postmodern and culturalist, the author builds an idea ontological and deontic law where the legal culture is established as one of the forms of social consciousness in humans. The legal culture contains a strong interpretive element, hence the use of hermeneutics in favor of a fair and responsible law. It also criticizes the homogenization of legal objectivism and misunderstanding of postmodernism. The author looks for cautious interpretation by legal pluralism, alternative forms of law and the different ontological positions.

KEYWORDS: Legal culture, Hermeneutic analogy, Dialectical hermeneutics, Postmodernism, Culturalism.

* Doctor en Derecho, Catedrático de la Escuela Superior de Turismo del Instituto Politécnico Nacional y del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo* III. *Conclusión*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Me gustaría en estas páginas elaborar algunos comentarios sobre la cultura jurídica desde la hermenéutica analógica¹ y dialéctica.² Sin duda alguna se trata de tópicos muy relevantes, ya que la hermenéutica tiene entre otras cosas, por propósito, el abordaje de la cultura y una hermenéutica jurídica deberá estudiar las peculiaridades concretas de la cultura jurídica. El estudio de la cultura jurídica ha sido abordado desde una perspectiva culturalista que ha puesto énfasis en la idea de cultura de manera autónoma, monista y autopoietica.³ De hecho el culturalismo se ubica dentro de las teorías antropológicas equívocas que estudian la cultura, siguiendo la línea de Franz Boas hasta Robert Lowie. También existen las posturas posmodernas que han tratado la problemática de la cultura desde una óptica relativista. Por otro lado, se han presentado tendencias objetivistas de corte científicista cuyo concepto de cultura es de corte darwinista y adaptacionista⁴. La hermenéutica dialéctica pretende colocarse más allá del absolutismo típico del positivismo jurídico⁵ y del relativismo, tal como ha sido tratado por los juristas posmodernos,⁶ ya que pretende construir una idea de derecho ontológica y deontica, donde la cultura jurídica pueda constituirse en una de las formas de la conciencia social en los seres humanos.

II. DESARROLLO

Para comenzar con este artículo, es necesario definir el término *cultura*; después, trataremos de explicar en qué consiste la cultura jurídica. Entendemos

¹ Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Belleza y analogía*, México, San Pablo, 2012.

² Cfr. CONDE, Napoleón, *Prolegómenos de una hermenéutica jurídica*, México, Horizontes, 2012.

³ Cfr. KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.

⁴ Cfr. DENNETT, D., *Dulces sueños: obstáculos filosóficos para una ciencia de la conciencia*, Buenos Aire- Madrid, Katz Editores, 2006.

⁵ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1980.

⁶ Cfr. DOUZINAS, C. y WARRINGTON, R., *Posmodern jurisprudence, The Law of Text in the Text of Law*, Routledge, London-New York, 2008.

por cultura todo aquello que no le es dado al hombre por naturaleza; a saber, todo lo que tiene que implementar para adaptarse a ese medio ambiente natural que lo rodea. Por lo tanto, la cultura es el ámbito de lo artificial, y es artificio desde los instrumentos más básicos hasta las instituciones más complejas. Así las cosas, la cultura jurídica es un producto social de carácter histórico, la cual se ha desenvuelto como instrumento categorial para la interpretación del derecho en tanto fenómeno económico, político y social; es decir, visualiza al derecho entre otras cosas como una dimensión cultural y no como un sistema coactivo, prescriptivo e imperativo. Podríamos decir que la cultura jurídica representa un corpus de presupuestos e interpretaciones que tiene como objetivo la recuperación del ser humano. Desde una perspectiva hermenéutica, la cultura es un análogo o ícono del hombre, pues lo ve como un mundo en pequeño, en comparación con el universo entero; una especie de microcosmos o mundo menor, compendio o extracto del macrocosmos o mundo mayor. De tal modo, el hombre resultaría un análogo del cosmos; no sería unívoco porque no parte de una postura objetivista y determinista,⁷ ni equívoco porque se aleja de una tendencia indeterminista y subjetivista.⁸ Es analógica por buscar la proporción y la integridad, y dialéctica porque estudia las contradicciones que se dan en su seno.

La palabra cultura aparece por primera vez en Cicerón (106-43 a.C.) en el texto *Disputas tusculanas*. Es un término de origen latino *colere* y quiere decir cultivar. Se refiere a la *humanitas* o educación integral del hombre como tal.⁹ Etimológicamente, antes había estado ligada a la palabra *cultivar* y se había empleado sólo como término agrotécnico, vinculado al cultivo de la tierra. Los griegos tenían una palabra equivalente, *paideia*, que se refiere a la formación holística del ser humano en términos de *soma* (cuerpo), *episteme* (conocimiento) y *ethos* (formación del carácter).¹⁰ En ese camino la cultura jurídica en la época clásica está relacionada con la formación dikelógica o saberes enlazados con lo justo; esto abarca no sólo los conceptos y principios, sino también todo tipo de instituciones relacionadas con la justicia,

⁷ Cfr: RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986.

⁸ Cfr: CALVO, José, *Derecho y narración: materiales para un atería y crítica narrativista del derecho*, Madrid, Ariel, 1996.

⁹ Cfr: CICERÓN, M., *Disputas tusculanas*, Libro I-II, t. I. Pimentel Álvarez, Julio: introducción, versión y notas. Instituto de Investigaciones Filológicas. México, UNAM, 1979.

¹⁰ Cfr: Aristóteles, *Metafísica*, Madrid, Gredos, 1994.

así como los tribunales, órganos de legislación, criterios decisionales y los criterios, creencias y presupuestos de toda la comunidad.

En la Edad Media se contempla la cultura en tanto vida teórica dedicada al encuentro de la sabiduría; ésta se encuentra subordinada al mandato de Dios. Se trata de una propuesta teológica vinculada con la formación de la persona;¹¹ al menos esa es la postura que se tiene de Agustín de Hipona¹² a Tomás de Aquino. Así pues, una idea medieval de cultura jurídica, desde Buenaventura hasta Bártolo de Sassoferrato y desde Alberto Magno hasta Irnerio, se relaciona con el jusnaturalismo, donde la ley natural se supedita de una u otra manera a un designio divino. En el Renacimiento se contempla la cultura como la formación del hombre en su mundo, al margen de lo teológico, es decir, viviendo de la manera mejor y de la forma más pertinente, destacando la vida y la importancia de la sabiduría en el ser humano.¹³ En esa ruta, un concepto juscultural renacentista se enlaza a una crítica radical del camino de la deificación. En la Ilustración se realiza el primer intento de eliminar el carácter aristocratizante de la cultura. Recordemos en este contexto, la forma como Hegel desarrolla en *Fenomenología del espíritu* la cuestión de la cultura.

Hegel señalará con lucidez la visión de la Ilustración:

...aquello mediante la cual el individuo tiene aquí validez y realidad es la cultura. La verdadera naturaleza humana y la sustancia del individuo es el espíritu del extrañamiento del ser natural. Esta enajenación es, por consiguiente, tanto fin como ser allí del individuo; y es, al mismo tiempo, el medio o el tránsito tanto de la sustancia pensada a la realidad como, a la inversa, de la individualidad determinada a la esencialidad. Esta individualidad se forma como lo que en sí es, y solamente así es en sí y tiene un ser allí real; en cuanto tiene cultura, tiene realidad y potencia.¹⁴

En Hegel vemos como cultura es alienación del sí mismo natural y al mismo tiempo una separación. A su vez, el sí mismo es cultural ya que la naturaleza originaria del hombre es cultural. Esto implica que la realidad humana se concreta como una escisión y que la forma cultural supone

¹¹ Cfr: GRABMAN, M., *La filosofía de la cultura en Santo Tomás de Aquino*. Argentina, Poblet, 1978.

¹² Cfr: Agustín, *Mis confesiones*. México, Porrúa, 1980.

¹³ Cfr: DELLA MIRANDOLLA, Pico G., *De Hominis Dignitate—La Dignidad del Hombre*, V. González Martín y V. Branca: introducción y ensayo crítico, Madrid, Mondadori, 1995.

¹⁴ HEGEL, F., *Fenomenología del espíritu*, México, FCE, 1966, p. 290.

conflicto, dificultad, fragmentación y puesta de nuevo en pie. Es la típica superación hegeliana y marxista a la cual nos adherimos en nuestra idea de cultura. Hegel y Marx demuestran cómo el ser humano no puede vivir de manera prolongada en ese estado de extrañamiento y escisión, por lo que es importante en términos culturales una reconciliación, mediación o componenda, que es un enlace, conjunción o reunión, y finalmente, una apropiación. Hegel lo ve en términos pasivos y estáticos, es decir, lejos de la práctica social y se ampara en la subjetividad. Marx dialectiza la postura hegeliana y señala la importancia de la praxis y del conflicto social. Es a través de la cultura mediante la cual el hombre supera su fragmentación o ser natural, enfrentándose y encarándose a sí mismo, no de manera armónica e inmóvil, sino dialécticamente, es decir, a través del cambio social, el arte, el estudio y la producción. Marx no se adhiere a la escisión y mediación hegeliana de manera abstracta, sino la transforma, acepta ese dispositivo conceptual y lo refuncionaliza. Es decir, hay una fragmentación del hombre, producto de la carencia de un pensamiento dialéctico y de su lejanía de la praxis; ésta puede ser superada a través de una apropiación y de una mediación. Marx realiza un esfuerzo colosal reflexionando sobre la posibilidad de superar el extrañamiento del ser humano a través de su inserción en la facticidad, que es la conciencia social y la transformación de la comunidad. A nuestro juicio, Marx no se queda en una idea inmovilista de la cultura, retoma la forma del pensamiento hegeliano y aporta una reflexión distinta. No se queda en la síntesis y el Uno-Todo. Para él, el dominio de lo cultural es una reproducción de las relaciones sociales de producción, es decir, de la organización que adoptan los seres humanos frente a la actividad económica. En ese sentido, su gran contribución en su pensar sobre lo cultural es su vínculo con las relaciones de producción y del modo de producción de una sociedad determinada.¹⁵ Se ha rumorado que Marx omitió la reflexión sobre la cultura; sin embargo, su estudio sobre las relaciones sociales de producción, o sea la organización acogida por los hombres para el trabajo y la distribución de sus valores de uso, permiten construir el tablado de la superestructura política, jurídica e ideológica de una sociedad, ya que no es posible una relación social de producción al margen de las creencias, tradiciones, mitos, ritos y demás elementos vinculados a la producción material y espiritual.¹⁶ La posición marxista sobre la cultura no es ningún reduccionis-

¹⁵ Cfr: MARX, C., *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, México, Grijalbo, 1980.

¹⁶ Cfr: MARX, C. y Engels, F., *La ideología alemana*. Montevideo, Pueblos Unidos, 1960.

mo económico, sino una visión holística e integral de su dialéctica de la sociedad. No es ninguna tesis inerte ni continuación del platonismo. Junto a la idea heideggeriana de caerse y levantarse, se configura la sabiduría marxista de los límites sobre la cultura. Esta recuperación y transformación, junto a otra idea suya llamada recuerdo, entendida como un pensamiento rememorante –que va de la memoria y el recordación– a través de una destrucción, desmonte y recuperación del pasado para comprender el carácter histórico de la cultura, manifestándose como envío y no como un simple dato cuantitativo. En ese contexto el indicador heideggeriano y la idea marxista de cultura jurídica se relacionan para entender la apropiación de la producción material y espiritual, enlazados a lo legal, lo justicial y lo institucional que poseen las clases sociales en un momento histórico; se vinculan con su idea de derecho, como lucha de los grupos humanos y de los actores jurídicos en tanto representantes de los intereses económicos y políticos, por imponer su hegemonía y voluntad.

Continuando con el desarrollo histórico del término cultura y prolongando su discusión, nos damos cuenta de que a mediados del siglo XIX, cuando aparece la sociología y la etnología, se replantea la noción de cultura. El fundador de la sociología Augusto Comte, la desprecia en tanto concepto y tematización y prioriza su idea de la ley de los tres estados,¹⁷ igual sucede con Spencer y con Durkheim, ya que suponían que el objeto de la nueva ciencia era el individuo aislado¹⁸ y la estructura social.¹⁹ Será la etnología a través de la escuela anglosajona, la que adquiere un liderazgo, en especial en el trabajo de Tylor. Para él, la cultura es “aquél complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres, y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre. La situación puede ser investigada según principios generales, es un objeto apto para el estudio de las leyes del pensamiento y la acción del hombre”.²⁰ Edward Burnett Tylor (1832-1917), un antropólogo con formación jurídica, incluye el derecho en su definición de cultura, por lo que pudiéramos entender la cultura jurídica, a manera de un complejo capaz de incluir todo tipo de saberes, actitudes y capacidades en materia óptica y deóntica.

¹⁷ Cfr. COMTE, August, *Filosofía positiva*, México, Porrúa, 1980.

¹⁸ Cfr. SPENCER, Herbert, *First Principles*, Nueva York, De Witt Revolving Fun, 1958.

¹⁹ Cfr. DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, Madrid, Schapire, 1990.

²⁰ TYLOR, E. B., *La ciencia de la cultura*, en Kahn, J. S. (comp.), *El concepto de cultura*, Barcelona, Anagrama, 1995 p. 29.

Buena parte de la ciencia social decimonónica, en especial, la etnología, la antropología social y la sociología siguieron el concepto tyloriano de cultura; muchos de ellos provenían de la profesión jurídica: Johann Jakob Bachofen, John Ferguson McLennan, Henry Maine y Lewis Morgan, siendo presa de tendencias coactivas, positivistas y evolucionistas. En ellos lo ontológico brillaba por su ausencia, al igual que la *paideia* y la *humanitas*, así como la misma formación o *bildung*. La ciencias sociales en el siglo XIX tenían una fuerte impronta objetivista. Lewis Morgan, el llamado padre de la antropología social, suponía que el salvajismo era la infancia de la humanidad y la civilización, su fase madura.²¹ Basados sus estudios en las ciencias naturales y en el predominio metodológico de la física y las matemáticas, su modelo de cultura jurídica, derecho y civilización era Inglaterra y Estados Unidos. El culturalismo representado por Franz Boas se fue al otro extremo en su definición de cultura. Ruth Benedict, Melville Herskovits, Alfred Kroeber y Clyde Kluckhohn señalaban que el propósito específico de la antropología era el estudio de la cultura. Ignoraban por completo las relaciones sociales de producción, la ideología, el conflicto social, el modo de producción y la lucha de clases. Para Linton:

la cultura es la herencia social de los miembros de una sociedad, puesto que no existe sociedad ni individuo que carezcan de cultura, pues toda sociedad o individuo posee una cultura y todo ser humano es culto en el sentido de que es portador de una u otra cultura.²²

Ralph Linton (1893-1953), estadounidense nativo de Filadelfia, también tenía formación jurídica. Su idea de cultura jurídica se relacionaba con la herencia formal y empírica sobre aspectos legales y de principios equitativos que tenían los miembros de una sociedad; en ese sentido, no hay persona que carezca de cultura jurídica, ya que pertenece a una u otra tradición cultural. Sin embargo, para los culturalistas, la cultura es toda aquella actividad que realiza el ser humano en su vida cotidiana al margen de la estructura económica y política por el sólo hecho de vivir en sociedad. De hecho en la historia del pensamiento jurídico ha habido un excesivo culturalismo, es decir, se ha llegado a suponer que los pueblos, países, naciones y nacionalidades no se han desarrollado debido a un déficit cultural. La propia UNESCO es presa de una definición culturalista de “cultura”; veamos: “...que la cultura da al

²¹ Cfr: Morgan, L., *La sociedad primitiva*, Madrid, Aguilar, 1981.

²² LINTON, R., *Cultura y personalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 45.

hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden”.²³

En síntesis se podrá decir que el concepto tyloriano de factura positivista y evolucionista, así como la noción culturalista de cultura, han permeado a la ciencia jurídica en los últimos dos siglos; la primera en los modelos sistémicos, organicistas, funcionales, estructuralistas, analíticos y positivistas, es decir, en toda la historia del univocismo jurídico. Los segundos han dominado en las corrientes posmodernas. Ambas posturas están distantes de la analogía. Para que sea una noción mínima de cultura, pero aprovechable, es decir, para que sea útil en los análisis que haremos, sin que nos enrolle en la polémica –que ya se vuelve interminable– de las nociones y explicaciones de la cultura, adoptaremos la de Clifford Geertz, un hermeneuta estadounidense. Nos mueve a ellos el hecho de que es esta noción de cultura en torno a la que más se ha reflexionado desde la hermenéutica, teniéndola como eje. Por eso, creemos que será más viable y útil para nuestros estudios, basados –como están– en un tipo de hermenéutica, la hermenéutica analógica.

Clifford Geertz elabora una antropología que centra mucho su atención en los símbolos del hombre, es una antropología simbólica. En ella, la cultura es caracterizada como un sistema compartido de significaciones y, sobre todo, símbolos. Se fija mucho en la comunicación regulada y en los aspectos simbólicos de la conducta humana. Establece, pues, un concepto semiótico de cultura. Ve al hombre metido en tramas de significados que él mismo ha tejido, y ese tejido es la cultura. La conducta humana es considerada como acción simbólica. Se estudia como cultura la acción simbólica o significativa. Es lo que califica a una conducta como intencional, como significativa, como humana.

Ya que se trata de significación y de intencionalidad, la cultura es objeto de interpretación, y, con ello, la filosofía de la cultura y la misma cultura jurídica se coloca más del lado de la hermenéutica que de las ciencias exactas: “el análisis de la cultura ha de ser (...) no una ciencia experimental en busca

²³ UNESCO, *Declaración de México*, editorial UNESCO, México, 1982.

de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones”.²⁴ Ya esta concepción de la cultura del antropólogo Geertz se acerca mucho a la del hermeneuta francés Paul Ricoeur,²⁵ que también ha teorizado sobre la cultura jurídica, pues para este último la acción significativa, al igual que el derecho y la cultura, es texto; todas ellas, objeto de la hermenéutica. Pero también la escuela de Geertz se parece a la de Ricoeur, al hablar de una posición iluminista y otra romántica frente a la cultura. De hecho, la idea del positivismo de cultura jurídica es metonímica, y la de los culturalistas, en tanto relativista y posmoderna, es metafórica. En ambas propuestas es necesaria una analogización de la cultura y del derecho. En los positivistas, por su énfasis normativista,²⁶ en los equivocistas, por su vocación narrativista.²⁷

En efecto, la antropología “iluminista” y el positivismo jurídico serían las posturas que defiende el cientificismo de la modernidad y de la propia cultura jurídica, en busca de una objetividad extrema en el estudio del derecho, y en todo encuentra la naturaleza humana, que es, sin duda, la racionalidad científica. En cambio, la antropología “romántica” y la posmodernidad jurídica, es la reacción contra la anterior. Es una antropología, una filosofía, un derecho y un saber social que sigue las ideas de la posmodernidad. La cultura no es producto de la esencia humana, sino algo arbitrario y convencional; si acaso tiene un fundamento, no lo tiene en la razón, sino en algo irracional. Aquí no se estudia una cultura al trasluz del progreso científico y técnico, sino que se ve al primitivo como igual que el moderno, y se asigna un papel fundamental a la tradición, al ritual, a la religión.

Entre la polaridad de los iluministas o positivistas y los románticos o posmodernos, que caracteriza como unvocistas a los primeros, y equivocistas a los segundos, se añadiría la hermenéutica analógica y dialéctica como algo intermedio. Geertz y su escuela prefieren decir que la antropología romántica no es irracionalista ni anárquica. Es capaz de reconocer las regularidades que se dan entre las culturas, que son como las regularidades de los juegos, dependen de marcos culturales, paradigmas y estándares internos, pero que no son necesariamente racionales. Lo que hace no es negar la racionalidad en el seno de la cultura, sino ponerle límites. Por encima de lo individual y racional, resalta lo interpersonal y las representaciones colectivas.

²⁴ GEERTZ, Clifort, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 1989, p. 54.

²⁵ Cfr: RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós, 2000.

²⁶ Cfr: WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

²⁷ Cfr: VATTIMO, Gianni, *Ecce comu. Cómo se vuelve a ser lo que se era*, Roma, Fazi, 2007.

En ese sentido, nos parece que la noción misma de cultura que se establece en las investigaciones de Geertz y su escuela, desde el ángulo de la antropología, pueden enriquecerse, para la comprensión de la cultura jurídica, con la misma analogía y dialéctica, ya que se daría una noción de cultura no iluminista ni romántica, sino icónica. Esto es, una que sepa combinar la parte de racionalidad que se da en el hombre con la parte de irracionalidad que de manera innegable se da en él; que sepa respetar las diferencias culturales sin perder toda capacidad de reducir a cierta unidad; es decir, que pueda rescatar de lo particular aquellas regularidades que indican la presencia de algo universal. Pasa así a no renunciar a ciertos universales culturales, que sean indicadores, al menos indirectos, de una condición humana, de una naturaleza humana, ya que lo universal siempre se manifiesta y se realiza en lo contingente. Ahora bien, ¿cuáles son las ideas fundamentales para la construcción de una cultura jurídica?

En primer lugar se encuentra la humanización de la naturaleza, es decir, la transformación de la realidad natural a una dimensión humana. Carlos Marx planteaba en los *Manuscritos económicos de 1844*, humanizar al hombre a través del trabajo. Una cultura jurídica en la época actual deberá humanizar al hombre en relación a la vida buena, la incorporación de valores, la interiorización de lo justo, la práctica de las virtudes, la evitación de los vicios, etc. Conduce a analogizar la naturaleza del hombre, a buscar el bien y esquivar el mal. En el fondo consiste en erradicar lo unívoco, es decir cuestionar la obediencia absoluta ante el Estado, desconfiar del derecho como control social, y dudar de la aplicación literal de la norma y la ley. También es quitarle lo equívoco, manifestado en la ausencia total del deber ser, la negación de la verdad y la ironización de la solidaridad. En pocas palabras poner en tela de juicio, la erudición legalista y posmoderna. El hombre será siempre un análogo de la realidad natural. En esa veta la naturaleza así analogada al hombre, será icónicamente habitable, ya que la formación espiritual lo alejará de su agresividad. De ahí que la actividad central de una cultura jurídica sea analogizar, mediante la humanización de la naturaleza por su *paideia*. Así pues, una visión analógica de la cultura jurídica, como la humanización de lo cultural, en la medida que somos un microcosmos al interior de un macrocosmos, nos permite entender la analogicidad del ser humano. Es una categoría del ser y el saber; ontológico y sapiencial, pues aleja lo extraño, lo adverso y lo desconocido, para que el hombre pueda convivir con los demás. En el derecho de hoy se debate entre el univocismo del universalis-

mo y el equivocismo del fragmentarismo. Esto también se manifiesta en la cultura jurídica. Nuestra idea ha sido impulsar una postura media, que es la dialéctico-analógica, estableciendo una mínima apertura orientada a superar tal situación.

En segundo lugar, tener una cultura jurídica implica construirse un mundo, tener un horizonte, es decir adoptar una dimensión prudencial, ya que supone una red de intencionalidades, esencias y contradicciones en sus lazos con sus circunstancias, con su espacio, tiempo y espacio social, así como con la ética, la ontología y la antropología. Esto significa que tener una cultura es tener un mundo. El mundo es nuestra experiencia, interpretación y transformación de la realidad a través de una práctica concreta. Es configurar una imagen del ser humano en tanto red intencional, para que exista sentido y referencia. Lo relacional implica sentido, ya que es un segmento de sustancialidad y accidentalidad. Lo referencial significa fundamentación. Aristóteles definió al hombre como animal racional,²⁸ Ernest Cassirer, como animal simbólico,²⁹ Eugenio Trías, como animal fronterizo. Desde una perspectiva analógica, el hombre es un animal icónico, socio transformacional orientado hacia la acción y bien común; por ello el ser humano abarca el confín teórico y práctico, el ético y el estético, el científico y el espiritual, es decir, es un animal que mediante su cultura jurídica observa, describe, abduce, comprende, interpreta y transforma su entorno. Aplica a un caso práctico la idea de justicia, distingue entre lo frenético y lo fronético, toma decisiones de acuerdo a su ideología, es decir, busca la medida y el equilibrio. Culturalmente tener un mundo es construir y diseñar un horizonte, diseñarse un entorno socio-histórico. Así, aspirar a una cultura jurídica conduce a querer ser una persona; es decir, volverse un microcosmos del macrocosmos total, acceder a una conversión mediante el cual el mundo grande, el macrocosmos, se agrupa y reúne en una intencionalidad. En síntesis, es tener un mundo, poseer una educación juscultural.

En tercer lugar está el papel de los símbolos, es decir la carga de simbolicidad que poseen los individuos en el mundo, dotados de una formación jurídica. La cultura es una totalidad significativa. Los objetos de la cultura jurídica son símbolos del hombre, forjados en el cosmos, pero adquiriendo de la realidad segmentos que él mismo construye. La dimensión jurídica del

²⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, México, UNAM, 1954.

²⁹ CASSIRER, Ernst, *Filosofía de las formas simbólicas*, México, FCE, 1980.

ser humano es simbólica, en tanto diseña íconos y análogos que él paulatinamente va simbolizando. El hombre en tanto actor jurídico se simboliza en sus creaciones, que a su vez lo simbolizan a él. El símbolo es aquello en lo que reconocemos alguna cosa. Reconocer no es ver algo que nunca se había visto, sino reconocer algo que ya habíamos conocido. No se reconoce lo que usualmente se conoce y no nos trasciende. El reconocer capta la inmensidad en el fragmento, el mundo en el detalle, el horizonte en un pormenor, en una astilla el árbol. Reconocer capta lo efímero en lo continuo, allí se da la simbolicidad; es un espacio que permite el lazo de la conjunción y la disyunción. El símbolo une. Mediante el símbolo la cultura jurídica establece un despliegue hacia lo ontológico, hace de ella un texto hablante, fundamentalmente regido por el lenguaje, en el que se palpa el encuentro con el otro. El símbolo unifica lo escindido. Aquí observamos que los productos culturales del derecho tienen un carácter simbólico, son piezas que integran un tablado. Es el caso de lo justo, la convivencia, la dignidad, la ley, los principios, etc. En los fragmentos que integran la *paideia* jurídica se vislumbra el todo. Vemos cómo la racionalidad del hombre mediante sus emociones y afectos carga de simbolicidad los valores y creencias, procedimientos normativos y reglas, postulados y acciones, la tradición y la innovación y demás elementos de la llamada jusculturicidad.

En cuarto lugar, la cultura jurídica está basada en la creación de abstracciones pragmáticas. Entendemos por esta última la competencia del sujeto para concretar razonamientos que le permitan valoraciones específicas y, en consecuencia, disposiciones operativas en el campo del derecho. De una u otra manera, tanto el actor de la llamada cultura jurídica interna; es decir, los participantes del “mundo hacia adentro” del derecho (legisladores, jueces, profesores, abogados, ministerios públicos, investigadores, estudiantes, etc.) caracterizados por compartir ciertos códigos y principios de convivencia, ideas generales, actitudes y valores, como los integrantes de la denominada cultura jurídica externa o “mundo hacia fuera” del derecho, compuesto por la masa global que carece de instrucción jurídica formal y que es el público vinculado aleatoriamente con el sistema legal, tienen de manera implícita o explícita “criterios ideacionales”, abstracciones valorativas y operativas o “sistemas generales de ideas” sobre el corpus jurídico. El jurista estadounidense Lawrence Friedman ha sido uno de los primeros en plantear las nociones de cultura jurídica interna y externa. No obstante el abandono de tales conceptos en la actualidad, nos pueden ayudar a describir el fenómeno.

Estas actitudes y comportamientos hacia el derecho tienen que ver con la posición del individuo en la sociedad (Nelken, 2002)³⁰ y con el propio nexo entre sociedad y derecho, así como el impacto que pueda tener el tejido legal en la persona y la comunidad.³¹ En este contexto se ubica el prestigio o desprestigio del derecho en una sociedad³² o la apología univocista del derecho³³ y la ubicación del derecho como un sistema monista, autopoyético y autónomo.³⁴ Desde ese criterio la cuestión de la cultura jurídica se ubica no como un conglomerado desordenado de conocimientos, sino como un proyecto existencial estratégico en cada ser humano.

En quinto lugar, la cultura jurídica se relaciona con las modalidades vivenciales de los entes de un horizonte societal. Un estilo de vida tiene que ver con los valores aprendidos de una generación a otra. Está vinculada a la tradición a la que pertenece cada sujeto y tiene que ver con la idea de un pretérito distante, el presente y el devenir del mundo. En esa ruta, la cultura jurídica no es la configuración abstracta de una persona, sino el acceso a la generalidad de los saberes jurídicos. Sobre esto dice el hermeneuta alemán Hans Georg Gadamer lo siguiente:

Lo que Hegel llama la esencia formal de la formación reposa sobre su generalidad. Partiendo del concepto de un ascenso a la generalidad, Hegel logra concebir unitariamente lo que su época entendía como formación. Este ascenso a la generalidad no está simplemente reducido a la formación teórica y tampoco designa comportamiento meramente teórico en oposición a un comportamiento práctico, sino que acoge la determinación esencial de la racionalidad humana en su totalidad. La esencia general de la formación humana es convertirse en un ser espiritual general. El que se abandona a la particularidad es “inculto”; por ejemplo el que cede a una ira ciega sin consideración ni medida. Hegel muestra que a quien así actúa lo que le falta en el fondo es capacidad de abstracción: no es capaz de apartar su atención de sí mismo y dirigirla a una generalidad desde la cual determinar su particularidad con consideración y medida.³⁵

³⁰ Cfr. NELKEN, D., *Changing Legal Cultures, Transnational Legal Processes*, Editors MB Likosky, Butterworths, London, 2002.

³¹ Cfr. FRIEDMAN, L., *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

³² Cfr. NOVOA, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1975.

³³ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1980.

³⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

³⁵ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, I, Salamanca, Sígueme, 1988, p. 41.

En ese sendero, ser culto jurídicamente, tener cultura jurídica es acceder a la generalidad como desafío ontológico. Precisa sustituir la particularidad por la generalidad. Es por eso que Hegel nos habla en su libro la *Fenomenología del espíritu*, de la posibilidad de configurar una autoconciencia verdaderamente libre “en y para sí misma”, y muestra que la esencia del trabajo no es consumir la cosa, sino formarla.³⁶ Trasladado a la cultura jurídica consiste en no visualizarla de manera instrumental, sino formativa: dotar de conciencia al actor jurídico. Ese acto de atribuirse a sí mismo una generalidad es ignorado, en buena parte, por los planes de estudio en las escuelas de derecho. Se apuntala hacia la instrucción de la particularidad y a relegar a un último plano el acceso a la generalidad. Es por eso que Gadamer dice: “La entrega a la generalidad de la profesión es así al mismo tiempo ‘un saber limitarse, esto es, hacer de la profesión cosa propia. Entonces ella deja de representar una barrera’”.³⁷ En la situación de los profesionales del derecho, los que participan de una cultura jurídica interna, ese acceso a la generalidad se remite a un saber limitarse, adquirir un *limen*, tener conciencia de la frontera y de la existencia de un límite de las cosas. No en vano Lawrence Friedman y el propio Henry Schreiber han identificado la cultura jurídica con la conciencia jurídica.³⁸ Hegel nos convoca a encontrar el punto de vista general de cada cosa, en buscar la reconciliación con uno mismo, mediante el reconocimiento de sí mismo en el ser otro. Es por eso que el acceso a la generalidad es la constitución de intereses teóricos y prácticos. Esto es entender que toda generalidad se relaciona, de una u otra manera, con el acto de formarse, lo cual no significa que sea un problema metodológico, temas de procedimiento, sino del ser en cuanto devenido. Es una cuestión ontológica y antropológica. Esa apertura hacia la otredad, hacia puntos de vista diversos e interpretaciones más generales es de gran importancia en la educación de los abogados. Es por eso que Gadamer dice:

La formación comprende un sentido general de la medida y de la distancia respecto a sí mismo, y en esta misma medida elevarse por encima de sí mismo hacia la generalidad. Verse a sí mismo y ver los propios objetivos privados con distancia quiere decir verlos como los ven los demás. Y esta generalidad no es seguramente una generalidad del concepto o de la razón. No es que lo particular

³⁶ Cfr. HEGEL, F., *Fenomenología del espíritu*. México, Fondo de Cultura Económica, 1966.

³⁷ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 42.

³⁸ Cfr. FRIEDMAN, L. y SCHREIBER, H., *Legal Culture and Legal Profession*, Boulder, Westview Press, 1996.

se determine desde lo general; nada puede aquí demostrarse concluyentemente. Los puntos de vista generales hacia los cuales se mantiene abierta la persona no representan un baremo fijo que tenga validez, sino que le son actuales como puntos de vista de otros.³⁹

Y tiene razón Gadamer, ya que formarse va más allá de un egocentrismo individualista y nos instala al interior de una construcción jurídica auténticamente humana.

En síntesis, con los puntos anteriormente mencionados, podemos tener una guía mínima, un poco más clarificada, de la noción de cultura jurídica. Nos ha quedado claro que tal término tiene una amplia utilización en el momento presente, tanto en las instituciones académicas como en la vida cotidiana. El concepto fue introducido por Lawrence Friedman hace media centuria. Desde nuestra óptica, no puede reducirse el término al mero conocimiento de la norma o la ley. Eso sería una particularidad y estará instalado en la dimensión univocista de hechura positivista de la caracterización de la cultura jurídica. No puede simplificarse a una perspectiva legal y normativista, instalada en el aparato instrumental y técnico de la dinámica procesal.⁴⁰ Tampoco la ubicamos en una esfera equivocista al vincular esa juscultura a un horizonte exclusivo de carácter estético, narrativo o metafórico.⁴¹ Para nosotros tiene una connotación analógica, dialéctica y hermenéutica. Designa la producción material y espiritual, los valores y creencias, criterios éticos y ontológicos, dispositivos legales y prudenciales del hombre como microcosmos. Es la idea de que el ser humano, la persona humana, es el análogo del universo, el ícono de todo lo existente, la concepción del hombre como un compendio del universo, del cosmos o macrocosmos, que tiene en su propio ser los principios del hombre en general. A su vez significa la transformación de la realidad natural a la actividad humana mediante la praxis. Es a su vez reconocer lo simbólico en lo cultural y en lo jurídico, así como el uso de abstracciones operativas que nos ayuden a caracterizar los tópicos que nos conciernen. También es pertinente comprender el papel de la formación en tanto acceso a la generalidad. Lo aquí presentado nos lleva a evitar los extremos del univocismo y del equivocismo y tratar de resguar-

³⁹ Cfr: GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰ Cfr. FRIEDMAN, L. y SCHEREIBER, H., "General Theory of Law and Social Change", en S. J. Ziegel (ed.), *Law and Social Change*, Toronto, Nueva York University, 1973.

⁴¹ Cfr: DOUZINAS, C. y WARRINGTON, R., *Posmodern jurisprudence. The Law of Text in the Text of Law*, Routledge, London-New York, 2008.

darnos en una postura analógica. El equivocismo ha llevado a confundir la cultura jurídica con el mero subjetivismo, mientras que el univocismo nos ha querido embaucar al identificar la cultura jurídica únicamente con la cultura de la legalidad y, aún más, con el conocimiento unilateral de la ley y la norma. Los primeros han caído en el culturalismo, el pensamiento débil,⁴² la deconstrucción,⁴³ la rizomática⁴⁴ y otras esferas de la posmodernidad;⁴⁵ los absolutismos han quedado anclados en los mares del positivismo. Nuestra apuesta es por la iconicidad y la frónesis.

III. CONCLUSIÓN

La hermenéutica analógica y dialéctica podría aportar algunos elementos para la cultura jurídica, singularmente como filosofía de la cultura y como jusfilosofía, la cual tiene un componente interpretativo muy fuerte, lo que la coloca, al menos en parte, como una hermenéutica de la cultura jurídica, que no se contenta con interpretar, sino que avanza a proponer un derecho justo y responsable. Vimos que para evitar el univocismo de los objetivistas, que tratan de reducir la cultura jurídica a una homogeneización empobrecedora de corte coactivo e imperativo, y también el equivocismo del posmodernismo jurídico⁴⁶, que abre demasiado el espectro de culturas posibles y válidas, se necesita una interpretación prudente, que dé la posibilidad de respetar lo más posible la diferencia inherente a las culturas, mediante el pluralismo jurídico, las formas alternativas del derecho y las posturas ontológicas, para ver la posibilidad de un derecho crítico y auténtico.

Esto nos hace ver que si la hermenéutica tiene aplicación en la cultura jurídica, mucho más la tiene como hermenéutica analógica y dialéctica, pues la analogía está enlazada al derecho y la cultura, no únicamente como argumento que posibilita la instrumentalización de las normas, sino, sobre todo, porque es un dispositivo sumamente vital en el acto interpretacional. Por otro lado, la dialéctica nos permite ubicar la juscultura no únicamente

⁴² Cfr. VATTIMO, Gianni, *op. cit.*

⁴³ Cfr. DERRIDA, J., *Cada vez única, el fin del mundo*, Valencia, Pre-Textos, 2005.

⁴⁴ Cfr. DELEUZE, G. y Guattari, F., *Mil mesetas*. Valencia, Pre-Textos, 1994.

⁴⁵ Cfr. LIPOVETSKY, Gilles, *El crepúsculo del deber*, Anagrama, Madrid, 1996; *Los tiempos hipermodernos*, Anagrama, Madrid, 2007.

⁴⁶ Cfr. MINDA, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995.

como algo simbólico y semiótico, sino fundamentalmente como un reconocimiento económico, político y social. De esta forma nos hemos aproximado un poco a los interrogantes centrales en relación a la cultura jurídica

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN, *Mis confesiones*, México, Porrúa, 1980.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, México, UNAM, 1954.
- , *Metafísica*, Tomás Calvo Martínez, introducción, traducción y notas, Madrid, Gredos, 1994.
- BEUCHOT, Mauricio, *Belleza y analogía*, México, San Pablo, 2012.
- BOAS, FRANZ, *Cuestiones fundamentales en antropología cultural*, Buenos Aires, Solar/Hachette, 1964..
- CALVO, José, *Derecho y narración: materiales para un atería y crítica narrativista del derecho*, Madrid, Ariel, 1996.
- CARTY, A., *Introduction to Posmodern Law*, University Press, Edimburg, 1990.
- CASSIRER, Ernst, *Filosofía de las formas simbólicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- CICERÓN, M., *Disputas tusculanas*, Libro I-II, t. I. Pimentel Álvarez, Julio, introducción, versión y notas. Instituto de Investigaciones Filológicas, México, UNAM, 1979.
- COMTE, August, *Filosofía positiva*, México, Porrúa, 1980.
- CONDE, Napoleón, *Prolegómenos de una hermenéutica jurídica*, México, Horizontes, 2012.
- DENNETT, D., *Dulces sueños: Obstáculos filosóficos para una ciencia de la conciencia*, Buenos Aires / Madrid, Katz Editores, 2006.
- DELEUZE, G. y Guattari, F., *Mil mesetas*, Pre-Textos, Valencia, 1994.
- DELLA MIRANDOLLA, Pico G., *De Hominis Dignitate—La Dignidad del Hombre*. V. González Martín y V. Branca, introducción y ensayo crítico, Madrid, Mondadori, 1995.
- DERRIDA, J., *Cada vez única, el fin del mundo*, Valencia, Pre-Textos, 2005.
- DOUZINAS, C. y WARRINGTON, R., *Posmodern jurisprudence. The Law of Text in the Text of Law*, Routledge, London-New York, 2008.
- DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, Madrid, Schapire, 1990.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991.

FRIEDMAN, L., *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

FRIEDMAN, L. y Schreiber, H., *Legal Culture and Legal Profession*, Boulder, Westview Press, 1996.

-----, "General Theory of Law and Social Change", S. J. Ziegel (ed.), *Law and Social Change*, Toronto, Nueva York University, 1973.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, I, Salamanca, Sígueme, 1988.

GRABMAN, M., *La filosofía de la cultura en Santo Tomás de Aquino*, Argentina, Poblet, 1978.

GEERTZ, Clifort, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 1989.

HEGEL, F., *Fenomenología del espíritu*, México, FCE, 1966.

HEIDEGGER, Martin, *Ontología: Hermeneútica de la facticidad*, Madrid, Alianza, 2000.

KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1980.

LIPOVETSKY, Gilles, *El crepúsculo del deber*, Madrid, Anagrama, 1996.

-----, *Los tiempos hipermodernos*, Madrid, Anagrama, 2007.

LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002.

-----, *La sociedad de la sociedad*, Madrid, Taurus, 2007.

LINTON, R., *Cultura y personalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

MARX, C., *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, México, Grijalvo, 1980.

MARX, C. y ENGELS, F., *La ideología alemana*, Montevideo, Pueblos Unidos, 1960.

MINDA, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995.

MORGAN, L., *La sociedad primitiva*, Madrid, Aguilar, 1981.

NELKEN, D., *Changing Legal Cultures, Transnational Legal Processes*, Editors MB Likosky, Butterworths, London, 2002.

NOVOA, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1975.

RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

-----, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986.

RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós, 2000.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Hermenéutica y derecho*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura, *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, México, CIICH-UNAM, 1998.

SPENCER, Herbert, *First Principles*, Nueva York, De Witt Revolving Fund, 1958.

TYLOR, E. B., “La ciencia de la cultura”, en Kahn, J. S. (comp.), *El concepto de cultura*, Barcelona, Anagrama, 1995.

UNESCO, *Declaración de México*, México, Editorial UNESCO, 1982.

VATTIMO, Gianni, *Ecce comu. Cómo se vuelve a ser lo que se era*, Roma, Fazi, 2007.

-----, *Adiós a la verdad*, Madrid, Gedisa, 2010.

WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO AL ACUERDO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO

LEGAL REFLECTIONS ON THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT

Francisco Leopoldo DE ROSENZWEIG MENDIALDUA*

RESUMEN: El TPP, conformado actualmente por 11 países, es uno de los instrumentos de comercio plurilateral más ambiciosos e innovadores. De concretarse este Acuerdo, los países integrantes cubrirían el 30% del PIB mundial, el 22% de las importaciones y el 19% de las exportaciones globales. Además, permitiría a México diversificar sus mercados y asegurar un lugar privilegiado para sus productos en una de las áreas con mayor dinamismo económico: la región Asia-Pacífico. Este artículo analiza los orígenes del TPP, su naturaleza y fundamentos jurídicos, así como la importancia que tiene para la economía mundial y las implicaciones para México de ser parte integrante.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), México, Asia-Pacífico, comercio internacional, estrategia comercial.

ABSTRACT: The Trans-Pacific Partnership (TPP), nowadays comprised by eleven States, is one of the most ambitious and innovative instruments in the plurilateral trade. Once this agreement is materialized, the contracting States will cover 30% of the world GDP, 22% of imports and 19% of exports in the whole world. Furthermore, it will allow Mexico to diversify its markets and ensure a privileged status for its goods in one of the most dynamic economic areas: the Asia-Pacific Area. This article analyzes the origins of the TPP, its nature and legal bases for its conclusion in the national law, as well as the importance of this agreement for the world economy and the implications for Mexico in being a party.

KEYWORDS: Trans-Pacific Partnership (TPP), Mexico, Asia-Pacific Area, Plurilateral Trade, Trade Strategy.

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Adicionalmente, es Profesor de Derecho Administrativo en la misma casa de estudios y miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Importancia y naturaleza jurídica del TPP en el comercio internacional*. A) *Orígenes del TPP*. B) *Proceso de negociación e integración del TPP*. III. *Implicaciones para México: una estrategia a mediano y largo plazos*. A) *Impacto multidimensional*. B) *Efectos en el mercado interno*. IV. *Comentarios finales*.

I. ANTECEDENTES

Derivado de la crisis hipotecaria sufrida por Estados Unidos en 2006 y sus consecuencias globales en 2008, las principales economías mundiales sufrieron un proceso de desaceleración. Desde 2009, la economía mundial no ha logrado crecer al mismo ritmo ni restituirlos empleos que se han perdido. El bajo crecimiento, la volatilidad de los mercados financieros, el alto desempleo (sobre todo en los países europeos), la desconfianza de los inversionistas y, más recientemente, el surgimiento de medidas proteccionistas en algunos países, caracterizan el comportamiento de un gran número de países en fechas recientes.

Ante este escenario, es necesario pensar y consolidar nuevos enfoques, más allá de las medidas de política económica tradicionales, para salir de la crisis, crecer de forma sostenida y recuperar la confianza de los inversionistas y del mercado. Deben buscarse y aplicarse medidas que aseguren crecer más, sin que ello signifique favorecer únicamente a aquellos segmentos de la población que están relacionados con los sectores más dinámicos sino con el resto de la economía para asegurar un crecimiento equilibrado y mejorar la distribución del ingreso.

En este contexto, se ha fortalecido la idea de que el comercio internacional a través de los diversos procesos de integración económica (área de libre comercio, unión aduanera, mercado común o unión económica),¹ es una de las herramientas más importantes para impulsar el crecimiento económico, siempre que éste asegure cadenas de valor dentro y fuera de los países y beneficie, de esta forma, a sectores más amplios de la población.²

¹ La integración económica trae como consecuencia la creación de bloques comerciales diferenciados, que en algunos casos cuentan con personalidad jurídica propia, como en el caso de la Unión Europea.

² Al respecto, véanse, por ejemplo, los documentos de trabajo y discursos más recientes publicados por la OCDE con motivo de la Reunión de Ministros de Comercio del G20 en Puerto Vallarta (abril de 2012) y la Reunión del Consejo de la OCDE a nivel Ministerial (mayo de 2012). Consultado en: www.oecd.org. De igual forma, se sugiere ver aquéllos del G-20 en: www.g20.org, especialmente la Declaración de Líderes del G-20.

Al representar México la décima cuarta economía a nivel mundial (en 2011), contar con un Producto Interno Bruto (PIB) con un valor de 1.683 billones de dólares (2011)³ y ser una de las economías más abiertas, nuestro país se ha convertido en promotor fundamental de la apertura comercial. Al ser Estado miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) desde 1995 y contar con una red de acuerdos suscritos con 44 países,⁴ nuestro país cuenta con acceso preferencial a mil millones de consumidores, 70% del PIB mundial y a dos terceras partes de las exportaciones mundiales.

Esto ha permitido que nuestro país se haya convertido en el décimo primer exportador a nivel mundial y ventas al exterior con un valor de 370.9 miles de millones de dólares (mmd), La apertura comercial ha permitido que actualmente el 60% del PIB de México se derive del comercio con el exterior. El creciente grado de apertura ha vuelto altamente competitivas las exportaciones del país, las cuales se han multiplicado casi por siete en los últimos años (como se puede apreciar en la siguiente gráfica).



³ Fuente: Banco de México.

⁴ Desde 1992 se han negociado 12 tratados comerciales con los siguientes países (la fecha corresponde a la entrada en vigor del mismo): Estados Unidos y Canadá (TLCAN, 1994), Costa Rica (1995), Colombia (1995, ajustado en 2011 por la salida de Venezuela), Nicaragua (1998), Chile (1999), Austria, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Reino Unido (TLCUEM, 2000), Israel (2000), El Salvador, Guatemala y Honduras (Triángulo del Norte, 2000 y 2001 para Honduras), Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza (TLC México-AELC, 2001), Uruguay (2004), Japón (2005) y Perú (2012).

Así como con la apertura comercial, la Inversión Extranjera Directa (IED) se ha incrementado considerablemente gracias a la estrategia de apertura y el ambiente de confianza para los inversionistas que se han generado en los últimos años. Así, de 1999 a 2012 México atrajo 305 mmd y, según varios especialistas, en 2013 los flujos de inversión podrían ascender a 22.4 mmd.⁵ Esto confirma que ni la crisis internacional ni cambios en la administración federal –que en décadas anteriores resultaba un evento considerado de alto riesgo– son percibidos como obstáculos para invertir en el país sino que, más bien, México se ha colocado, por el manejo de su política económica, como un excelente receptor de inversiones.

Además de la estrategia de apertura, una serie de acciones internas en materia regulatoria han sido reconocidas a nivel internacional por instituciones como el Banco Mundial y el Foro Económico Mundial, lo que se traduce en un mayor impulso a la facilitación comercial en el país y en una considerable reducción de las tarifas arancelarias dentro del esquema de nación más favorecida (NMF).

Pese a estos logros, se debe continuar con los esfuerzos para lograr la consolidación y diversificación del comercio exterior, ya que ha demostrado ser una herramienta eficaz para ampliar los motores de crecimiento y generar un impulso a la creación de empleos. México debe contar con un mayor número de instrumentos que le permitan continuar diversificando sus exportaciones, obtener insumos a precios competitivos, así como situarse como uno de los principales destinos para los inversionistas extranjeros que buscan oportunidades para hacer negocios. Como se desarrollará más adelante, el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés) significa una excelente oportunidad para cumplir con estos objetivos.

II. IMPORTANCIA Y NATURALEZA JURÍDICA DEL TPP EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Dentro de los procesos de integración económica que se han desarrollado en las últimas décadas, el TPP ha sido definido como el proceso de integración y negociación plurilateral más relevante y ambicioso a nivel internacional,

⁵ BANCO DE MÉXICO, “Encuesta Sobre las Expectativas de los Especialistas en Economía del Sector Privado: Julio de 2012”, consultado en: www.banxico.org.mx, el 1º de agosto de 2012.

derivado de la inclusión de temas denominados como de “siguiente generación”, así como de la importancia económica de los miembros participantes.⁶

El objetivo fundamental de las negociaciones que se llevan a cabo es desarrollar un acuerdo de libre comercio que, además de incorporar las tradicionales medidas comerciales, sea capaz de adaptar e incorporar temas de actualidad, así como responder a las necesidades, sensibilidades e intereses de los miembros parte; es decir, incorporar aspectos económicos, financieros, científicos, tecnológicos y de cooperación, como: nuevas formas para proteger y promover la inversión y tecnologías digitales, convergencia regulatoria, oportunidades de crecimiento para pequeñas y medianas empresas, competitividad, desarrollo y cadena de suministros, entre otros, con beneficios implícitos para la región, a mediano y largo plazo. La doctrina, no alejada de esta conceptualización, le considera como un acuerdo comercial preferencial abierto, hoy en día bajo negociación, con el potencial de transformarse en un acuerdo amplio, plurilateral y de libre comercio.⁷

Para entender la naturaleza jurídica del TPP es necesario desglosar cada uno de sus elementos, mismos que se describen a continuación.

El Derecho internacional ha considerado los tratados como una de sus fuentes principales⁸ y si bien las normas que han regido al Derecho convencional han sido de carácter consuetudinario, la principal herramienta normativa al respecto es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.⁹

El artículo 2º, inciso a), de la Convención de Viena, define los tratados (y por lo tanto al TPP), como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.¹⁰

⁶ Dirección General de Negociaciones Multilaterales y Regionales, *Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP)*, en Memorias Documentales, Secretaría de Economía. Disponible en http://www.economia.gob.mx/files/transparencia/informe_APF/memorias/14_md_tpp_sce.pdf

⁷ MEREDITH KOLSKY, Lewis, *The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing?*, 34 B.C. Int'l & Comp. L. Rev., 2011, p. 29.

⁸ De acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia afirma que la Corte, cuya función es decidir conforme a derecho internacional, debe aplicar en caso de controversia, entre otras fuentes, las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

⁹ SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho internacional público*, 15ª ed., México, Porrúa, p. 59.

¹⁰ La Convención de Viena sólo hace referencia a tratados celebrados entre Estados, no porque éstos sean los únicos capaces de celebrarlos, sino porque únicamente ese tipo de tratados estarán regulados

Es preciso señalar que la referida acepción sólo prevé la celebración de tratados realizados por escrito y entre Estados, supuesto en el que se ubica el TPP; no obstante, estos acuerdos, también pueden ser formalizados verbalmente y por otros sujetos de Derecho internacional. Ante esta situación, se puede conceptualizar a un tratado como todo acuerdo de voluntades realizado por entes con subjetividad jurídica internacional permanente o contingente, destinado a regir sus relaciones recíprocas en el orden jurídico internacional.¹¹

La denominación para dichos instrumentos es irrelevante para su regulación en el Derecho internacional; asimismo, México ha adoptado este criterio, de lo que resulta que la noción de tratado es puramente formal siempre que su contenido sea acorde con su objetivo y finalidad, pues desde el punto de vista de su carácter obligatorio, los compromisos internacionales pueden denominarse tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o cambios de notas, además de que no existe un consenso para fijar las reglas generales a que deban sujetarse las diferentes formas que revisten tales compromisos internacionales, los que en consecuencia, pueden consignarse en diversas modalidades y definiciones.

Por su contenido, los tratados pueden ser de índole económica, cultural, tecnológica, entre otros, admitiéndose que en un sólo tratado se contemplen más de uno de los tipos enunciados.¹² En el caso que nos ocupa, nos encontramos frente a un acuerdo comercial en el que se negocian y regulan temas generales, como el comercio de bienes y servicios; no obstante, también se incorporan rubros como la propiedad intelectual, competitividad, coherencia regulatoria, facilitación comercial, pequeñas y medianas empresas, comercio electrónico, desarrollo, asuntos laborales y medio ambientales, situación que le ubica como un acuerdo de vanguardia, de altos estándares estratégicos, amplio o abarcado.

La Ley sobre la Celebración de Tratados define dichos instrumentos como el convenio regido por el Derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea

por la Convención. WALLS AURIOLES, Rodolfo, *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el Derecho internacional y el Derecho mexicano*, México, Porrúa, p. 54.

¹¹ GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, México, Porrúa, p. 15.

¹² WALLS AURIOLES, Rodolfo, *op. cit.*, p. 58.

su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

Cabe recordar que de conformidad con el artículo 76, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos de su artículo 133.

A su vez, el Acuerdo de TPP es preferencial, toda vez que las partes, dentro de un sistema multilateral de comercio (el de la OMC), se ubican dentro de un esquema de relaciones comerciales particulares o regionales,¹³ otorgándose concesiones que aplican para los estados que convienen en dicho sistema regional.

En la actualidad, el alcance geográfico de los acuerdos puede abarcar estados limítrofes o que se localizan dentro de la misma región. Es importante mencionar que el TPP es el primer acuerdo comercial que vincula economías de tres continentes.¹⁴ Esta característica se encuentra prevista en el P4, dentro de su artículo 20.6 concerniente a la adhesión, mismo que indica que el Acuerdo estará abierto a adhesión para cualquier economía del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) u otro Estado, en los términos que acuerden las partes, por lo que las expectativas que se tienen del TPP es verlo como un bloque potencial para configurar un área de libre comercio enclavado dentro de la región Asia-Pacífico¹⁵ y en determinado caso no implica impedimento para que cualquier Estado del orbe se adhiera en un futuro al tratado. Esta misma característica del TPP, mencionada anteriormente, hace de éste un acuerdo plurilateral, ya que intervienen más de dos Altas Partes contratantes.¹⁶

Con base en los diversos procesos de integración económica, los miembros del TPP, pretenden configurar una zona de libre comercio, definido como un proceso en el que los países miembros eliminan aranceles y regla-

¹³ REYES DÍAZ, Carlos Humberto, *Comercio internacional. Jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, México, Porrúa, p. 3.

¹⁴ HERREROS, Sebastián, *El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica: una perspectiva latinoamericana*, International Centre for Trade and Sustainable Development, vol. 12, núm. 2011, p. 5.

¹⁵ FERGUSSON, Ian y VAUGHN, Bruce, *The Trans-Pacific Partnership Agreement*, Congressional Research Service, United States, p. 2. Disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Studies/US-Congress2009_e.pdf, consultada el 24 de julio de 2012.

¹⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer curso de Derecho internacional público*, México, Porrúa, p. 638.

mentaciones comerciales restrictivas en el interior de la zona, pero conservan sus propios aranceles respecto a terceros países.¹⁷

De conformidad a la legislación nacional, el TPP contempla alcanzar los objetivos generales previstos por el artículo 3° de la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, mismos que a continuación se señalan:

- I. Contribuir a mejorar la calidad de vida, el nivel de bienestar de la población mexicana, propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos del país;
- II. Promover el acceso de los productos mexicanos a los mercados internacionales;
- III. Contribuir a la diversificación de mercados; fomentar la integración de la economía mexicana con la internacional y contribuir a la elevación de la competitividad del país, y
- IV. Promover la transparencia en las relaciones comerciales internacionales y el pleno respeto a los principios de la política exterior a que se refiere la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En relación con sus características particulares, el TPP se define como un nuevo tipo de acuerdo comercial a partir de tres elementos distintivos: la diversidad geográfica o las distintas regiones del mundo que participan dentro de él, los altos estándares estratégicos del acuerdo y el modelo de expansión que el acuerdo representa.¹⁸

Los ambiciosos objetivos de TPP, sólo se lograrán una vez concluidas las negociaciones jurídicas correspondientes, definidas técnicamente como aquellas relaciones entre Estados, que producen una norma jurídica –ya sea general o particular–, o bien, que la deroguen.¹⁹ Estas negociaciones adoptan formas muy variadas dependiendo de las características del acuerdo, para el caso del TPP, a cada una de las negociaciones realizadas entre los Estados negociadores se les conoce como Rondas.

Formalmente, las negociaciones para la celebración de tratados forman parte de un proceso regulado internacionalmente, respecto a la legislación interna de los estados negociadores; el proceso está encaminado a la asimilación del tratado dentro de su propio marco jurídico, denominado como

¹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, p. 146.

¹⁸ MEREDITH KOLSKY, Lewis, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional*, 26ª ed., México, Porrúa, p. 121.

celebración de tratados y definido como una concatenación de actos encaminados a cumplir con las formalidades constitucionales de los Estados sobre el manejo de sus relaciones internacionales y de las habilitaciones para negociar convenciones internacionales válidas.²⁰

De conformidad con la Convención de Viena, los estados parte están obligados a desarrollar diversas etapas en el proceso de celebración del tratado o acuerdo comercial, como lo son la negociación del acuerdo, adopción y autenticación del texto, manifestación del consentimiento mediante firma de la autoridad facultada, canje de instrumentos, ratificación, adhesión, depósito y el subsecuente registro del tratado ante el organismo internacional correspondiente (ONU y OMC).²¹ Para efectos del TPP, las referidas etapas no se han llevado a cabo, en razón de que el estado actual del acuerdo es la negociación, vía las mencionadas Rondas.

A) *Orígenes del TPP*

Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda y Singapur son los miembros originarios de este acuerdo de libre comercio, al cual se le conoció como “P4” cuando entró en vigor el 1º de enero de 2006.²² Cuando Estados Unidos anunció su interés por sumarse a las negociaciones en 2008, comenzó el proceso de ampliación del “P4”, por lo que éste cambió su nombre a TPP. Otros países que a partir de ese momento se incorporaron a las negociaciones son Australia, Perú, Vietnam y, más tarde, Malasia, Canadá y México.

El proceso de negociación del TPP continúa. A la fecha se han realizado 15 Rondas formales de negociación, la última de las cuales tuvo lugar en Singapur, del 4 al 13 de marzo del 2013.²³

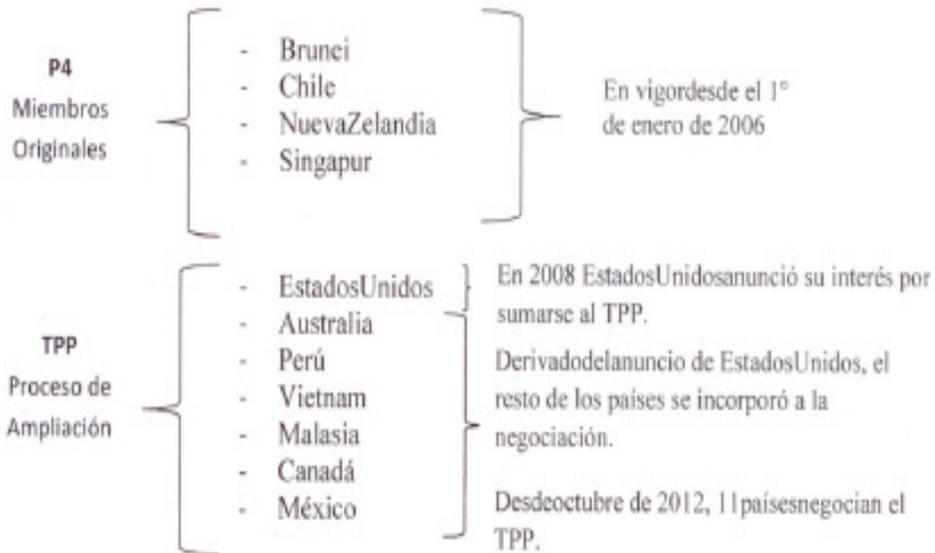
²⁰ GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *op. cit.*, p. 27.

²¹ WALSS AURIOLES, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 62-69.

²² La propuesta inicial que dio origen al «P4», tuvo lugar en 2002 en el marco de la APEC, las negociaciones formales se iniciaron en septiembre de 2003 entre Chile, Nueva Zelanda y Singapur, posteriormente en 2004 se integra Brunei. Dicho Acuerdo se firmó en julio de 2005.

²³ El número de reuniones corresponde a la fecha en la que se redactó el presente artículo.

PROCESO DE NEGOCIACIÓN E INTEGRACIÓN DEL TPP

B) *Proceso de negociación e integración del TPP**Importancia económica del TPP*

Hasta hace unos meses, los nueve países integrantes del TPP abarcaban más de 500 millones de habitantes y una participación conjunta del 26% del PIB mundial. Con un intercambio de 3.3 billones de dólares y una participación del 15% de las exportaciones mundiales totales y el 18% de las importaciones.

Con la incorporación de México, Canadá y, eventualmente, de Japón, el TPP cubriría casi 800 millones de habitantes, con cerca del 40% del PIB mundial, el 27% de las importaciones y el 24% de las exportaciones mundiales.

ESCENARIOS AMPLIACIÓN DEL TPP					
INDICADOR		TPP	TPP + Méx.	TPP + Méx. + Can.	TPP + Méx. + Can. + Jap.
PIB	MMD	17,843	18,998	20,734	26,604
	<i>% PIB Mundo</i>	<i>26%</i>	<i>28%</i>	<i>30%</i>	<i>38%</i>
Exportaciones	MMD	2,662	3,023	3,485	4,340
	<i>% Exp. Mundo</i>	<i>15%</i>	<i>17%</i>	<i>19%</i>	<i>24%</i>
Importaciones	MMD	3,324	3,674	4,126	4,948
	<i>% Imp. Mundo</i>	<i>18%</i>	<i>20%</i>	<i>22%</i>	<i>27%</i>
Población	(millones)	510.2	623.9	658.4	786.2
	<i>% Pob. Mundo</i>	<i>7%</i>	<i>9%</i>	<i>10%</i>	<i>11%</i>
Fuente: OMC y FMI					

Además, el TPP es relevante porque desde el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ningún TLC negociado por México ha tenido los alcances que tendrá el TPP. Este Acuerdo es un esfuerzo de negociación multilateral de gran alcance frente al impasse en el que se encuentra la negociación de la Ronda Doha.

De igual manera, este Acuerdo reviste gran importancia para México en virtud de que Estados Unidos, nuestro principal socio comercial, no sólo encabeza esta iniciativa comercial de siguiente generación, sino también define los términos en los que va a abrir su mercado y accederá a los mercados de la región.

Dado que México es un eslabón clave en la cadena de producción entre Asia y Norteamérica, nuestra inclusión en el TPP busca: i) evitar la erosión de nuestras preferencias en Estados Unidos en favor de países de Asia-Pacífico, y ii) obtener reciprocidad por el acceso de otros países al mercado estadounidense.

Adicionalmente, a través del TPP, México tiene la posibilidad de convertirse en un *hub* logístico de comercio e inversión en el Arco del Pacífico:

cerca de 90% de las importaciones mexicanas provenientes de Asia-Pacífico son productos intermedios o de capital, que son posteriormente procesados en México e incorporados en productos finales, y subsecuentemente son exportados a otros países a través de nuestra amplia red de acuerdos de libre comercio.

Aunado a esto, en el mediano y largo plazos, el TPP diseñará el régimen comercial de la región Asia-Pacífico con implicaciones para el resto del mundo.

Inicio del proceso de adhesión al TPP y su fundamentación jurídica

Consciente de su valor estratégico, el gobierno de México se propuso el objetivo de adherirse a las negociaciones del TPP y, en el marco de la Cumbre de Líderes de APEC, celebrada en noviembre de 2011 en Honolulu, México expresó su interés por iniciar consultas para formar parte del proceso de negociaciones del TPP.²⁴

De esta manera, se inició un proceso de consultas técnicas con todos los países miembros del TPP. A lo largo de las visitas realizadas y de las reuniones sostenidas, se hizo patente la lógica de incorporar a México a las negociaciones de dicho acuerdo, pues las proyecciones de instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI) prevén que México ocupe entre el 7° y el 8° lugar en la economía mundial en 2050, mientras que el *Brookings Institution* estima que la clase media representará el 80% de la población del país en 2030. Esto significa que México será capaz de generar una demanda por los bienes y servicios que eventualmente se intercambian con una base poblacional sólida y en crecimiento. Finalmente, el 18 de junio de 2012, en el marco del Grupo de los 20 (G-20), los Estados participantes del TPP, invitaron formalmente a México a participar en las negociaciones del Acuerdo.

Además de las consultas con los países miembros del TPP, el anuncio del interés de México en participar en las negociaciones suscitó una serie de reuniones de coordinación con las dependencias públicas federales, entre otras con la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA); Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP); Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS); Secretaría de

²⁴ El proceso de adhesión de México al TPP se vio retrasado inicialmente, ya que al comienzo de las negociaciones, México aún no había terminado de negociar el Acuerdo de Integración Comercial con Perú.

Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) y Secretaría de Salud (SALUD), a fin de proporcionar información relevante sobre el TPP y coordinar la postura de México respecto a dicho esquema comercial.

De igual forma, se llevó a cabo un periodo de consultas internas con representaciones empresariales para construir consensos sobre el ingreso de México al TPP, solicitar su apoyo e identificar prioridades en este proceso. De esta forma, la Secretaría de Economía ha mantenido contacto estrecho y constante con los representantes del sector privado mexicano, a fin de presentar los beneficios y las implicaciones estratégicas de que México participe como parte de este esquema comercial regional.

Es importante destacar que el sector privado mexicano, encabezado por el Consejo Coordinador Empresarial (CCE) manifestó haber reconocido el potencial y los beneficios para la economía nacional de la incorporación de México al TPP y que, por esta razón era de su mayor interés sumarse a las tareas de consulta y negociación que lleve a cabo la Secretaría de Economía. Lo mismo ocurrió con el Consejo Empresarial Mexicano de Comercio Exterior, Inversión y Tecnología (COMCE). Cabe señalar que la coordinación con la iniciativa privada al momento de realizar negociaciones se lleva a cabo mediante el mecanismo denominado como *cuarto de junto* donde se escuchan y toman en cuenta los intereses particulares del sector productivo y se comparte la información que se va generando.

Jurídicamente, para efectos de su celebración, el artículo 76, fracción I, constitucional, refiere como facultad exclusiva del Senado, el analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso, de igual forma, se le encomienda aprobar, los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

El artículo 89, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga la facultad al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de dirigir la política exterior nacional, así como la facultad de celebrar tratados internacionales, terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas de los mismos al Presidente de la República y naturalmente, delegar esa facultad en los plenipotenciarios que al efecto él señale.

Los plenipotenciarios lo son porque reciben lo que técnicamente se denomina “pleno poder”. Según el artículo 2, fracción VI, de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se entiende por plenos poderes el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados. En nuestra legislación su otorgamiento corresponde al Presidente de la República (artículo 3º, la Ley sobre la Celebración de Tratados).

La conducción de las políticas en comercio exterior y, por ende, las negociaciones del TPP, y demás acuerdos y tratados comerciales internacionales, son competencia de la Secretaría de Economía; lo anterior de conformidad al Artículo 34, fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Esta regulación es reiterada en la Ley de Comercio Exterior en su Artículo 4, fracción V. Asimismo el Artículo 5, fracción IX, del mismo ordenamiento establece que son facultades de la Secretaría de Economía coordinar las negociaciones comerciales internacionales con las dependencias competentes y, cuando así se solicite, con los sectores productivos.

A mayor abundamiento, el marco jurídico rector del TPP dentro de la legislación nacional, se encuentra fundado en:

- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 - Artículo 76, fracción I.
 - Artículo 89, fracción X.
 - Artículo 133.

- b) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
 - Artículo 34, fracción I.

- c) Ley de Comercio Exterior.
 - Artículo 4, fracción V.
 - Artículo 5, fracción IX.

- d) Ley sobre la Celebración de Tratados.

- e) Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica.

III. IMPLICACIONES PARA MÉXICO: UNA ESTRATEGIA A MEDIANO Y LARGO PLAZOS

Nuestro país entra a las negociaciones del TPP como la mayor economía de América Latina en el Pacífico y será la tercera economía más grande entre los miembros del TPP actuales (después de Estados Unidos y Australia).

Con esta plataforma, México tendrá incidencia en el diseño de un régimen que establecerá no sólo las reglas de los movimientos de mercancías y capitales en el mediano y largo plazos, sino también en un marco legal mucho más amplio y ambicioso, que impactará a la región y a todo el mundo debido a la posibilidad de que terceros países lleguen a integrarse al TPP.

A) Impacto multidimensional

El 18 de junio de 2012, el Gobierno México anunció la invitación que le formularon los actuales participantes del TPP para que formara parte de la negociación, en el marco del Grupo de los 20 (G-20), en Los Cabos; posteriormente, como se hizo mención, el 8 de octubre del mismo año, México fue aceptado formalmente como el décimo participante dentro de las negociaciones generales del Acuerdo. Canadá fue aceptado al proceso de negociación un día después.

La incorporación de México y Canadá garantizan que la membresía de la región del TLCAN se encuentre representada en la mesa de negociación, en el entendido de que el TLCAN es uno de los principales ejemplos de regionalismo abierto, en el cual se crean nuevas corrientes comerciales, sin afectar las ya existentes.²⁵

Dado el estrecho vínculo comercial y económico de México con Estados Unidos, es indispensable que México participe en una negociación donde su principal socio comercial forma parte integrante. No hacerlo, alejaría a nuestro país de la posibilidad de que nuestros productos de exportación a Estados Unidos se integren a los que estos últimos exportan a Asia. Esto es, se perdería la vinculación existente entre nuestros productos y los productos estadounidenses que se dirigen a aquella región, y evitaría quedar en desventaja frente a Estados Unidos y Canadá como destino para atraer futuras inversiones.

²⁵ La característica fundamental del regionalismo abierto es la interdependencia impulsada básicamente por las señales del mercado resultantes de la liberalización comercial general, acompañada de acuerdos de carácter preferencial. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *op. cit.* pp.172-173.

Es importante destacar que esta iniciativa es considerada altamente estratégica para Estados Unidos, pues le permitirá no sólo abrir el mercado de la región, sino incidir en los términos de la liberalización de flujos de comercio e inversión. De ahí la importancia de participar en las negociaciones de este instrumento comercial.

Si bien es de esperarse que el TPP implicará una mayor competencia para México en el mercado estadounidense, dado que la estructura productiva de México está altamente vinculada a dicha región, nuestra participación en el TPP tiene por objetivo obtener reciprocidad por parte de los países integrantes del Acuerdo, que seguramente negociarán acceso preferencial al mercado norteamericano.²⁶

Por cuanto se refiere a nuestra relación con Norteamérica, el TPP permitirá a México fortalecer su presencia en el mercado de esta región, consolidar su posición como centro estratégico de producción y puente entre la región de Norteamérica y la Cuenca del Pacífico, y evitar ser desplazados por terceros países que no cuentan con acceso preferencial a dicha región.

Si bien es cierto que el TLCAN es y ha sido la piedra angular de la competitividad del mercado mexicano por casi dos décadas, es un hecho que las naciones más dinámicas en términos de crecimiento se encuentran actualmente en la región Asia-Pacífico. De hecho, como puede apreciarse en la siguiente gráfica, las exportaciones mexicanas a Asia crecieron a una tasa anual promedio de 24.2% entre 2005 y 2012, mientras que únicamente lo hicieron en 16.5% con América Latina,²⁷ 8.3% con países con los que México tiene TLCs y 9% con el mundo.

²⁶ Actualmente, los miembros del TPP que no tienen TLC con Estados Unidos (Brunei, Malasia, Nueva Zelanda y Vietnam) enfrentan el pago de aranceles en el mercado estadounidense; sin embargo, un TLC les permitiría contar con preferencias arancelarias. Si México va a enfrentar mayor competencia de esos países en nuestro mercado natural (hoy nuestro país no paga arancel en sus exportaciones a Estados Unidos), será conveniente al menos obtener en reciprocidad acceso preferencial a sus mercados.

²⁷ *Cfr.* HERREROS, S., “El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica: una perspectiva latinoamericana”, en *Puentes*, Costa Rica, Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible (ICTSD)-Centro Internacional de Política Económica (CINPE), Universidad Nacional de Costa Rica, vol. 12, núm. 3, agosto de 2011.



Desde esta perspectiva, cobra sentido vincularse comercialmente con la región. Si bien desde 2005 México sólo cuenta con un Acuerdo de Asociación Económica con Japón, que ha incrementado sustancialmente la participación del país en dicho mercado, no es suficiente para explotar todo el potencial que tiene el comercio mexicano en Asia. De hecho, hay países con los que pueden aprovecharse aún más las tasas de crecimiento de las exportaciones mexicanas, como Nueva Zelanda (57% promedio anual durante 2010 y 2011), Australia (36%) y Perú (32%).²⁸

Por otro lado, el TPP también contribuirá a que México adquiera mayor presencia en la región y, sobre todo, a que tenga acceso a mercados como Australia, Malasia, Singapur y Vietnam, cuyos ciclos económicos *per se* son bastante dinámicos pero que, además, están vinculados con los de China e India.

B) Efectos en el mercado interno

A raíz de la apertura comercial de México, la estructura de las exportaciones ha cambiado. Mientras que en 1982 el petróleo y la minería representaban

²⁸ En los últimos 6 años, las exportaciones nacionales realizadas a la región aparecen como las de mayor desarrollo, en particular con estados como Australia, Nueva Zelanda y Vietnam.

en conjunto el 70%, y la manufactura el 25% de las exportaciones totales de México, actualmente representan tan sólo el 17% y el 80%, respectivamente.

México cuenta con una gran capacidad exportadora de mercancías, en particular de productos como acero, automóviles, autopartes, eléctricos y electrónicos, bienes del sector aeroespacial, minería, químicos y productos agroindustriales. El ingreso de México al TPP implicará la apertura de nuevos mercados en Asia y la consolidación de los mercados existentes en América del Norte y América Latina. De igual forma, lograría una aproximación comercial con mercados cuyo ciclo económico se encuentra vinculado directamente con economías de gran crecimiento y dinamismo, lo que a su vez, se traducirá en la expansión de las exportaciones mexicanas.

Al ser también un país exportador creciente de servicios se espera que, a través de la negociación de disciplinas en este sector, el TPP desarrolle un esquema que permita mayor transparencia, menor discriminación y trato justo en el comercio transfronterizo de servicios.

México será el segundo país más poblado participante en esta iniciativa, lo cual podría atraer a las empresas de los demás estados miembros a invertir para incrementar su demanda de bienes y servicios, así como para mejorar la competitividad de su producción, dada la red de tratados de libre comercio (TLCs) y las iniciativas de integración a mediano y largo plazos con América Latina.

México formaría parte de una plataforma de diálogo e interlocución (en caso contrario, México sería el único país latinoamericano miembro de APEC que no participaría en la negociación del TPP, limitando su interlocución económica y política).

En perspectiva, a partir de los alcances a la fecha

Al 2013 se han realizado dieciséis rondas de negociación y se han tocado temas relacionados con acceso a mercados, reglas de origen, medidas sanitarias y fitosanitarias, servicios, movilidad de personas, remedios comerciales, telecomunicaciones, comercio electrónico, cooperación regulatoria PyMEs, competitividad y transparencia, entre otros temas.

Cabe señalar que México ha participado ya en dos rondas formales de negociación. La primera vez en la xv Ronda, realizada del 3 al 12 de diciembre de 2012 en Auckland, Nueva Zelanda; y la segunda ocasión en la XVI Ronda, celebrada en la ciudad de Singapur del 4 al 13 de marzo de 2013.

Como se ha mencionado, las negociaciones continúan abiertas; no obstante, se han logrado diversos avances en distintos temas, mismos que se detallan a continuación:

MESAS DE NEGOCIACIÓN DEL TPP ²⁹	
TEMAS	
1. Agricultura	12. Medioambiente
2. Aduanas	13. Compras de gobierno
3. Bienes Industriales	14. Propiedad Intelectual
4. Reglas de origen	15. Trabajo
5. Textiles	16. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
6. Servicios	17. Obstáculos Técnicos al Comercio
7. Servicios Financieros	18. Remedios Comerciales
8. Movilidad de personas de negocios	19. Temas legales
9. Inversión	20. Desarrollo de capacidades
10. Telecomunicaciones	21. Comercio electrónico
11. Competencia Empresas Comerciales del Estado	
TEMAS HORIZONTALES	
22. Competitividad	
23. Desarrollo	
24. Coherencia regulatoria	
25. PyMEs	

1) *Acceso a mercados de bienes*

El andamiaje del acceso a mercados de bienes se deberá sustentar en una normatividad clara y transparente que proporcione certeza jurídica a las exportaciones, donde se asegure el tratamiento arancelario preferencial y la efectiva eliminación de las barreras no arancelarias al comercio.

²⁹ De Rosenzweig, El objetivo es la integración profunda, El Financiero, México, 16 de noviembre de 2012, p.21.

2) *Administración aduanera y facilitación del comercio*

Se han postulado compromisos tendientes a agilizar el despacho aduanero de mercancías así como la cooperación entre autoridades para mejorar la aplicación de la legislación conducente.

3) *Agricultura*

Los grupos de negociación analizan la eliminación de medidas no arancelarias, subsidios a la exportación y medidas con efecto equivalente, así como la seguridad alimentaria a través de disciplinas sobre restricciones a la exportación, entre otras.

4) *Asuntos Legales e Institucionales*

En lo concerniente a los asuntos legales, se pretende establecer un mecanismo de solución de diferencias entre las Partes, que cuente con reglas claras y efectivas capaces de proporcionar la seguridad jurídica requerida.

Respecto a los asuntos institucionales, se pretende establecer instancias efectivas que lleven a cabo un adecuado seguimiento a la implementación del Acuerdo; fortalezcan y fomenten la asociación económica entre las Partes y contribuyan a traer beneficios económicos y sociales a los miembros.

5) *Coherencia regulatoria*

Es un capítulo de “nueva generación” en el que se promueve el intercambio comercial, basado en buenas prácticas comerciales, dentro de un marco de coherencia regulatoria.

6) *Comercio electrónico*

Se ha convenido el fomento a la economía digital, para lo cual se analizan los obstáculos que consumidores y empresas enfrentan en este medio, preservando la integridad de la información confidencial y la seguridad de las transacciones.

7) *Comercio transfronterizo de servicios*

En este rubro se analizan, tanto disposiciones horizontales y sectoriales como en anexos de acceso a mercados, incluyendo cláusulas de consolidación de apertura vigente y futura.

8) *Comercio y medio ambiente*

Las negociaciones promueven el desarrollo sostenible mediante una relación biunívoca entre las políticas comerciales y ambientales; el fortalecimiento de capacidades para atender asuntos ambientales vinculados con el comercio, fomentar la colaboración y la transparencia.

9) *Competitividad y facilitación de negocios*

Las Partes prevén mejorar la competitividad de sus economías y de la región, para promover la creación de empleos y la integración económica mediante el desarrollo de cadenas de valor y suministro de bienes, así como de prestación de servicios en los mercados globales.

10) *Compras de gobierno*

Las negociaciones van encaminadas a lograr el acceso a los mercados de las Partes en condiciones de certidumbre jurídica, transparentes y no-discriminatorias, capaces de proveer las garantías suficientes para todo procedimiento de contratación pública.

11) *Cooperación y Desarrollo de Capacidades*

Se plantea la creación de un mecanismo simple, efectivo y eficiente para coordinar las actividades de asistencia técnica a las Partes para la implementación del Acuerdo, previendo la asistencia a las micro, pequeñas y medianas empresas, para participar en los mercados globales y en sectores como la agricultura, industria y servicios, reconociendo las diferencias en el nivel de desarrollo y la capacidad financiera de los países miembro.

12) Comercio y Trabajo

Para cumplimentar con estos objetivos, las Partes plantean la adopción, mantenimiento y aplicación de leyes laborales que garanticen la protección de estos derechos en cada uno de los países.

13) Desarrollo

Las Partes se han dado a la tarea de establecer mecanismos de colaboración capaces de generar crecimiento económico, con base en el comercio y la inversión, logrando así alcanzar objetivos de bienestar de los países miembro. Las Partes buscan contar con un marco general de referencia para la ejecución de acciones de cooperación voluntaria en áreas que podrían cubrir: inclusión de género, educación, tecnología e innovación así como responsabilidad social corporativa, entre otras.

14) Entrada temporal de personas de negocios

Uno de los objetivos del Acuerdo consiste en promover la transparencia sobre requisitos y procedimientos vinculados con la movilidad temporal de personas de negocios en la región, promoviendo, y mejorando la eficiencia y facilidad en los trámites conducentes.

15) Inversiones

Los objetivos planteados en el Acuerdo en materia de inversiones prevén asegurar un trato no discriminatorio, establecer reglas para la expropiación, prohibiciones para establecer requisitos de desempeño y, en general, promover la creación de disposiciones sustantivas (relacionadas con el nivel de trato) como en el mecanismo de solución de diferencias Inversionista-Estado.

16) Medidas disconformes y “Medidas Futuras”

Respecto al anexo sobre “Medidas Disconformes Vigentes”, éste se refiere a la consolidación del grado de apertura vigente en las respectivas legislaciones nacionales a nivel federal y central, con el objeto de garantizar que ninguna de las Partes implemente una legislación más restrictiva en el futuro.

En relación con el anexo de “Medidas Futuras”, éste incluye una lista de las reservas tomadas por las Partes respecto de sectores, subsectores o actividades específicas en los cuales la Parte que las adopta puede mantener medidas vigentes o adoptar medidas nuevas o más restrictivas, que sean disconformes con las obligaciones de los Capítulos y sin que ello implique una violación de las disposiciones del mismo.

17) *Medidas sanitarias y fitosanitarias*

Las Partes pretenden reafirmar e ir más allá de las disposiciones del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (AMSF) de la OMC.

18) *Obstáculos técnicos al comercio*

Las Partes se sujetan a las obligaciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC) de la OMC con el objeto de facilitar el comercio e impulsar el logro de objetivos legítimos.

19) *Pequeñas y medianas empresas*

El Acuerdo contempla el apoyo al crecimiento y desarrollo de las PyMES mediante el desarrollo de sus capacidades, para beneficiarse de las oportunidades que éste proporciona.

20) *Políticas de competencia*

Mediante el TPP, las Partes pretenden que la apertura comercial no se distorsione por prácticas anticompetitivas que adopten los agentes económicos en la zona de libre comercio, de conformidad a los lineamientos convenidos en el texto negociado bajo el esquema del P4, así como el Capítulo General de Principios (Modelo APEC) y el Capítulo con obligaciones.

21) *Propiedad intelectual*

Se pretende fortalecer la protección a las denominaciones de origen y el trato que se otorgue a los productos distintivos contenidos en el capítulo, así

como avanzar en temas donde existen oportunidades para mejorar la protección de los derechos de propiedad intelectual, promover la creatividad, la innovación y hacer que ello constituya un factor de atracción de inversiones, reafirmando los derechos y obligaciones de las partes en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y otros acuerdos negociados en el marco de la Organización Mundial de la Protección Intelectual (OMPI).

22) *Reglas de origen*

Las Partes buscan definir una normativa con respecto a los criterios que deberán observarse para que un bien exportado por las Partes califique como originario y reciba el tratamiento arancelario preferencial, incluyendo las formalidades para solicitar dicho tratamiento, las obligaciones de los operadores económicos y los procedimientos para llevar a cabo una verificación de origen, entre otros.

23) *Remedios comerciales*

Las Partes se sujetan a lo dispuesto por los Artículos VI y XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, el Acuerdo sobre Salvaguardias, el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT 1994 de la OMC y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, así como considerar posibles mejoras.

24) *Servicios financieros*

Las Partes pretenden establecer disciplinas y compromisos de acceso a mercados que concedan certidumbre en el acceso y operación de los prestadores de servicios financieros a los mercados del TPP, de igual forma, se pretende proteger al consumidor, lograr mayor eficiencia en la regulación y mejorar el acceso de las PyMEs a los mercados financieros.

25) *Telecomunicaciones*

Se pretende alcanzar un acuerdo que garantice el acceso a la red y su uso a través de condiciones de interconexión y operación no discriminatorias,

transparentes y competitivas. El capítulo contiene una exclusión de los servicios de radiodifusión y la distribución por cable de radio y televisión.

26) *Textiles*

Las Partes deberán definir de forma clara los procesos de producción que se tendrán que aplicar por las industrias de la región, para efecto de solicitar un trato arancelario preferencial, procedimientos de verificación especiales, medidas de emergencia y cooperación para asegurar la observancia de la legislación aplicable, entre otros.

27) *Transparencia*

Los miembros del TPP le han concedido especial importancia a este tema, por ello, han previsto establecer un capítulo específico en el que se prevean obligaciones en materia de transparencia y anticorrupción, independientemente de las disposiciones particulares en la materia que pueden preverse en otros capítulos del Acuerdo conforme se vaya avanzando el proceso de negociación.

IV. COMENTARIOS FINALES

De manera general, el TPP representa un cambio de paradigma importante respecto del modelo tradicional de tratado de libre comercio: pretende ser un acuerdo moderno, flexible y con altos estándares.

Su objetivo, como el de cualquier acuerdo comercial, consiste en sentar las bases para que existan certezas y garantías legales al momento de realizar negocios. Esto implicará en sí mismo un beneficio en una era de globalización donde los empresarios deben de operar en varios países, con varios regímenes distintos y bajo diferentes leyes.

Adicionalmente, las negociaciones del TPP buscan incorporar a países que gradualmente han adquirido importancia en las cadenas de suministro globales (como Vietnam). En definitiva, el TPP reconoce la creciente relevancia de los países emergentes; entre los miembros negociadores existen tanto países latinoamericanos como países del Sudeste Asiático.

Respecto a nuestro país, la negociación con los países del TPP tiene el objetivo de impulsar la competitividad y contribuir al desarrollo, al profundizar la inserción efectiva del Estado a la economía mundial, particularmente en el Asia-Pacífico, una de las regiones más dinámicas del mundo. El proceso de negociación prevé una estrategia con cuatro grandes líneas de acción:

- a) Exportación: mayor integración de los productos nacionales a las exportaciones de Estados Unidos a Asia, impulsando la diversificación de nuestros mercados. Igualmente, apertura de los mercados de los países del TPP a las exportaciones directas de México de bienes y servicios a la región Asia-Pacífico.
- b) Importación: de insumos que no se producen en México, o bien en los que la región cuenta con mayor competitividad.
- c) Inversión: generar la certidumbre jurídica necesaria para la inversión extranjera en nuestro territorio, para promover la inversión a México, así como contar con la protección necesaria para las inversiones mexicanas actuales o potenciales en los países de la región.
- d) Cooperación: para promover vínculos de negocios, identificar oportunidades de desarrollo y contribuir al establecimiento de alianzas estratégicas logrando una mayor integración con dos regiones esenciales para el desarrollo de México: Norteamérica y Asia-Pacífico.

Es importante concluir que la intención de nuestro país al negociar el Acuerdo TPP, es lograr una mayor diversificación de la actividad comercial, así como la de generar mejores oportunidades de inversión y fomentar la cooperación internacional, buscando hacia el interior la mejora en aspectos clave de la economía, como la creación de empleos y la competitividad de los diferentes sectores productivos.

SUICIDIO ASISTIDO Y HOMICIDIO REQUERIDO ¿DERECHO O DEBER DE VIVIR?*

ASSISTED SUICIDE AND REQUIRED HOMICIDE SUICIDE OR DUTY TO LIVE?

Sergio GARCÍA RAMÍREZ **

RESUMEN: En el presente artículo el autor empieza por delimitar conceptualmente la distinción entre suicidio y homicidio desde una óptica moral, religiosa y jurídica. Asimismo, se complementa el análisis con la eutanasia, donde la intervención de un tercero es fundamental para privar de la vida a una persona. Posteriormente se presentan algunos casos polémicos y paradigmáticos que tuvieron lugar ante la Corte Europea y distintas jurisdicciones nacionales, considerando estas figuras jurídicas a la luz de los derechos humanos. Finalmente el autor hace algunas precisiones en torno a la fórmula legal de la muerte asistida, incluyendo tres datos de expresión y valoración compleja. El autor concluye con un “tiempo de espera” para lograr el consenso en un marco de derechos humanos, donde la interpretación pro homine puede ser clave.

PALABRAS CLAVE: suicidio asistido, homicidio requerido, eutanasia, derechos humanos, fórmula legal.

ABSTRACT: In this article the author conceptually define the distinction between suicide and homicide from a moral, religious and legal perspective. Also considered euthanasia, where the intervention of a third party is essential to finish a human life. Subsequently some controversial and paradigmatic cases that took place in the European Court and various national jurisdictions, considering these legal concepts under human rights are presented. Finally, the author makes some comments about the legal formula of assisted death, including three expression data and complex assessment. The author concludes with a "timeout" to achieve consensus on a human rights framework, where the interpretation pro person may hold the key.

KEYWORDS: Assisted suicide, Homicide required, Euthanasia, Human rights, Legal formula.

* Intervención en el Simposio “Debate en torno a la muerte asistida”, de la Academia Nacional de Medicina, México, 30 de octubre de 2013, con la colaboración de Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, Asistente de Investigación (SNI).

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Suicidio y homicidio*. II. *Un itinerario liberador*. III. *La intervención de un tercero. Eutanasia*. IV. *Casos que animaron el debate*. V. *Derechos humanos en la escena*. VI. *Ante la Corte Europea*. VII. *Ramón Sampedro Cameán vs. España (2000)*. VIII. *El caso insignia: Pretty vs. El Reino Unido (2002)*. IX. *Ada Rossi y otros vs. Italia (2008)*. X. *Haas vs. Suiza (2011)*. XI. *Koch vs. Alemania (2012)*. XII. *Gross vs. Suiza (2013)*. XIII. *La ley penal sobre el homicidio requerido*. XIV. *Hacia una nueva regulación*. XV. *Algunas interrogantes frente a la fórmula legal*. XVI. *Tiempo de espera*.

I. SUICIDIO Y HOMICIDIO

Los grandes temas de la bioética son cuestiones mayores para la consideración del jurista que legisla, aplica la ley o juzga. Por ello se ha propuesto –hasta ahora sin éxito– la adopción de un instrumento interamericano que destaque los derechos del individuo, las atribuciones del Estado y la conducta de médicos y abogados en torno a esta materia¹, que ha sido objeto de consideración normativa en el espacio regional europeo.²

Preocupa la muerte infligida por un tercero, con dolo o con culpa, y no menos la causada por la voluntad y la mano de quien desea suprimir su propia existencia, y también –hoy sobre todo– la ocasionada por un tercero sin la voluntad –que puede ser angustiosa demanda– de quien reclama la piadosa liberación de una vida que lo oprime, a la que se califica con una palabra elocuente: indigna.

En este marco aparecen dos figuras de similar o idéntica naturaleza: el suicidio asistido por un tercero, que sirve a la voluntad del suicida, y el homicidio al que se suele denominar consentido, y que sería mejor calificar como requerido, porque en él prevalece –o al menos así ocurre en la especie de homicidio a la que se refiere este texto– la determinante solicitud del su-

¹ Cfr. BRENA, Ingrid, “Perspectiva latinoamericana en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, en Varios, *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética*, Ingrid BRENA SESMA y Gérard TEBoul (coords.), México, IJ-UNAM, 2009, esp. p. 333. En sentido adverso, cfr. Gómez Robledo, Juan Manuel, “Análisis sobre la conveniencia de un instrumento regional sobre la bioética para Latinoamérica”, *idem*, esp. pp. 48 y ss.

² Cfr. en la obra precedente, los artículos de PALACIOS, Marcelo, “La Convención o Convenio de Asturias de Bioética. Recordatorio y comentarios”, Varios, *Hacia un instrumento regional...*, *cit.*, pp. 13 y ss.; BLUMBERG-MOKRI, Myriam, “Les instruments juridiques européens en matière de bioéthique”, *idem*, pp. 95 y ss., y Byk, Cristian, “La bioética en la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos del Hombre”, *idem*, pp. 157; acerca de eutanasia y asistencia al suicidio, pp. 164-165.

jeto que pretende perder la vida, mucho más que el simple consentimiento de éste.³

En este terreno se suceden las preguntas y las respuestas, rotundas o vacilantes. Inquirimos: ¿somos dueños de nuestra vida? ¿podemos disponer de este bien –el más precioso–, destruyéndolo libremente? ¿corresponde al titular de la vida resolver, sin condición ni límite, si la conserva, la compromete o la suprime? ¿es obligatorio vivir? ¿es razonable que el derecho de vivir se convierta en deber de vivir?

II. UN ITINERARIO LIBERADOR

El suicidio se halla fuera del Derecho penal.⁴ No siempre fue así. La consideración religiosa pesó sobre el legislador. Indicó el Deuteronomio: "el suicida usurpa un poder que no tiene", y advirtió Yavé: "Yo doy la muerte y la vida".⁵ Tomás de Aquino fue concluyente: "El suicidio es totalmente ilícito".⁶ El Concilio de Arles, de 452, consideró al suicidio como un crimen nacido del furor diabólico.⁷ El Corán previene: "el Señor decide quién ha de morir: nadie se anticipa a sus decisiones".⁸

Hoy las cosas se miran de otra manera, al menos en la generalidad de las naciones. Werther, el famoso suicida, llevó el punto hasta su frontera natural: "No se trata (...) de saber (...) si un hombre es fuerte o débil, sino si (...) puede sostener el peso de sus aflicciones" morales o físicas.⁹ Por esta

³ Me he ocupado en el tema de la muerte, considerada desde una perspectiva jurídica, en mi trabajo "Una reflexión jurídica sobre la muerte" –antecedente del presente artículo–, que apareció en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 861 y ss.; en Varios, *La muerte*, PÉREZ TAMAYO, Ruy (coord.), México, El Colegio Nacional, 2004, pp. 177 y ss., y en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Cuestiones jurídicas en la sociedad contemporánea*, Seminario de Cultura Mexicana, México, 2009, pp. 201 y ss. El trabajo actual recoge diversos datos y comentarios contenidos en aquel estudio, al que ahora agrego nuevas consideraciones y un examen del tema a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, conforme resulta de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁴ Cfr. Marchiori, Hilda, *El suicidio. Enfoque criminológico*, México, Porrúa, 1998, p. 133.

⁵ *Deuteronomio*, 32,39.

⁶ *Tratado de la justicia*, trad. Carlos Ignacio González, 2ª ed., Porrúa, México, 1981, p. 172 (cap. VIII, art. 5).

⁷ Cfr. DURKHEIM, Emilio, *El suicidio*, trad. de Mariano Ruiz Fúnez, México, UNAM, 1983, p. 445.

⁸ *El Corán*, XVI, 63.

⁹ GOETHE, J.W., *Werther*, 10ª ed., México, Porrúa, pp. 221, 223, 259 y 271.

vía llegamos a la puerta de la eutanasia: muerte que evita el sufrimiento. Hay gran variedad en el universo de los suicidios: median abismos entre los casos de la Guyana, donde murieron 923 personas bajo las órdenes de Jim Jones, y de Waco, en Estados Unidos, donde perecieron quemados 86 individuos de la secta davidiana¹⁰; y los suicidios colectivos que hubo en Numancia o Massada.

Ya no perseguimos al suicida –quiero decir, al suicida fallido, porque el exitoso ha escapado a cualquier persecución humana– ni operamos sanciones sobre sus restos privándolo del camposanto o aplicando las disposiciones del Concilio de Praga, de 563: los suicidas “no serían honrados con ninguna conmemoración en el santo sacrificio de la misa y (...) el canto de los salmos no acompañaría sus cuerpos a la tumba”.¹¹

III. LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO. EUTANASIA

Liberado el suicida, aceptado que opera impunemente, la mirada contemporánea de la ley se concentra en el tercero que priva de la vida. Aquí no me ocuparé del homicida común, que impone la muerte, sino de quien se coloca en el lindero al que concurren la decisión del que muere y la voluntad de quien contribuye a su muerte, porque la inspira, ejecuta o secunda.

Nuestros códigos sancionan la inducción al suicidio y la ayuda para realizarlo¹², a despecho de la pregunta: ¿se debe sancionar a quien colabora con la persona que desea morir, aunque el suicidio no sea delito? Por lo pronto, la respuesta más frecuente lleva a la conclusión de que hay derecho a morir, abrigado por el estatuto actual de los derechos humanos, pero éste no puede transferirse a un tercero y generar un derecho a matar.¹³ Bajo esta afirmación

¹⁰ Cfr: MARCHIORI, Hilda, *El suicidio. Enfoque criminológico*, México, Porrúa, 1998, pp. 56 y ss.

¹¹ DURKHEIM, *El suicidio, op. cit.*, p. 445.

¹² A ello se suma la Ley General de Salud al establecer en su artículo 166 bis 21: “Queda prohibida, la práctica de la eutanasia, entendida como homicidio por piedad así como el suicidio asistido conforme lo señala el Código Penal Federal, bajo el amparo de esta ley. En tal caso se estará a lo que señalan las disposiciones penales aplicables.”

¹³ Enrique Díaz Aranda señala: “el derecho a la disponibilidad de la vida se erige como un derecho personalísimo del individuo, quien, debido a sus consecuencias, debe gozar de máxima libertad en su elección”; el titular de la vida tiene el deber de “no involucrar a terceros o al Estado en la toma de decisión y el ejercicio de ese derecho”. Cfr. *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho/centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1995, p. 140.

surgen los graves problemas de derechos humanos a los que me referiré líneas adelante.

La eutanasia tiene una larga historia y diversas caracterizaciones: “muerte rápida y sin tormentos” (Suetonio); “muerte digna, honesta y con gloria” (Cicerón); “muerte tranquila y fácil” (Francis Bacon); “muerte piadosa o misericordiosa” (Morselli); “bella muerte” (Quintano Ripollés).¹⁴ Por supuesto, no me estoy refiriendo a la eutanasia que figura entre los crímenes de lesa humanidad perpetrados por el Tercer Reich. Dejo de lado esta manifestación del asesinato y recupero el tema de la eutanasia conforme a la raíz de la palabra, y me concentro en su versión activa, no apenas la facilitación de la muerte para suprimir el “ensañamiento terapéutico” o la “obstinación terapéutica”.

Sólo aludo, en suma, al homicidio piadoso procurado y ejecutado, del que hablaron Platón¹⁵ y Tomás de Aquino,¹⁶ y que incorporan varios códigos modernos de países democráticos. En él aparecen ciertas constantes conmovedoras: en un extremo, la víctima de un grave mal; en el otro, el sujeto que la ayuda a morir “para posibilitarle –dice el catedrático alemán Claus Roxin– una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones”.¹⁷

El progreso de la medicina y el escrúpulo del derecho –dos asuntos respetables– suscitan el conflicto entre valores que suelen ir de la mano, pero en ocasiones se distancian: la vida, por una parte, y la calidad de la vida, por la otra. Tanto el Derecho como la Medicina son sistemas construidos para custodiar la vida, no para provocar la muerte. De ahí el dilema, que desde otra perspectiva no sería verdadera antinomia. El profesor español Lorenzo Morillas Cueva lo expresa bien: “la alternativa no es matar o no matar, privar de la vida o no privar, sin más; sino (...) aceptar una muerte larga y dolorosa o una muerte rápida y tranquila”.¹⁸ Esta situación pone en estado de sitio al paciente, a sus familiares, a los médicos, esto es, a cuantos deben

¹⁴ NIÑO, Luis Fernando, *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 81, y MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en “Prólogo” a ROXIN, et al., *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 17.

¹⁵ *La República*, cap. III. trad. Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1971, pp. 105, 106 y 108.

¹⁶ *Utopía*, Libro Segundo, “De los esclavos”, México, Porrúa, 1977, p. 61.

¹⁷ “Tratamiento jurídico -penal...”, en ROXIN, et al., *Eutanasia y suicidio...*, op. cit., nota 14, p. 3.

¹⁸ “Prólogo” a ROXIN, et al., *Eutanasia y suicidio...*, op. cit., nota 14, p. 18.

enfrentar decisiones que interesan a la medicina, por supuesto, pero también al Derecho: los legisladores y los jueces.

IV. CASOS QUE ANIMARON EL DEBATE

El movimiento universal hacia la benevolencia en supuestos de eutanasia –una benevolencia que mira hacia el derecho liberador: derecho humano, se dice– trae en su favor ejemplos que despertaron la conciencia de la sociedad. Así, el caso de Pasteur y Tillaux, cuando enfrentaron el tormento de los campesinos rusos atacados de rabia y adoptaron una decisión que Axel Munthe describe y califica como “la más justa y piadosa”.¹⁹ Jiménez de Asúa refiere este caso, con otros treinta y siete que pueblan una obra militante y aleccionadora: *Libertad de amar y derecho a morir*.²⁰

Ya en nuestros días otros sucesos reanimaron el tema y provocaron debates y decisiones. En una obra preciosa, Simone de Beauvoir deja las constancias de la muerte deseada. Maurice, su tío, reclama: “Terminen conmigo. Denme mi revólver. Tengan piedad de mí”; y su madre crispada por el cáncer implacable, clamó: “No aguanto más”. En este torbellino, Beauvoir confiesa: “Yo me preguntaba cómo se las arregla uno para vivir cuando un ser querido nos ha gritado en vano: ¡Piedad!”²¹

Es conocido el caso de Karen Ann Quinlan, cuyos padres finalmente obtuvieron la autorización de la Corte Suprema de Nueva Jersey para eliminar las medidas extraordinarias de soporte a las que se hallaba sometida. Sin embargo, la enferma sobrevivió varios años.²² En Francia surgió otro caso: el joven parapléjico Vincent Humbert pidió al Presidente Chirac que autorizara su muerte. El gobernante replicó, en carta de su puño y letra: “El Presidente de Francia no tiene la potestad que usted invoca”²³. En 2003 se libró en Florida una batalla legal, en torno a la muerte misericordiosa de

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, 6ª ed., Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 343 y ss.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Una muerte muy dulce*, trad. María Elena Santillán, Ed. Sudamericana, Buenos Aires/México, 2002, pp. 55 y 77.

²² *Case Karen Quinlan*, Supreme Court of New Jersey, 31 March 1976, consultado en: http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In_Re_Quinlan.pdf

²³ *Cfr.*, consultado en: <http://www.elmundo.es/cronica/2003/416/1065440651.html>

Terri Schindler-Sciavo, amparada por una autorización judicial que permitía desconectar el instrumento con el que se alimentaba a la paciente.²⁴

V. DERECHOS HUMANOS EN LA ESCENA

Este tema se eleva hoy como una cuestión de derechos humanos, asociada a las disposiciones de tratados sobresalientes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966²⁵, y, sobre todo, el Convenio (europeo) de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales; de 1950.²⁶ Todavía no se suscita ante el tribunal que aplica la Convención Americana, pero cabe suponer que pronto llamará a esta puerta y habrá que franquearle la entrada.

Decir que nos hallamos ante un punto de derechos humanos es imprimir al tema una nueva consideración, que supera los impulsos del sentimiento, la benevolencia o el rigor: se trata, en cambio, de reconocer o desconocer que el derecho a morir —de cierta manera y en determinado momento— pertenece al acervo de los derechos fundamentales, los irreductibles, los capitales.

¿Qué derechos humanos entran en la escena, a propósito de la eutanasia o el homicidio consentido? Ingresan aquellos cuya invocación reiterada llega al estrado de las jurisdicciones internas, asciende la escala administrativa y judicial doméstica —desde las oficinas de salud pública hasta las Cortes Constitucionales— y culmina en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y principalmente en la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH).

En la especie, se trata del derecho a la protección de la vida, y su contrapartida —así proclamada—: el derecho a morir con dignidad; de la protección efectiva, activa, no apenas expectante y consoladora, frente a condiciones de sufrimiento extremo, equiparables a la tortura o a los tratos crueles, inhumanos y degradantes; de la libertad de resolver el tiempo y el modo del fallecimiento; del respeto al espacio de intimidad, un santuario al abrigo del poder político; de la libertad de opinión, creencia y convicción que escuda la autodeterminación del enfermo; de la posibilidad de requerir al Estado

²⁴ Consultado en: <http://cnnenespanol.com/2003/salud/10/15/corna.desconexion/Igualmente,http://www.laopinion.com/salud/saludhome.html?rkey=00031015220832040924>

²⁵ Del que México es Estado parte a partir del 23 de marzo de 1981, *cfr.*, consultado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/34/pr/pr40.pdf>

²⁶ Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, *cfr.*, consultado en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

provisiones efectivas para ejecutar la decisión personal y soberana; del acceso formal y material a los tribunales en procuración de este fin, no por benevolencia, sino por justicia.²⁷

VI. ANTE LA CORTE EUROPEA

Bajo los diversos rubros y con las distintas expresiones que emplea el Convenio Europeo, estos son temas llevados al tribunal de Estrasburgo en el curso de una década, después de consumir el tránsito invariablemente complejo, atormentado, ante instancias nacionales: por lo pronto, en Gran Bretaña, Suiza, Italia, España y Alemania, donde tuvieron origen los casos que viajarían a aquella sede judicial y a los que pasaremos revista en seguida.

Puesto el problema en la escena, y replanteado en varios litigios, está sujeto al llamado “margen nacional de apreciación”²⁸ –un inquietante espacio de discrecionalidad, en el que los derechos humanos transitan con diversa suerte– de los Estados del Consejo de Europa. En lo que toca a la materia que ahora interesa, éstos se hallan divididos en dos bloques absolutamente desiguales.

Mientras tanto, el grave asunto de derecho y de conciencia, de piedad y libertad, vuelve a plantearse ante la Corte Europea en una sola, insistente dirección: derecho a morir por mano propia cuando este desenlace es factible, o por propia voluntad y mano ajena si aquello es impracticable, conforme a las circunstancias de cada caso, sin que el Estado convierta este ejercicio en crimen y castigo para el ejecutor misericordioso, que no es un homicida negligente ni un malévolo asesino. Se reclama, pues, que el Estado liberal cumpla la máxima del Estado social y acompañe y subsidie al hombre conforme a la conocida divisa: “de la cuna a la tumba”. Alguien le asiste en un extremo, al tiempo del alumbramiento; alguien pudiera asistirle en el otro, si esa es su voluntad, o peor aún: su apremiante necesidad.

²⁷ Argumentos basados en los artículos 2, 3, 5, 6, 8, 9 y 14 del Convenio (europeo) de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales.

²⁸ Cfr. GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, Navarra, 2010; VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, pról. Javier García Roca, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 110-111; y Delmas-Marty, Mireille, quien sostiene que este margen nacional es la “llave principal” de lo que se denomina “pluralismo ordenado”, *Le pluralisme ordonné*, Ed. du Seuil, París, 2006, p. 75.

En seguida me referiré a las solicitudes de homicidio requerido –como denomino a esta figura– atendidas por la Corte Europea. Seguiré el orden cronológico de las sentencias dictadas por ésta.

VII. RAMÓN SAMPEDRO CAMEÁN VS. ESPAÑA (2000)

Tuvo gran notoriedad el caso del ciudadano español Ramón Sampedro Cameán, quien había sufrido un accidente que le produjo fractura de una vértebra cervical y tetraplejía irreversible. Alegando el derecho a morir con dignidad, el enfermo recurrió primero a órganos jurisdiccionales de Barcelona, que desecharon su planteamiento en el sentido de que se autorizara a un tercero para privarlo de la vida. El desechamiento se fundó en la incompetencia territorial del Tribunal, pues el demandante residía en La Coruña, Galicia.

El señor Sampedro recurrió esa decisión mediante amparo ante el Tribunal Constitucional; éste emitió auto denegatorio el 18 de julio de 1994.²⁹ El 16 de noviembre de 1994 el señor Sampedro emprendió la vía internacional ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que se pronunció desfavorablemente acerca de la admisibilidad del caso, mediante resolución del 17 de mayo de 1995, en virtud de que el solicitante no había agotado los recursos internos pertinentes.³⁰

Los promotores de la queja replantearon ésta desde la primera instancia en Noia, La Coruña, donde se requirió autorización para que un médico administrase al paciente un medicamento letal. Por sentencia de 9 de octubre de 1995 se negó dicha autorización.³¹ Tampoco la otorgó, en vía de apelación, la Audiencia Provincial, que a este respecto dictó sentencia el 19 de noviembre de 1996.³² En ambos casos, los juzgadores adujeron incompetencia en razón del territorio.

Ramón Sampedro recurrió nuevamente al Tribunal Constitucional el 16 de diciembre de 1996, argumentando violación a su dignidad y a sus dere-

²⁹ Con respecto a este auto (ATC 234/1994) en la página oficial del Tribunal Constitucional Español, consultado en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Autos.aspx?sel=1994>. Se manifiesta: “No se ofrece la versión electrónica de los Autos que aparecen precedidos por un (*)”, que es el caso de la resolución citada.

³⁰ *Case of Ramón Sampedro Cameán* (Application no. 25949/94). European Commission of Human Rights, 17 May 1995, consultado en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-26447#{“itemid”:\[“001-26447”\]”}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-26447#{“itemid”:[“001-26447”]”})

³¹ *Case of Sanles Sanles v. Spain* (Application no. 48335/99). Judgment, Strasbourg, 26 October 2000, p. 1, consultado en: <http://echr.ketse.com/doc/48335.99-en-20001026/view/>

³² *Cfr. Ibidem*, pp. 1-2.

chos en materia de libre desarrollo de la personalidad, vida, integridad y proceso equitativo. Se hallaba en marcha el juicio ante el Tribunal Constitucional cuando el señor Sampedro provocó su muerte, el 12 de enero de 1998. Para esto contó con el auxilio de desconocidos, que le administraron cianuro de potasio. No se identificó a los responsables. La investigación del homicidio desembocó en sobreseimiento.³³ El propio Sampedro dispuso la filmación y difusión de su muerte, seguida por millones de tele-espectadores en Antena 3.³⁴ No prosperó el amparo: un auto del 11 de noviembre de 1998 rechazó la solicitud de sucesión procesal formulada por la señora Manuela Sanlés Sanlés con posterioridad al fallecimiento de Sampedro.³⁵

Como se dijo, la heredera de Sampedro, Manuela Sanlés, que había intentado impulsar el caso ante el Tribunal Constitucional de España, promovió su conocimiento por la Corte Europea, que emitió sentencia el 26 de octubre de 2000. En ésta se consideró que la promovente carecía de legitimación para actuar, por lo que su pretensión resultaba inadmisibile.³⁶ En 2001, la señora Sanlés planteó el litigio, finalmente, ante el Comité de Derechos Humanos, órgano de las Naciones Unidas instituido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Comisión lo declaró inadmisibile mediante resolución del 28 de abril de 2004.³⁷

En su momento, el Estado –que cuestionó la pertinencia de que el Comité entendiese de un asunto ya conocido por el Tribunal Europeo– trajo a colación razonamientos del *caso Pretty*: el derecho a la vida no podría ser interpretado como un derecho de signo contrario: derecho a morir; hacerlo sería distorsionar el lenguaje.³⁸

³³ Cfr. *Case of Sanles Sanles v. Spain, cit.*, pág. 2.

³⁴ Véase: <http://www.elmundo.es/elmundo/1998/marzo/05/nacional/sampedro.html>; <http://relacionespublicas.wordpress.com/2004/09/14/imagenes-de-ramon-sampedro-dirigiendose-a-la/>; <http://www.youtube.com/watch?v=278dG0jRcPk>

³⁵ Cfr. Tribunal Constitucional de España. Sala Primera. ATC 242/1998, de 11 de noviembre de 1998, consultado en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=18546>

³⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 2-7.

³⁷ *Comunicación no. 1024/2001: España. 28/04/2004* (CCPR/C/80/D/1024/2001). Jurisprudencia, Comité de Derechos Humanos, párr. 7

³⁸ Cfr. *Ibidem*, párr. 4.4.

VIII. EL CASO INSIGNIA: PRETTY VS. EL REINO UNIDO (2002)

El caso insignia ha sido *Pretty vs el Reino Unido*³⁹, fallado el 29 de julio de 2002, dos meses después de que la señora Dianne Pretty, nacional de Gran Bretaña, falleciera de muerte natural. La señora Pretty, víctima de una parálisis degenerativa e incurable, solicitó al Director of Public Prosecutions –funcionario equivalente al titular del Ministerio Público– inmunidad para su marido, que provocaría la muerte resuelta por la enferma libre y conscientemente. Ella no podía ejecutar su determinación personalmente; estaba físicamente impedida para hacerlo. El funcionario administrativo no concedió lo que se le solicitaba: hizo ver que la ley sobre suicidio, de 1961, no permite otorgar a un tercero semejante franquicia.⁴⁰ La solicitante apeló, sin éxito, ante una corte local, invocando los preceptos aplicables –a su juicio– del Convenio Europeo: artículos 2, 3, 8, 9 y 14.⁴¹

La controversia llegó a la Cámara de los Lores. La ley inglesa –dijo ésta– protege la vida, pero no impone a la autoridad la desproporcionada carga de facilitar la muerte. Nadie puede causar ésta impunemente, como no sea el propio titular de la vida. El Estado no impone a la solicitante tortura o trato inhumano. El Convenio Europeo garantiza al individuo libertad para conducir su vida, pero no para ponerle término. La facilitación de la muerte pudiera acarrear abusos inaceptables, por ello, no interesa solamente a un enfermo, sino trasciende al interés público, que favorece la protección de la vida.⁴² Para resolver el punto, Gran Bretaña hace uso de su margen de apreciación,⁴³ una socorrida doctrina europea, resistida por el mundo americano. La Cámara de los Lores trajo a cuentas una recomendación del Consejo de Europa –número 1418, de 1999– adversa a la privación de la vida por terceros en hipótesis de enfermedades terminales.⁴⁴

³⁹ *Case of Pretty v. The United Kingdom* (Application no. 2346/02). Judgment, Strasbourg, 29 July 2002.

⁴⁰ *Cfr. Ibidem*, párrs. 9,10-11.

⁴¹ *Cfr. Ibidem*, párrs. 12-13.

⁴² *Cfr. Ibidem*, párrs. 14, 14.8, 14.9, 14.12, 14.13, 14.18, 14.24, 14.29.

⁴³ *Cfr. Ibidem*, párr. 14.15.

⁴⁴ “The Assembly therefore recommends that the Committee of ministers encourage the member States of the Council of Europe to respect and protect the dignity of terminally ill or dying persons in all respects: ... (c) by upholding the prohibition against intentionally taking the life of terminally ill or dying persons, while: (i) recognizing that the right to life, specially with regard to a terminally ill or dying person, is guaranteed by the member States, in accordance with Article 2 of the European Convention on Human Rights which states

El caso *Pretty* culminó en la Corte de Estrasburgo, cuya sentencia no favoreció a la solicitante: no hubo violación de ningún derecho humano contenido en los preceptos que fundaron la pretensión. La Corte Europea no considera que el derecho a la vida previsto en el artículo 2 del Convenio involucre una facultad de signo diametralmente opuesto: el derecho a morir.⁴⁵ El Estado no ha infligido a la víctima tratamiento alguno; mucho menos un trato cruel. Decir otra cosa es ir más allá del sentido estricto del concepto “tratamiento”.⁴⁶

En cuanto al respeto a la vida privada y la autodeterminación, amparado por el artículo 8 del Convenio, los Estados se hallan facultados para legislar en esta materia tomando en cuenta el impacto sobre la vida y la seguridad de otras personas⁴⁷. Por lo que hace al alegato sobre discriminación, el Tribunal europeo recordó que la ley no permite en ningún caso la privación de la vida por parte de terceros, y no halló razones para disponer salvedades a esta regla cuando el suicida no puede actuar por sí mismo.⁴⁸

IX. ADA ROSSI Y OTROS VS. ITALIA (2008)

La Corte Europea abrió otro caso, identificado como *Ada Rossi y otros vs. Italia*,⁴⁹ a partir de la demanda de varias personas y asociaciones quejasas contra la decisión de un tribunal nacional acerca de la suspensión del tratamiento conservador de la vida en supuestos de estado de coma, y en torno a los efectos que esta decisión podría tener sobre los pacientes. El 16 de diciembre de 2008, el Tribunal de Estrasburgo declaró inadmisibile la demanda, porque sus autores no eran víctimas directas de las violaciones alegadas

that no one shall be deprived of his life intentionally; (ii) Recognizing that a terminally ill or dying person’s wish to die never constitutes any legal claim to die at the hand of another person; (iii) recognizing that a terminally ill or dying person’s wish to die cannot of itself constitute a legal justification to carry out actions intended to bring about death.” *Cfr: ibidem*, párr. 14.28.

⁴⁵ *Cfr: Ibidem*, párr. 39.

⁴⁶ *Cfr: Ibidem*, párrs. 53-54.

⁴⁷ *Cfr: Ibidem*, párr. 74.

⁴⁸ *Cfr: Ibidem*, párr. 88.

⁴⁹ *Case of Ada Rossi and Others v. Italy* (Applications nos. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 and 58424/08). Inadmissibility decision, Strasbourg, 16 December 2008, consultado en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2597660-2816175#{“itemid”:\[“003-2597660-2816175”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2597660-2816175#{“itemid”:[“003-2597660-2816175”]})

y no podrían ser consideradas víctimas potenciales.⁵⁰ Además, sostuvo el criterio relevante de que no es violatoria de derechos humanos la mera existencia de una ley que pudiera afectar a determinadas personas, mientras no se aplica efectivamente en perjuicio de éstas. Sólo entonces podrían impugnarla los afectados.⁵¹

X. HAAS *VS.* SUIZA (2011)

El mismo Tribunal regional europeo conoció el caso *Haas vs. Suiza*, resuelto el 20 de enero de 2011.⁵² El señor Ernest G. Haas, nacional suizo, que había padecido bipolaridad afectiva durante veinte años y se hallaba patrocinado por la asociación *Dignitas* –muy activa en este ámbito⁵³– solicitó en 2005 a diversas dependencias autorización para adquirir en una farmacia, sin prescripción médica, el pentobarbital sódico que necesitaba para privarse de la vida. Lo negó el Departamento Federal de Salud Pública: el artículo 8 del Convenio Europeo –adujo– no impone a los Estados la obligación positiva de crear condiciones para que un ciudadano cometa suicidio. La misma decisión emitió el Departamento Federal del Interior.⁵⁴

El señor Haas acudió a la Corte Federal. Ésta desestimó la demanda, en 2006. Al examinar el planteamiento, la Corte observó que la legislación suiza es muy liberal en comparación con otros ordenamientos europeos. Sin embargo, no prescinde de la intervención de un médico y de la opción de tratamiento cuando se trata de utilizar medicamentos sujetos a control sanitario. La voz y la decisión del facultativo son decisivas para apreciar la libertad con que actúa el suicida y la pertinencia de suministrar la sustancia requerida. El pentobarbital sólo se puede obtener bajo prescripción médica. En el caso del señor Haas no existía esa prescripción ni se hallaban presentes características excepcionales que sugirieran una solución diferente.⁵⁵

⁵⁰ Cfr. *Idem*, p. 2.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 3.

⁵² *Case of Haas v. Switzerland* (Application no. 31322/07). Judgment, Strasbourg, 12 January 2011.

⁵³ Asociación privada de origen suizo que tiene como objetivo garantizar que sus miembros sean capaces de vivir y morir en forma acorde con la dignidad humana, cfr. *ibidem*, párr. 5. Esta organización intervino también en los casos *Koch vs. Alemania* y *Gross vs. Suiza*.

⁵⁴ Cfr. *Case Haas v. Switzerland...*, *cit.*, nota 52, párrs. 7-12.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, párrs. 13-16.

La Corte observó que la decisión informada y libre acerca del suicidio por obra de tercero concierne al respeto a la vida privada, previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo,⁵⁶ pero también sostuvo que la liberalidad en el tratamiento legal de esta materia plantea la necesidad de intervención médica que asegure la autonomía de decisión del paciente y la ausencia de alternativa razonable de tratamiento.⁵⁷ En fin de cuentas, la Corte reconoció que el Estado había actuado dentro de su margen de apreciación y resolvió que no se había violado el artículo 8 del instrumento sobre derechos humanos.⁵⁸

XI. KOCH VS. ALEMANIA (2012)

Poco después conoció la CEDH el caso *Koch vs. Alemania*, resuelto por sentencia del 17 de diciembre de 2012.⁵⁹ El señor Ulrich Koch, alemán, reclamó la negativa de la autoridad interna a autorizar a su exesposa, que padecía tetraplejía, la adquisición de sustancias letales para que el señor Koch la asistiera en su decisión suicida. En concepto del demandante, la negativa de la autoridad violaba el derecho de ambos sobre su vida privada y familiar.⁶⁰ El Instituto Federal de Drogas hizo ver que la ley sólo prevenía semejante autorización para conservar la vida, no para eliminarla mediante homicidio asistido.⁶¹ Los señores Koch se trasladaron a Suiza, donde la señora consumó el suicidio, el 12 de febrero de 2005, auxiliada por la organización *Dignitas*.⁶²

Tras la muerte de su esposa, el señor Koch emprendió acciones ante la Corte Administrativa de Colonia, la Corte de Apelaciones de Westfalia (Norte del Rin) y la Corte Constitucional Federal. En todos los casos se resolvió que el demandante carecía de legitimación para sostener derechos de la mujer fallecida, en lo que respecta a las violaciones denunciadas.⁶³ En su momento, la Corte Europea estimó que los órganos nacionales habían vulnerado el artículo 8 del Convenio en agravio del señor Koch al abstenerse

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, párr. 51.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, párr. 56-57.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, párrs. 55, 61.

⁵⁹ *Case of Koch v. Germany* (Application no. 497/09). Judgment, Strasbourg, 17 December 2012.

⁶⁰ Cfr. *Idem*, párr 3.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, párr. 10.

⁶² Cfr. *Ibidem*, párr. 12.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, párrs. 16-20.

de examinar el fondo de su queja,⁶⁴ pero declaró inadmisibile la demanda en lo que toca a la violación del Convenio en perjuicio de la esposa fallecida.⁶⁵

XII. GROSS VS. SUIZA (2013)

En el conjunto de los casos atendidos por la Corte Europea, uno de los más sugerentes y recientes –el más reciente, al tiempo de elaborar esta nota– ha sido el litigio de Gross vs. Suiza, cuya sentencia por el Tribunal de Estrasburgo data del 14 de mayo de 2013.⁶⁶ En este asunto, planteado por una mujer, la señora Gross, no se trató de un solicitante que padeciera graves dolencias o intensos sufrimientos, y que se encontrase en una etapa terminal de cierta enfermedad. La solicitante invocó su derecho a decidir cuándo y cómo morir, y para este fin manifestó hallarse cada vez más débil y frágil. No deseaba, sostuvo, continuar sufriendo la declinación de sus facultades físicas y mentales. Esta determinación había persistido durante algún tiempo. Por ello pidió se atendiera su petición de disponer de una dosis letal de pentobarbital sódico.⁶⁷ Concurrieron al juicio, con planteamientos favorecedores o impugnadores de las razones aducidas por la demandante para sostener su pretensión, varias organizaciones sociales que han expuesto puntos de vista en otros juicios, entre ellas la ya mencionada *Dignitas*.⁶⁸

La solicitud de la señora Gross había sido rechazada por algunos órganos y facultativos, e igualmente lo fue por el Departamento de Salud del Cantón de Zurich, el 16 de diciembre de 2008.⁶⁹ Tampoco prosperó la apelación interpuesta ante la Corte Administrativa del mismo Cantón, que hizo notar la necesidad de contar con prescripción médica que asegurase la libertad y pertinencia de la solicitud del interesado. No basta el deseo de morir.⁷⁰ Tampoco tuvo éxito el planteamiento elevado a la Suprema Corte Federal. En

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, párrs. 66-72.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, párr. 82.

⁶⁶ *Case of Gross v. Switzerland* (Application no. 67810/10). Judgment, Strasbourg, 14 May 2013.

⁶⁷ Cfr. *Idem*, párrs. 3, 7, 8.

⁶⁸ Con diversas posiciones, expresaron su parecer *Dignitas*, *Alliance Defending Freedom* (antes, *Alliance Defense Fund*), organización con sede en los Estados Unidos, *European Centre for Law and Justice*, con sede en Francia, y *Americans United for Life*, también asentada en los Estados Unidos.

⁶⁹ Cfr. *Gross v. Switzerland*, *cit.*, párrs. 11-13.

⁷⁰ Cfr. *ibidem*, párrs. 19-20.

resolución del 12 de abril de 2010, ésta sostuvo la necesidad de contar con opinión médica para prevenir decisiones ligeras y evitar abusos. También hizo notar que no existe una obligación positiva del Estado de garantizar el acceso a sustancias peligrosas que tuvieran efectos letales.⁷¹

Al examinar la legislación suiza sobre esta materia, la Corte de Estrasburgo observó, como dato interesante acerca del “estado de opinión” pre-valeciente, que el 28 de octubre de 2009 el Consejo Federal de Suiza había presentado dos proyectos alternativos, conducentes a regular el suicidio asistido. No hubo consenso en la consulta sometida a los cantones, los partidos políticos y otros sectores. El Consejo retiró los proyectos.⁷²

La Corte Europea citó también el rechazo de la Suprema Corte Federal a un acuerdo celebrado entre el General Public Prosecutor del cantón de Zurich y la organización EXIT para fijar reglas aplicables a casos de suicidio asistido.⁷³

Igualmente, la CEDH examinó el tema desde la perspectiva de la ética médica y destacó el dilema que se presenta entre los objetivos naturales de la medicina, que pretende salvaguardar la vida del paciente, y la fuerza que tiene la voluntad de éste en la relación que establece con el facultativo.⁷⁴

En el examen sobre el fondo de la cuestión, la CEDH advirtió que la interferencia del Estado en la vida privada del individuo, tema del artículo 8, debe hallarse justificada a la luz del párrafo 2 de ese mismo precepto. En estos casos, las restricciones impuestas sirven al objetivo de proteger la vida, la salud, la seguridad pública, y prevenir la comisión de delitos.⁷⁵ La liberalidad de la ley suiza en esta materia ha determinado que muchas personas deseosas de poner término a su vida viajen a ese país para satisfacer dicho propósito (*suicide tourism*).⁷⁶

En el caso *sub judice*, el asunto primordial se relaciona con la omisión del Estado en proveer orientación suficiente acerca de las circunstancias en las que pudiera proceder el auxilio al suicidio, omisión que se proyecta hacia el comportamiento de los médicos, inseguros sobre la respuesta que darán a sus pacientes. Todo esto genera angustia en el solicitante, entraña violación

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Cfr. Ibidem*, párr. 29.

⁷³ Consideró que semejante acuerdo resultaba inválido porque carecía de sustento en la legislación suiza. *Cfr. Ibidem*, párr. 31.

⁷⁴ *Cfr. Ibidem*, párr. 33.

⁷⁵ *Cfr. Ibidem*, párrs. 46-48.

⁷⁶ *Cfr. Ibidem*, párr. 53.

al artículo 8 del Convenio Europeo y estorba la adecuada operación del principio de subsidiariedad.⁷⁷

XIII. LA LEY PENAL SOBRE EL HOMICIDIO REQUERIDO

La legislación penal recoge el problema del homicidio requerido, en cuyo telón de fondo se hallan las doctrinas sobre la obligación de vivir y el derecho a morir. Hay varias posiciones. La primera, más rigurosa, sanciona el suicidio asistido y deja al tribunal ponderar la pena aplicable dentro del tramo de punibilidad que prevé la ley, tomando en cuenta motivos del autor y condiciones de la víctima. Aquí no asoma la facultad de morir, como derecho humano. La segunda, infiltrada de benevolencia, sanciona el hecho como tipo penal autónomo, que se dice privilegiado. En esta segunda posición se coloca la ley penal mexicana más reciente, que adelante invocaré. Y la tercera deposita en el juez la potestad de imponer sanción o abstenerse de hacerlo. Fue la solución aconsejada por Jiménez de Asúa⁷⁸ e incorporada el artículo 37 del Código Penal de Uruguay, de 1934: “Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”.

Existe una alternativa más liberal: recibir en la ley la opción por la muerte piadosa, rodeada de condiciones que prevengan el uso desviado de la eutanasia. En esta dirección ha caminado una ley holandesa del 9 de febrero de 1993; otra en el Territorio Norte de Australia, de 1996, y una más, de 1997, en el Estado norteamericano de Oregón: “Acta para la muerte con dignidad”.⁷⁹ En 36 Estados integrantes del Consejo de Europa, se halla prohibida y punida la asistencia para el suicidio. En Suecia y Estonia no lo está.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, párrs. 62-69. La decisión de la Corte Europea sobre el fondo fue adoptada por estrecha mayoría: 4 votos a favor y 3 en contra. Los jueces que votaron en contra entendieron que la legislación suiza es suficientemente clara acerca de las condiciones requeridas para obsequiar la solicitud de quien desea adquirir la sustancia letal. A través de estas normas —que tienen carácter restrictivo— el Estado aplica su margen de apreciación. El Tribunal Europeo no puede obligar al Estado a manejar el tema en forma diferente.

⁷⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1946, pp. 434-436.

⁷⁹ “La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. II, 1986, p. 308 en Niño, *Eutanasia... op. cit.*, nota 14, p. 229.

Cuatro Estados (Suiza, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) permiten al médico prescribir drogas letales.⁸⁰

XIV. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN

En el intenso y constante debate de los juristas sobre esta materia, se ha llegado a la conclusión de que es necesaria “una regulación legal expresa del problema que trate de forma global y generalizada el derecho a una muerte digna y la ayuda médica y humana necesaria para ello”.⁸¹ Un selecto grupo de profesores españoles propone una nueva regulación: “No será punible la producción de la muerte de otro por parte de un médico o de cualquier otra persona bajo su dirección, si media la solicitud expresa, libre y seria de una persona mayor de 18 años que tenga capacidad natural de juicio, siempre que ésta padezca graves sufrimientos no evitables ni notoriamente atenuables de otro modo y que se deriven de una afección incurable que le conducirá próximamente a la muerte o que, siendo permanente, le incapacita de manera generalizada para valerse por sí misma”.⁸² Esto supone el derecho a optar por la muerte y la licitud de la intervención homicida de un tercero, es decir, un derecho básico y una injerencia legítima.

La regulación de esta materia en el nuevo Derecho mexicano proviene del código de Morelos, de 1996,⁸³ y el Código de Tabasco, de 1997,⁸⁴ así como del Código español. En ellos se inspiró el ordenamiento de 2000 para el Distrito Federal: “Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase termi-

⁸⁰ Cfr. *Case of Koch v. Germany*, cit., párr. 26.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Síntesis de las ponencias” (presentadas a un seminario internacional europeo sobre eutanasia), en José Luis DIEZ RIPOLLÉS y Juan MUÑOZ SÁNCHEZ (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia: Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 555.

⁸² Grupo de Estudios de Política Criminal, España, “Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”, en *ibidem*, pp. 618 y 620-621.

⁸³ Artículo 111: “Al que prive de la vida a otro, por petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, se le impondrán de cuatro a doce años de prisión.”

⁸⁴ Artículo 115: “Al que prive de la vida a otro, por petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias o de salud comprobadas se le aplicará prisión de cuatro a doce años.”

nal, se le impondrá prisión de dos a cinco años” (artículo 127).⁸⁵ Esta es una sanción muy atenuada si se compara con la del homicidio simple –ocho a veinte años (artículo 123)– o el calificado –veinte a cincuenta años (artículo 128)– e incluso con las del homicidio en riña: cuatro a doce años (artículo 133); y el homicidio en estado de emoción violenta: la tercera parte de las penas previstas para el homicidio (artículo 136).

XV. ALGUNAS INTERROGANTES FRENTE A LA FÓRMULA LEGAL

La fórmula legal incluye tres datos de expresión y valoración compleja: dos se relacionan inmediatamente con la víctima: solicitud y padecimiento; el otro se refiere a las razones que animan al victimario. Quedaron fuera algunos puntos relevantes: la intervención del médico⁸⁶ (salvo la implícita para saber que nos hallamos ante una “enfermedad incurable en fase terminal”) y la referencia al sufrimiento que padece el sujeto pasivo.⁸⁷

Esa fórmula suscita preguntas que he destacado anteriormente⁸⁸ y que deberá resolver la jurisprudencia. He aquí algunas: ¿Qué se quiere decir cuando se exige que la solicitud sea “expresa”? ¿Debe mediar un texto escrito y suscrito? ¿Basta la manifestación oral? ¿Cuál debe ser el contenido de esa expresión? ¿Qué valor se dará al ‘testamento vital’, el *living will*? ¿Cuándo se entenderá que la solicitud es “libre”? ¿Se trata de libertad exterior e interior, es decir, autonomía completa frente a presiones o inducciones? ¿Es preciso que el peticionario se halle fuera de cualquier influencia ajena a su propia voluntad, y que así se demuestre? ¿Cuáles serían los datos que empa-

⁸⁵ Cfr. Varios, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado. Libro segundo (artículos 123 al 249)*, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, et. al. (coords.), México, Porrúa, t. II, 2006, pp. 129-132, y Varios, *Código Penal para el Distrito Federal comentado. Reformas producidas de 2006 a 2012*, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, et. al. (coords.), México, Porrúa, t. IV, 2013, pp. 71-72.

⁸⁶ Al respecto, la adición del artículo 143 Bis, el 7 de enero de 2008, al Código Penal del Distrito Federal introduce un elemento destipificador: “no integran los elementos del cuerpo del delito de ayuda o inducción al suicidio, las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.”

⁸⁷ Con relación a este tema, véase el Título Octavo Bis de la Ley General de Salud, en el que se establecen los cuidados paliativos a los enfermos en situación terminal, consultado en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>

⁸⁸ Cfr. García Ramírez, *Cuestiones jurídicas...*, op. cit., nota 3, pp. 242-243.

ñarían —ya no digo excluirían— esa libertad? ¿Cuándo se estará ante una petición “reiterada”? ¿La habrá cuando se insista una sola vez en la petición?

¿En qué forma influirán los silencios del enfermo —que pueden ser prolongados e insuperables— con respecto a la solicitud? ¿Cómo se resolverá la imposibilidad física o psíquica para insistir en la petición? ¿Qué significa “seriedad” en la solicitud? ¿Basta con que no parezca frívola o precipitada? ¿Habrá que establecerla mediante un examen acucioso del solicitante o de los datos que éste hubiera sembrado en su camino hacia la muerte? En el proceso de morir, que puede atravesar diversas estaciones, ¿podría engañarse el enfermo acerca de sus verdaderos deseos y el médico y los familiares sobre la auténtica decisión del paciente?

La exigencia de que haya una petición inequívoca ¿se vincula con la forma de expresión y con la comprensión que de ella adquiera el destinatario y posible ejecutor de la muerte? ¿Es posible que la univocidad de la petición se desprenda de las características del sujeto, su estilo, su forma peculiar de transmitir deseos y proyectos? ¿Cómo se apreciará la existencia de esos motivos de humanidad que confieren al comportamiento del agente un signo moral del que carecería completamente en otro caso? ¿Qué se entiende por enfermedad incurable: la que lo es en forma absoluta o la que lo es dentro de las condiciones en que se brinda la atención? ¿El tipo penal abarca al enfermo en estado vegetativo permanente, sin posibilidad de retorno a la conciencia?

XVI. TIEMPO DE ESPERA

Por ahora no existe consenso, ni siquiera en el Consejo de Europa —que sería el marco regional más avanzado para la consideración y solución del problema— en torno al derecho humano a morir. Sólo existen medidas liberales y soluciones benignas. No podemos considerar, pues, que exista consenso o siquiera opinión mayoritaria acerca de la existencia de un derecho humano a morir por obra de tercero; pero tampoco se puede afirmar que nos hallamos, pacíficamente, ante una prohibición absoluta de esta medida humanitaria.

Estamos en el camino que conduce de la absoluta incriminación a la plena autorización. Un camino difícil, largo, erizado de controversias. Pero es, en fin de cuentas, un camino. En el arribo se halla, quizás, una interpretación *pro homine*, radical y voluntariosa, que facilite la muerte asistida e incluya en el nuevo estatuto del ser humano el derecho a morir y la facultad de requerir el auxilio de terceros, cuya conducta se hallaría justificada o exonerada de culpa. Este parece ser el rumbo hacia el distante porvenir.

DERECHO PENAL FAMILIAR*

FAMILIAR CRIMINAL LAW

Julián GÜITRÓN FUENTEVILLA*

RESUMEN: En este artículo el autor reflexiona desde un punto de vista doctrinario sobre el concepto de Derecho familiar y sus repercusiones en la ciencia del Derecho. Asimismo, indaga sobre la naturaleza jurídica del Derecho familiar que es distinta a la del Derecho civil, además de ser un tercer género diverso al derecho privado y derecho público. Una vez aclarados estos conceptos, el autor define el Derecho penal familiar, cuyo objetivo es proteger y tutelar a la familia cuando es agredida por actividades ilícitas. También distingue entre la parte general y especial del Derecho penal familiar. Finalmente se realiza un análisis comparativo entre las legislaciones mexicana y cubana, tomando como objeto de estudio al Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal de Cuba.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal familiar, Derecho familiar, Derecho civil, Código Penal para el Distrito Federal, Código Penal de Cuba.

ABSTRACT: In this article the author reflects from a doctrinal point of view on the concept of family law and its impact on the science of law. It also explores the legal nature of family law that is different from the civil law, as well as being a different third gender that private law and public law. Having clarified these concepts, the author defines the familiar criminal law, which aims to protect and foster the family when he is attacked by criminal activities. It also distinguishes between general and special part of family criminal law. Finally, a comparative analysis between the Mexican and Cuban laws, taking as a case study the Código Penal para el Distrito Federal (Penal Code for the Federal District) and the Código Penal de Cuba (Penal Code of Cuba) is made.

KEYWORDS: Familiar Criminal Law, Family Law, Civil Law, Penal Code for the Federal District, Penal Code of Cuba.

* Aplicación del método comparativo a las diversas normas del Código Penal Cubano y del Código Penal para el Distrito Federal, relativos a los delitos cometidos en la familia o contra los miembros de ésta, por alguno de sus integrantes, unidos por parentesco consanguíneo en línea recta ascendente o descendente, colateral igual o desigual y por afinidad.

** Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor de carrera desde 1967 de Derecho Civil y Derecho Familiar nivel "C" tiempo completo, por oposición, en la Facultad de Derecho de la UNAM y en su División de Estudios de Posgrado. Maestro Emérito de la Universidad Autónoma de Tamaulipas y de la Universidad Autónoma de Chiapas. Presidente del Tribunal Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México de octubre del 2012 al 2018. Desde el 2009, conductor y responsable del programa *Derecho Familiar* transmitido por el Canal Judicial.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de Derecho Familiar*. III. *¿Cuál es la naturaleza jurídica del Derecho Familiar?* IV. *El Derecho Familiar es un tercer género*. V. *¿Qué es el Derecho Penal Familiar?* VI. *Derecho Penal Familiar general*. VII *Derecho Penal Familiar Especial*. VIII. *Libro primero del Código Penal para el Distrito Federal*. IX. *Segundo libro del Código Penal para el Distrito Federal*.

I. INTRODUCCIÓN

La trascendencia del Derecho Familiar es tan importante, que hoy se puede probar científicamente, su separación jurídica del Derecho Privado y del Derecho Civil.¹ La naturaleza jurídica del Derecho Familiar, es la de un tercer género, al lado del Derecho Público y del Derecho Privado, que tiene sus propias normas y principios.² Si analizáramos cada una de las disposiciones legales que regulan el Derecho Familiar, llegaríamos a la conclusión de que en ellas, están principios de Derecho Privado y Derecho Público,³ que le dan esa categoría de tercer género, diferente a uno y otro; verbigracia, el matrimonio; tradicionalmente se dijo y algunas legislaciones lo sostienen, que el matrimonio es un acto jurídico del Derecho Civil, que al intentar aplicarle al mismo, los principios fundamentales del Derecho Privado y el Civil, de inmediato, surge el que se refiere a la autonomía de la voluntad, en que los cónyuges no pueden en el ejercicio de ésta, pactar los términos, las condiciones, la renuncia de derechos, la intervención del Estado, la representación, por citar algunos, aun cuando ambos, estuvieran de acuerdo, porque sobre esa autonomía a la que Hans Kelsen llama Privada,⁴ prevalece el orden público, “que tiene una función normativa estricta, que restringe la libertad individual, considerando la importancia y las funciones sociales de cada institución regulada. Tiene un sentido de equidad, que rebasa los intereses particulares, privados, individuales, porque en realidad, el orden público, representa el núcleo íntegro de la sociedad, vinculado al futuro para lograr un ideal de justicia; en ese sentido, el or-

¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Familiar*, 2ª ed., Tuxtla Gutiérrez, Universidad Autónoma de Chiapas, 1988. p. 229.

² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Autor del Código Familiar para el estado de Hidalgo*, Pachuca, Litográfica Alsemo, 1983. p. 17.

³ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*, México, Porrúa, 2003. p. XI.

⁴ KELSEN, Hans, *El Contrato y el Tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2007. pp. 92 y 93.

den público en el Derecho Familiar mexicano, está plenamente justificado, porque está dirigido a la protección de la familia, sus miembros y todos los vínculos y relaciones derivados del mismo”.⁵ que ordenan los principios a que debe sujetarse, en el caso concreto el matrimonio, y que en su caso, los cónyuges tienen que obedecer y aceptar, porque así es el mandato de la ley. Sería inimaginable que los cónyuges pactaran su estado familiar de lunes a viernes de casados y sábado y domingo de solteros, o más simple todavía, que le pusieran término a su matrimonio, convinieran la poligamia o la poliandria, que aun cuando no haya un mandato expreso de la ley respectiva que lo prohíba, no es posible, aun cuando esa pareja, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, quisieran convenirlo. Frente a estas hipótesis, la otra realidad, inmersa en los Códigos Penales de México, Distrito Federal y de Cuba, es el tratamiento que los Códigos punitivos respectivos, le dan, de manera especial, a los delitos cometidos por los integrantes de una familia contra ésta o que la misma sea agredida por terceras personas. Es importante subrayar que el Código Penal mexicano, vigente en la ciudad capital,⁶ tiene 365 artículos, de los cuales aproximadamente el 20%, están dedicados a las diferentes clases de familias que existen en el Distrito Federal. Por su lado, el Código Penal cubano, que contempla 348 preceptos en la materia,⁷ también tiene un porcentaje aproximado del 20%, con referencia a los delitos cometidos en o contra la familia; de estas reflexiones, nos permitimos someter a la consideración de esta honorable audiencia, nuestra propuesta para definir el Derecho Penal Familiar; estudiar sus partes General y Especial, así como la teoría general del delito; y al revisar y analizar cada uno de los preceptos de los Códigos supracitados, destacar el bien jurídico protegido en cada norma, para tener conclusiones válidas, que nos permitan proponer las reformas legislativas adecuadas, para que el Derecho Penal Familiar, que es una realidad en ambas legislaciones, realice las reformas necesarias y adecuadas, para darle el mejor tratamiento a los delitos de orden familiar, para que la célula básica, la célula social por excelencia, la que incluso debe estar

⁵ GÚITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Panorama Internacional de Derecho de Familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. I., Rosa María Álvarez de Lara (coord), México, IJ-UNAM, 2006. p. 20.

⁶ Código Penal para el Distrito Federal del 2002, Compilación Penal Federal y del Distrito Federal, 51ª ed., México, p. 68

⁷ Código Penal de Cuba del 29 de diciembre de 1987, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ministerio de Justicia, publicación digital, 2008. Consultado en: www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html

por encima del propio Estado, que es la familia, se mejore y sus miembros y su organización, redunden en beneficio de aquélla y de éstos.

II. CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR

El Derecho Familiar es tan importante, que hoy en día es indiscutible su separación del Derecho Privado y del Derecho Civil, para emerger como un nuevo género que protege a la familia. Para nosotros, es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado. Esta definición sirve para determinar el concepto de familia, la regulación de los esponsales, del matrimonio, de las formalidades para contraerlo, sus requisitos, los impedimentos en ese sentido; los deberes y derechos de los cónyuges, así como los regímenes matrimoniales que incluyen la sociedad conyugal, la separación de bienes y el mixto; también regular el nombre de la mujer casada y un capítulo especial, creando la teoría de las nulidades del matrimonio.

El conjunto de normas jurídicas, sustento del Derecho Familiar, incluye el aspecto del divorcio, alimentos, estado familiar, nombre de la mujer soltera, viuda y divorciada, concubinato, las diferentes clases de parentesco, la filiación, los hijos, la adopción, la patria potestad, la tutela, la emancipación y la mayoría de edad.

Ese conjunto de normas jurídicas, funda la creación de los Consejos de Familia, como auxiliares del Juez Familiar, la personalidad jurídica de la familia, la protección de inválidos, niños, ancianos, alcohólicos, discapacitados, el patrimonio familiar, la planificación familiar y el control de la fecundación, así como el Registro del Estado Familiar.

Es importante destacar que la relación jurídica entre cónyuge, entre concubinos, padres o madres solteros, hijos, sea cual fuere su filiación, divorciados o divorciadas, el estado familiar y todas estas cuestiones, deben ser objeto de una regulación especial, que es distinta a la que se da entre extraños. La vida entre los miembros de una familia, no puede dejarse al arbitrio de quienes la integran y mucho menos en circunstancias en que cuando haya obligaciones, no existan las normas legales que obliguen a su cumplimiento. Es diferente la relación jurídica entre cónyuges o divorciados, a la que se da entre quienes compran un objeto o simplemente exigen el pago de una letra de cambio o una renta, porque jurídicamente hay objetos diferentes y no pueden tratarse igual. Por ejemplo, el testamento donde se deja escrita

la última voluntad del dueño de los bienes, a la simple disposición en una compraventa o en una donación de esos bienes. Por ello, insistimos, ese segundo elemento de la definición del Derecho Familiar, debe tener un carácter especial, porque regula la vida entre los miembros de una familia. De qué manera debe ser el contenido de estas normas, cuando se refiere a las relaciones jurídicas establecidas entre los que fueron cónyuges, se convierten en divorciados, tienen hijos y obligación de pagarse alimentos, para después de esa disolución. No podría decirse que se acabó la familia; es tan importante la relación jurídica entre excónyuges, por ejemplo, podemos afirmar categóricamente que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, termina con esa institución, el matrimonio, pero la familia continúa. Él sigue siendo el padre y ella madre de sus hijos y hay que cumplir con las relaciones jurídicas como lo establezca la ley. Esto también es importante en este concepto de Derecho Familiar, porque esas normas, reguladoras de la vida entre los miembros de esa institución, deben tener un tratamiento distinto, al que le han dado hasta ahora, en Derecho Civil.

Cumplir por mandato de la ley familiar y no por voluntad personal, es esencia en el Derecho Familiar. Prohibir el matrimonio entre parientes, que puedan dar un resultado grave, por la cercanía genética en la relación, corresponde al Derecho Familiar. Destacar que las relaciones entre esposos, hijos, concubinos y en general, dentro de la familia, debe tener como característica el interés público, ya que la sociedad y el propio Estado, están interesados en que haya *profilaxis* familiar, que se cumpla con los deberes y obligaciones adquiridos por el solo hecho de formar parte de una familia y por supuesto, que esas relaciones internas en su repercusión externa, también estén reguladas adecuadamente por la ley. Si la familia, a la que debe dársele personalidad jurídica, es atacada desde fuera, debe hacer una norma externa, precisamente de Derecho Familiar, que le permita ejercer en nombre y representación de sus miembros, el cumplimiento de los deberes de quienes la hayan lastimado u ofendido. Es importante insistir en que las relaciones internas y externas, al referirse a la familia y a sus miembros, no pueden tener un carácter civilista ni privativo, muchos menos de orden personal, porque la familia representa un interés superior, debe estar por encima de esos criterios; por ello, esas relaciones internas y externas deben tener, al referirse a los miembros de la familia, originada en el matrimonio, en la adopción, en la inseminación artificial en cualesquiera de sus formas, en el concubinato, etc., un contenido ético y jurídico establecido en favor de la familia.

Esto significa que el conjunto de normas jurídicas, debe contemplar el interés de que la familia sea el mejor y mayor soporte del Estado. Que sea la

familia el modelo para la sociedad y su desarrollo. Que se exhorten los valores colectivos, fundados en la familia. Que cualquier situación –quien puede dudar de ello– va a repercutir en la familia. Lo más trascendente, no es el Estado, ni el individuo, ni la sociedad; es la familia, por ello, el conjunto de normas jurídicas que establece las relaciones y las regula entre la familia y la sociedad, debe darle a aquélla, una prioridad para alcanzar los más altos valores. Para que frente al quebrantamiento de los fines que debe perseguir el Estado, para darle más seguridad y mejores condiciones a los miembros de una familia, se logre a través de esa protección de los valores colectivos. No debemos olvidar que si ese conjunto de normas jurídicas, dadas respecto a la sociedad, no se respetan; si en el seno familiar no hay respeto y moral en relación a los hijos, a los cónyuges, a los miembros de esa familia, los mismos saldrán a la calle y atacarán a la sociedad. Agredirán a los guardianes del orden público. Esa familia habrá engendrado células enfermas, que van a atacar a la sociedad. El conjunto de normas jurídicas a las que nos referimos, cuando hablamos de la familia y de la sociedad, deben contemplar la trascendencia que éste tiene. No olvidar que la familia representa un interés superior, por encima de los individuos, de la sociedad y del propio Estado.

Es importante que este vínculo externo con otras familias, permita crear un sentimiento de apoyo, de solidaridad, de identificación, de ayuda entre las diferentes familias mexicanas. Que no veamos en ellas enemigos de la nuestra, sino por el contrario, eslabones que al ligarse, hagan más fuerte la sociedad. Más sana y permitan en un momento dado, con esa regulación jurídica, con esas normas, que las familias puedan constituir la base moral, solidaria, jurídica del Estado. Es importante destacar que la tradición de las familias mexicanas no debe perderse. Que la relación entre ellas, debe regularse por la ley y tener un tratamiento especial, para que la sociedad mexicana recupere sus valores y todo lo propio y esencial a la idiosincrasia y sentir de los mexicanos.

El conjunto de normas jurídicas a que nos hemos referido, respecto a la familia, debe considerar que el Estado debe apoyar el desarrollo de ésta. Propiciar la creación de los patrimonios familiares, que verdaderamente la protejan económicamente. Dictar las normas jurídicas que garanticen la seguridad de la familia. Hacer hincapié en sus derechos fundamentales. Regular el aspecto de la planificación familiar, respetando las garantías constitucionales establecidas a favor de la familia, sin olvidar que la familia nació antes que el propio Estado. Destacar que el Estado, a través de sus diferentes instituciones como los de Desarrollo Integral de la Familia estatales y de la ciudad capital, deben procurar la promulgación de Códigos Familiares, de Procedimientos Familiares, de Juzgados y de Salas Familiares, para que con

el apoyo del Estado, la familia pueda recibir la justicia que merece. Que haya seguridad respecto a sus miembros. Que no se sigan cometiendo los grandes fraudes que por ejemplo en alimentos se dan día a día. Por ello, el conjunto de normas jurídicas respecto a la familia y del propio Estado, debe permitir a éste apoyarlas para que alcancen su máximo desarrollo.⁸

III. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR?

El Derecho Familiar tiene una naturaleza jurídica distinta al Derecho Civil, fundamentalmente porque no se le aplican las teorías en que se apoya el Derecho Civil, como son la autonomía de la voluntad, la de la exteriorización de la voluntad, la de la representación, del mandato, del poder, la de las modalidades del acto jurídico, la de la renuncia de derechos privados, la de enajenación, cesión, comercialización, venta, compra, etc., de derechos privados. Tampoco se aplica al Derecho Familiar, la teoría de las nulidades del Derecho Civil, como es la inexistencia, la nulidad absoluta o la de la nulidad relativa. La no intervención del Estado en relaciones particulares y que sí es vigente en el Derecho Familiar. Otro principio es que la Ley regula la relación familiar y no la voluntad particular. También debe considerarse que la Ley determina el contenido de las potestades en Derecho Familiar, por ejemplo en relación a los hijos de los cónyuges y en el Privado, es la voluntad particular la que manda. En cuanto a los efectos de los actos del Derecho Familiar, éstos surgen aun en contra de la voluntad de sus autores, como ocurre en la filiación, en el matrimonio, en los testamentos, en los intestados, en la tutela, en la adopción; en cambio, en el Derecho Civil no se da de esta manera.

Porque los actos del Derecho Familiar exigen certeza y duración, en ellos, interviene el poder público que no tolera limitaciones que provengan de los particulares. La voluntad privada es impotente por sí sola para crear la relación familiar, que es distinta a todas las demás. La teoría de la prescripción no se aplica al Derecho Familiar, incluso, si los deberes familiares se abandonan, no se cumplen o se ejercitan mal, se pierden como sanción y no se adquieren como derecho.

La teoría del patrimonio de Derecho común, explotación, liquidación, etc., no se aplica al Derecho Familiar Patrimonial; por ejemplo, el patrimo-

⁸ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *et al.*, *Compendio de Términos de Derecho Civil*, México, Porrúa-IIIJ-UNAM, 2004. pp. 169 y ss.

nio de familia, la sociedad conyugal, la separación de bienes, los alimentos o las pensiones. Asimismo, debe considerarse la inclusión de normas de Derecho Familiar en las Constituciones Políticas de los diversos países del mundo, como se da en México y en otros y que en cuestiones de Derecho Civil, no hay estas declaraciones específicas.⁹

IV. EL DERECHO FAMILIAR ES UN TERCER GÉNERO

Debe destacarse que dentro de la trascendencia del Derecho Familiar, la aportación para considerarlo como un tercer género, distinto al Derecho Privado y al Derecho Público, es una aportación de Antonio Cicu, quien sostuvo que este Derecho, “no forma parte del Público, ni del Privado, sino que es un nuevo género autónomo e independiente de los enunciados”.¹⁰

Dada la trascendencia del Derecho Familiar, nos vamos a permitir someter a la consideración de ustedes, nuestra tesis sobre el Derecho Penal familiar, basado en el estudio, análisis y comparación que hemos hecho de los Códigos Penales para el Distrito Federal, del Estado de Morelos y el Federal, vigentes.

V. ¿QUÉ ES EL DERECHO PENAL FAMILIAR?

Es un conjunto de normas jurídicas que protegen y tutelan a la familia, cuando es agredida por medio de actividades ilícitas, realizadas por sus miembros en contra de su propia familia o por terceros, alterando las relaciones familiares, poniendo en peligro o dañando a la célula social básica por excelencia.

El concepto anterior, contiene siete elementos, que vamos a explicar a continuación. En primer lugar, el conjunto de normas jurídicas, ordenan, en el caso concreto de la familia, que la misma está protegida, en este caso, por las disposiciones establecidas en los cuerpos normativos vigentes, que tienen un tratamiento especial, más allá de los principios morales, que han sido tradicionales en la organización familiar, porque en este caso, la ley

⁹ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. Ramón Serrano Zuñer y José Santa Cruz Teijero, 4ª ed., t. II, vol. II (Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario), Madrid, Instituto Editorial Reus, pp. 9 y 10.

¹⁰ CICU, Antonio, *Derecho de Familia*, trad. Santiago Sentís Melendo y de Víctor Neppi, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1947, pp. 40 y 41.

ordena, no discute y así determina, que las familias y sus miembros deben ser protegidos jurídicamente.

El segundo elemento, se refiere específicamente a la protección y tutela de las familias. Debemos entender que estas palabras, tienen como propósito que no quede al arbitrio o a la voluntad de las familias, el ejercicio de los derechos que las protegen, sino que imperativamente el Derecho, imponga los principios y las normas que efectivamente, por un lado protegerán a las familias que sean agredidas por sus propios miembros o por terceros y por otro, la tutela que tiene como propósito que los derechos de esas familias, estén determinados en cuanto a su cumplimiento, por la tutela del Estado.

El tercer elemento del concepto anterior, se refiere al ataque que pueden recibir las familias, con hechos que se tipifiquen como delitos, actividades ilícitas que al realizarse, se adecuen a los tipos, descritos en abstracto por la norma penal, que se van a actualizar en la tipicidad, como un elemento más del delito.

En cuarto lugar, debemos destacar, que esas agresiones contra la familia, puedan ser efectuadas por sus integrantes o por terceros, en contra de esas familias o de sus miembros; este es un elemento importante, que requiere establecer con toda claridad, que la familia como organización social, puede ser agredida por quienes la integran; verbigracia, el parricidio o la violación de uno de sus miembros, que serán sancionadas de manera distinta a como la ley lo ordena, cuando se trata de extraños; también debe quedar clara la hipótesis de que la familia reciba la agresión de terceros, ajenos a ella y que en el Derecho Penal Familiar, recibe un tratamiento distinto. Por ejemplo, si un ladrón se introdujera a una casa con el ánimo de robar o agredir a esa familia, y en esa acción cualesquiera de los miembros de la misma, repeliera esa agresión, matando al intruso, las normas que venimos comentando, le darán un tratamiento jurídico distinto, en cuanto a la acción ejercitada por esa persona, que para proteger a su familia, hizo uso del derecho de legítima defensa, que por ser del ámbito del Derecho Penal Familiar, recibe un tratamiento jurídico penal distinto, verbigracia, a que si esa persona agredida, va caminando por la calle y recibe la agresión del tercero, si el primero reacciona de tal manera que prive de la vida al agresor, la ley le da un tratamiento distinto, porque se trata de una hipótesis que no entra en el Derecho Penal Familiar.

El quinto elemento que debemos analizar en cuanto al concepto supracitado, es que como consecuencia de los ilícitos cometidos contra la familia, se van a alterar las relaciones familiares; es decir, si los propios miembros de la familia; por ejemplo, si un hermano viola a su hermana o mate a su

padre, evidentemente que esa familia será sacudida en sus cimientos y se verán menoscabadas las relaciones entre ellos y una alteración de aquéllas.

Poner en peligro a esa familia y a sus miembros, es el sexto elemento que estudiamos en esta concepción, que debe quedar claro, que la agresión que se haga contra aquélla, ponga en hipótesis graves de peligro, de alteración o de perder la familia la estabilidad, por los actos o hechos jurídicos cometidos contra ella por sus propios miembros o terceros ajenos a la misma.

Para terminar, es requisito indispensable, para que se dé con plenitud el Derecho Penal Familiar, que las diferentes conductas o hechos, incluso abstenciones, dañen a la familia o a sus miembros, reiterando que es esencial para el Derecho Penal Familiar, que los vínculos de parentesco, sean consanguíneos, por afinidad o por adopción o por cualesquiera de las fuentes originadoras de las familias, que en el caso concreto, tendría como fuente, los diferentes actos jurídicos, hechos jurídicos o materiales, que la originen; por ejemplo, el acto jurídico matrimonial de personas del mismo sexo o la inseminación artificial que una mujer sola, determine hacerse, que reciba el semen de un donador anónimo, que como resultado de esto tenga un hijo y como es fácilmente comprensible, ella con ese producto y por el hecho del nacimiento, originará, en el hecho material de la inseminación, una nueva familia.

Basamos nuestra exposición en dos partes fundamentales del Derecho Penal Familiar que son, la Parte Especial y la Parte General.

VI. DERECHO PENAL FAMILIAR GENERAL

Incluimos en la Parte General, los principios y garantías penales; la ley penal, su aplicación espacial, temporal, personal, el concurso aparente de normas y las leyes especiales. En relación al delito, se incluyen las formas de comisión, la tentativa, la autoría y la participación, el concurso de delitos y las causas de exclusión. Las consecuencias jurídicas del delito forman parte de este inciso, así como la aplicación de penas y medidas de seguridad y la extinción de la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad; los responsables, los autores, los cómplices, los encubridores, los diferentes grados de ejecución a las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad, la extinción de la responsabilidad penal, civil, familiar, etc.

VII DERECHO PENAL FAMILIAR ESPECIAL

Incluye los delitos contra la vida, la integridad corporal, la dignidad y el acceso a una vida libre de violencia; el homicidio, las lesiones, el aborto y el feminicidio; asimismo, los delitos contra la libertad reproductiva, la procreación asistida, la inseminación artificial, la esterilización forzada y la manipulación genética. También forman parte de este apartado, los delitos de peligro para la vida o la salud de las personas, los que son contra la libertad personal, así como la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual; incluyendo entre otros la violación, el abuso y acoso sexual, el estupro, el incesto y el hostigamiento sexual cometido contra menores de doce años de edad. Corrupción de menores de edad o incapaces; la pornografía, la trata de personas, el lenocinio y la explotación laboral de menores o personas con discapacidad física o mental. Se incluye el estudio de los delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria y el derecho de los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia y el caso específico de la violencia familiar. Los delitos contra la filiación y el matrimonio, se pone especial énfasis en el estado civil, la bigamia; se incluyen los delitos que atentan contra la dignidad de las personas; contra su seguridad y la inviolabilidad del domicilio. En los delitos contra el patrimonio, se incluye el robo que involucra a la familia, así como los delitos cometidos contra el servicio público por servidores públicos y el realizado por particulares. Igualmente se estudia el delito de evasión de presos y los que se cometen en el ejercicio de la profesión.

Código Penal para el Distrito Federal

El Libro Primero de este Código, se refiere a las Disposiciones Generales, en el Título Primero, respecto a la ley penal, en cuanto a la aplicación personal de la misma, ordena en el artículo 12, que: “Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad”.¹¹ La menor edad en México, tiene enfoques diferentes, según sea la materia jurídica, que se vincule a la persona. Se permite el matrimonio civil a partir de los 16 años, consintiéndolo los titulares de la patria potestad y desde el punto de vista del Derecho Penal, específicamente en cuanto a la familia, el 18 de junio del 2008, se hizo una modificación a la Constitución

¹¹ Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*, p. 10.

Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente en el artículo 18, en el cual se abrogó el sistema tutelar de los menores de edad por uno garantista, ordenando que los niños o adolescentes de los 12 años y hasta antes de cumplir los 18 años de edad, podrán ser sujetos imputables de un delito federal, estableciendo que de los 12 a los 14, en ningún supuesto podrán ser privados de su libertad; empero de los 14 hasta antes de los 18, serán responsables penalmente y para ello, tendrán el derecho humano fundamental, de que se les designe un defensor; a ser juzgados por jueces juveniles especiales y a ser recluidos en establecimientos construidos *ex profeso* para alojar a los que eufemísticamente se les ha llamado delincuentes menores de edad y en otros casos, presuntos delincuentes.¹²

Código Penal de Cuba

El Código Penal cubano, en el Libro I Parte General, en cuanto a las Disposiciones Preliminares, regula en el Título, denominado De la Responsabilidad Penal, Capítulo I, Personas Penalmente Responsables, a quiénes, de acuerdo con la edad, se les considera penalmente responsables. La Ley comentada, legisla varios supuestos en cuanto a la edad; uno se refiere a quien ha cumplido 16 años; otro, a quien tiene más de esa edad y menos de 18 y en tercer lugar, a quienes estén en los límites entre 18 y 20 años, en cuanto a las sanciones que les deberán ser impuestas. Una cuarta hipótesis se refiere a las personas que hayan rebasado los 60 años de edad.

Al respecto el artículo 16.1, ordena lo siguiente:

La responsabilidad penal es exigible a las personas naturales y a las personas jurídicas.

2. La responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible....¹³

De acuerdo al texto anterior, la responsabilidad de los adolescentes cubanos, a partir de los 16 años cumplidos, es total, lo que es congruente con su derecho de adquirir la ciudadanía a esa edad. En comparación con el Código Penal para el D.F., aquél ordena que esa responsabilidad sea a partir de los 18 años cumplidos; en este caso, nos inclinaríamos a favor de que en Méxi-

¹² CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 163ª ed., México, Porrúa, 2011. pp. 40 y ss.

¹³ Código Penal de Cuba, *op. cit.*, p. 5.

co, se redujera la edad penal a los 16 años y a esa se otorgara la ciudadanía; en este caso es importante considerar, que la República Mexicana tiene de sus aproximadamente ciento veinte millones de habitantes; veintinueve millones de cinco a dieciséis años de edad.

En el precepto que sigue, el legislador cubano, buscando el bienestar de los adolescentes y jóvenes que delinquen, atenúa las penas para los supuestos jurídicos de tener más de 16 y menos de 18 años de edad, y los de 18 a 20, también tienen un tratamiento diferente; en este mismo artículo, trata con más consideración a los adultos mayores que tengan más de 60 años, en el momento en que se les juzgue. En este sentido, el artículo 17.1 del Código punitivo en comento, ordena lo siguiente:

“En el caso de personas de más de 16 años de edad y menos de 18, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los de 18 a 20, hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducar al sancionado, adiestrarlo en una profesión u oficio e inculcarle el respeto al orden legal.

2. El límite mínimo de las sanciones de privación de libertad puede rebajarse hasta en un tercio, en el caso de personas que tengan más de 60 años en el momento en que se les juzga”.¹⁴

Código Penal para el Distrito Federal

En el Código Penal para el D.F., en cuanto a las formas de cometer un delito, que pueden ser por omisión impropia o comisión por omisión, en relación al Derecho Penal Familiar en la fracción III inciso d), del artículo 16, se ordena lo siguiente:

En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

.....d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.¹⁵

La ley penal imputa una grave responsabilidad, a quien se encuentra en las hipótesis mencionadas, como sería el caso de una madre que no le proporciona lo elemental a su hijo para sobrevivir; en cuanto a la salud, no suministrar los medicamentos necesarios; respecto a la integridad corporal,

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*, p. 10.

darse cuenta que el menor está en grave peligro y no evitarlo, y en el caso específico de la tutela, que puede ser cautelar, legítima, testamentaria o dativa, desempeñada por un extraño o un miembro de la familia, también se finca una responsabilidad al tutor. En este caso, el Derecho Penal Familiar, produce sus efectos, agravando la pena, por el vínculo de parentesco o por la tutela.

Código Penal de Cuba

Siguiendo con la aplicación del método comparativo a ambos Códigos, en el Penal cubano, no hay referencia alguna a las formas de comisión por omisión de los delitos y mucho menos en hipótesis relacionadas con la familia; hecho que sí ocurre en la reseña que acabamos de hacer.

Código Penal para el Distrito Federal

En el Título Segundo, que se refiere al delito y el Capítulo v a las causas de exclusión de éste, el artículo 29 ordena, que procederá la exclusión, es decir, que no habrá sanción en el delito, en diversos supuestos; de éstos, el que se consigna en la fracción iv, en cuanto a la legítima defensa dice: “.... Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión”.¹⁶ En estos supuestos, la protección de la ley penal a la familia es total; incluso, hasta en caso de que hubiere un homicidio, para defenderla. El mismo precepto, regula el exceso en la legítima defensa y en el caso concreto remite a lo que el Código Penal para el D. F., llama error vencible y exceso en las causas

¹⁶ Código Penal para el D.F., *op. cit.*, p. 12.

de licitud, como lo dispone la parte final del artículo 29 comentado, el cual determina que:

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código¹⁷; al respecto, el numeral citado ordena que si hubiere exceso en el caso específico de la fracción IV del artículo 29 del Código en cuestión, “Se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.”¹⁸

Código Penal de Cuba

En el Código Penal cubano, en el Título Quinto, denominado La Responsabilidad Penal, en el Capítulo III, se regulan las eximentes de la misma y en la Sección Quinta, llamada "El Cumplimiento de un Deber o el Ejercicio de Derecho, Profesión, Cargo u Oficio", ordena lo siguiente:

Artículo 25.1.- Está exento de responsabilidad penal el que causa un daño al obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su derecho, profesión, cargo u oficio o en virtud de obediencia debida.

2. Se entiende por obediencia debida la que viene impuesta por la ley a la gente, siempre que el hecho realizado se encuentre entre las facultades del que lo ordena y su ejecución dentro de las obligaciones del que lo ha efectuado.

3. En caso de exceso en los límites de la obediencia al afrontar alguna de las situaciones anteriores, el tribunal puede aplicar la atenuación extraordinaria de la sanción.¹⁹

Esta norma es semejante a la del Código Penal mexicano, antes comentado; pero en aquél, hay una eximente total de la responsabilidad penal para quien al cumplir un deber, ejercer legítimamente un derecho, una profesión, un cargo o un oficio, hipótesis que se pueden dar en cualesquiera de las instituciones del Derecho Familiar, traerá como consecuencia, y esto es grave, la no responsabilidad; ya que si hubiere exceso en cualesquiera de los supues-

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Código Penal para el D.F., *op. cit.*, p. 21.

¹⁹ Código Penal de Cuba, *op. cit.*, p. 7.

tos mencionados, la ley no tiene hipótesis para castigarla, como sí ocurre en el Derecho Penal de México.

Si se causare un daño en virtud de realizar una conducta derivada de la obediencia a otra persona, la ley también exime de responsabilidad al sujeto, incluso, si se fuere más allá de los límites de la obediencia citada y se cometiere cualquier delito, el tribunal está facultado para atenuar de manera extraordinaria, la sanción. Como lo dijimos, estos supuestos deben tener un límite, aun cuando se trate de proteger a la familia.

Código Penal para el Distrito Federal

En el Título Tercero, llamado Consecuencias Jurídica del Delito, el Capítulo I., Catálogo de Penas y Medidas de Seguridad y de Consecuencias Jurídicas para las Personas Morales, el artículo 30 ordena: “Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

- I. Prisión;
- II. Tratamiento en libertad de imputables;
- III. Semilibertad;
- IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad;
- V. Sanciones pecuniarias;
- VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y producto del delito;
- VII. Suspensión o privación de derechos; y
- VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos”.²⁰

En el precepto mencionado, así como en el Capítulo correspondiente, hay errores graves, respecto a las consecuencias jurídicas del delito; verbigracia, de las ocho sanciones impuestas, como expresamente lo dice la ley para las personas morales, sólo son aplicables las pecuniarias y la destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos, las otras se refieren a las personas jurídicas físicas o como se les conoce comunmente personas físicas.

A este catálogo de penas, se podrán agregar medidas de seguridad, en cuanto a la clase de delitos de que se trate. En el caso específico, en la hipó-

²⁰ Código Penal para el D.F., *op. cit.*, pp. 12-13.

tesis del Derecho Penal Familiar y la violencia contra las mujeres, el cuerpo normativo en estudio, expresa en el artículo 31 lo siguiente:

Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código, son:

- I. Supervisión de la autoridad;
- II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;
- III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos;
- IV. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación;
- V. Prohibición de comunicarse por cualquier medio, por sí o por interpósita persona con la víctima u ofendido, o con las víctimas indirectas; y
- VI. Cuando se trate de delitos que impliquen violencia contra las mujeres, quien juzgue podrá imponer además las siguientes:
 - VII. La prohibición al sentenciado de acercarse o ingresar al domicilio, lugar de trabajo o de estudios de la víctima y las víctimas indirectas, o cualquier otro lugar que frecuente la víctima;
 - VIII. Apercibir al sentenciado a fin de que se abstenga de ejercer cualquier tipo de violencia en contra de la víctima o víctimas indirectas;
 - IX. Ordenar vigilancia por parte de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal en los lugares en que se encuentre la víctima o víctimas indirectas, por el tiempo que determine el juez; y
 - X. Ordenar la custodia por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a la víctima o víctimas indirectas, en los casos en que las circunstancias de riesgo lo ameriten, por el tiempo que lo determine el juez.²¹

La violencia en México es tan grave, en el caso específico de las mujeres, algunos Códigos Penales han establecido el delito de feminicidio con penas severas. En el caso de la norma que venimos comentando, el juez encargado de poner las penas, está facultado para sancionar más severamente, a quienes hagan uso de la violencia en cualquiera de sus formas en contra de las mujeres.

Código penal de Cuba

El Código en análisis, en el Título VI, regula las sanciones y de ellas, la que está vinculada con la edad y las mujeres, según el texto del artículo 29.1, que ordena lo siguiente:

²¹ Código Penal para el D.F., *op. cit.*, p. 13.

La sanción de muerte es de carácter excepcional, y sólo se aplica por el tribunal en los casos más graves de comisión de los delitos para los que se haya establecida.

2. La sanción de muerte no puede imponerse a los menores de 20 años de edad ni a las mujeres que cometieron el delito estando encinta o que lo estén al momento de dictarse la sentencia.

3. La sanción de muerte se ejecuta por fusilamiento.²²

Si la sanción es matar, porque hay delitos graves, si bien se afirma que es excepcional esta medida, la propia ley comentada, prohíbe aplicarla a quienes siendo sujetos activos de un delito, sean menores de veinte años; en relación a las mujeres, si estaban embarazadas cuando cometieron el delito, no se les podrá imponer esta pena, o se dé este supuesto, cuando se dicte la sentencia; el Código Penal ordena que la privación de la vida de una persona, será por fusilamiento.

Siempre buscando la vinculación de las normas penales con el Derecho Familiar, encontramos en el Código Penal de Cuba, en los supuestos de la privación de la libertad, la cadena perpetua en los delitos que así lo establezcan. Esta hipótesis se regula en el artículo 31.1, que involucra una remuneración a la familia del condenado a prisión perpetua, por la clase de trabajo que realice en el centro penitenciario; además su familia tendrá derecho a recibir la pensión correspondiente; y en su caso, se les permite el uso del pabellón conyugal. Al respecto el numeral aludido ordena:

A los sancionados a privación perpetua o temporal de libertad, reclusos en establecimientos penitenciarios:

- a) se les remunera por el trabajo socialmente útil que realizan. De dicha remuneración se descuentan las cantidades necesarias para cubrir el costo de su manutención, subvenir a las necesidades de su familia y satisfacer las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, así como otras obligaciones legalmente establecidas;
- b) se les provee de ropa, calzado y artículos de primera necesidad, apropiados;
- c) se les facilita el reposo diario normal y un día de descanso semanal;
- ch) se les proporciona asistencia médica y hospitalaria, en caso de enfermedad;
- d) se les concede el derecho a obtener las prestaciones a largo plazo de seguridad social, en los casos de invalidez total originada por accidentes del trabajo. Si, por la propia causa, el recluso falleciere, su familia recibirá la pensión correspondiente;
- e) se les da oportunidad de recibir y ampliar su preparación cultural y técnica;

²² Código Penal de Cuba, *op. cit.* p. 8.

f) con arreglo a lo establecido en los reglamentos, se les proporciona la posibilidad de intercambiar correspondencia con personas no recluidas en centros penitenciarios y de recibir visitas y artículos de consumo; se les autoriza el uso del pabellón conyugal; se les proporciona oportunidad y medios de disfrutar de recreación y de practicar deportes de acuerdo con las actividades programadas por el establecimiento penitenciario; y se les promueve a mejores condiciones penitenciarias.....²³

Otras normas del Código Penal en estudio, vinculadas con la familia, son el trabajo correccional con o sin internamiento. En ambos casos, las necesidades de la familia tienen prioridad, los ingresos que se perciben por el trabajo en la prisión, debe destinarse al cuidado y manutención de aquélla. En el caso del internamiento, se le autorizan al recluso las visitas familiares y en los supuestos de permitirle salir del internamiento, deben tener como prioridad que haya una identificación mayor con su medio social y su familia. Por ello, el artículo 32.1 dice al respecto:

La sanción de trabajo correccional con internamiento es subsidiaria de la de privación de libertad que no exceda de cinco años y es aplicable cuando, por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que su reeducación es susceptible de obtenerse por medio del trabajo.

2. La duración de la sanción de trabajo correccional con internamiento es la misma que la de la sanción privativa de libertad que sustituye, fijada previamente por el tribunal.

3. Al aplicar la sanción de trabajo correccional con internamiento, el tribunal le impondrá al sancionado las obligaciones siguientes:

a) demostrar, con su buena actitud en el centro de trabajo al que se le destina, que ha comprendido las consecuencias desfavorables derivadas del hecho delictivo cometido;

b) emplear los ingresos provenientes de su trabajo para el cuidado y manutención de su familia, así como para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la sentencia y otras obligaciones legalmente establecidas.

4. La sanción de trabajo correccional con internamiento se cumple en el centro de trabajo que determinen los órganos competentes del Ministerio del Interior.

5. Al sancionado a trabajo correccional con internamiento se le autorizarán las visitas familiares y los permisos de salida del centro de inter-

²³ Código Penal de Cuba, *op. cit.*, p. 9.

namiento que contribuyan a conservar y mejorar su vinculación con su medio social y familiar.....²⁴

Por otro lado el artículo 33.1, con prevalencia de la familia, obliga al sancionado a sufragar las necesidades de su familia en primer lugar y después las obligaciones que legalmente hubiere contraído. En este sentido, el precepto multicitado ordena:

La sanción de trabajo correccional sin internamiento es subsidiaria de la de privación de libertad que no exceda de cinco años y es aplicable cuando, por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que, a los efectos de la penalidad del hecho, resulta suficiente que el fin reeducativo de esta sanción se logre por medio del trabajo.

2. La duración de la sanción de trabajo correccional sin internamiento es la misma que la de la sanción de privación de libertad que sustituye, fijada previamente por el tribunal.

3. Al aplicar la sanción de trabajo correccional sin internamiento, el tribunal le impondrá al sancionado las obligaciones siguientes:

a) poner de manifiesto, con una buena actitud en el centro de trabajo donde se le ubique, que ha comprendido los objetivos que se persiguen con la sanción;

b) subvenir a las necesidades de su familia y satisfacer las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, así como otras obligaciones legalmente establecidas.....²⁵

Otra sanción, vinculada con el Derecho Penal y la familia, es la multa; la ley ordena al tribunal, que su monto debe considerar los ingresos del infractor y además, las necesidades de su familia o de las personas que dependan de él. En este sentido, el artículo 35.1 expresa:

La multa consiste en la obligación del sancionado de pagar la cantidad de dinero que determine la sentencia.

2. Las multas estarán formadas por cuotas, las que no serán inferiores a un peso ni superiores a cincuenta pesos.

3. En el caso de la sanción de multa, el tiempo de detención o de prisión provisional se computa a razón de un día por cuota.

4. El tribunal, para determinar la cuantía de la cuota, tendrá en cuenta los ingresos que percibe el infractor o, en su caso, el salario que perciban

²⁴ *Ibidem*, p. 10.

²⁵ *Idem*..

los trabajadores de la misma o análoga categoría que la de él, cuidando de no afectar, en cuanto sea posible, la parte de sus recursos destinados a atender sus propias necesidades y las necesidades de las personas a su abrigo....²⁶

Considerando las anteriores sanciones como principales, el Código Penal en análisis, regula las accesorias y en éstas la privación de derechos. Referido específicamente al Derecho Penal Familiar, faculta al tribunal a privar o suspender los derechos paterno-filiares y de tutela; en cuanto a esta materia, el artículo 38 de la legislación en estudio dispone:

El tribunal, en los casos previstos en este Código, puede imponer la sanción de privación o suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad o de la tutela.²⁷

Otra sanción accesoria es el destierro, su vinculación con el Derecho Penal Familiar, estriba en que aquél no se le puede aplicar a quien no haya cumplido 18 años de edad. Al respecto, el numeral 42.,1, dispone:

La sanción de destierro consiste en la prohibición de residir en un lugar determinado o la obligación de permanecer en una localidad determinada.

2. El término de la sanción de destierro es de uno a diez años.

3. La sanción de destierro puede imponer-se en todos aquellos casos en que la permanencia del sancionado en un lugar resulte socialmente peligrosa.

4. El destierro no es aplicable a las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad.²⁸

También la confiscación de bienes como sanción, tiene como límite que esos bienes sean necesarios para satisfacer tanto las necesidades del sancionado cuanto de sus familiares. En este sentido, el artículo 44.1, ordena:

La sanción de confiscación de bienes consiste en desposeer al sancionado de sus bienes, total o parcialmente, transfiriéndolos a favor del Estado.

2. La confiscación de bienes no comprende, sin embargo, los bienes u objetos que sean indispensables para satisfacer las necesidades vitales del sancionado o de los familiares a su abrigo....²⁹

²⁶ *Ibidem*, p. 11.

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

²⁸ *Ibidem*, p. 13.

²⁹ *Idem*.

Código Penal para el Distrito Federal

En el Capítulo V, titulado "Trabajo a Favor de la Víctima o de la Comunidad", de manera semejante a los preceptos analizados del Código de Cuba, en estas disposiciones también, se procura la subsistencia del sentenciado y de su familia; poniendo especial énfasis cuando se den los casos de violencia contra las mujeres, hipótesis a las que nos referiremos a continuación. El artículo 36 del Código comentado, al reglamentar el trabajo en beneficio de la víctima del delito, ordena entre otras cuestiones las siguientes:

.... El trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad, se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. La extensión de la jornada será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado.....³⁰

De la reparación del daño, el Código en estudio, destaca las preferencias al respecto, ordenando en el artículo 44, lo siguiente:

La obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquiera otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales.

En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y probar su monto, y el Juez a resolver lo conducente.

Su incumplimiento será sancionado con cincuenta a quinientos días multa.³¹

La preferencia para reparar el daño, es trascendente por lo que hace a la obligación alimenticia, el artículo 308 del Código Civil del Distrito Federal, al respecto determina lo siguiente:

Los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalario y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

³⁰ Código Penal para el D.F., *op. cit.*, p. 14.

³¹ *Ibidem*, p. 15.

- II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión, adecuados a sus circunstancias personales;
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.³²

Dado el recrudecimiento de la violencia contra las mujeres, el Código Penal comentado, ordena que tienen derecho a la reparación del daño, quienes no hayan sufrido directamente o quienes sean parientes del ofendido y resulten víctimas también. Al respecto, el numeral 45, determina lo siguiente:

Tienen derecho a la reparación del daño:

- I. La víctima y el ofendido. En los casos de violencia contra las mujeres también tendrán derecho a la reparación del daño las víctimas indirectas. Se entiende como víctima indirecta a los familiares de la víctima o a las personas que tengan o hayan tenido relación o convivencia con la misma en el momento de la comisión del delito.
- II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.³³

En relación con la tutela y la curatela, la ley obliga a quienes sean los titulares de esas instituciones a responder por los daños que se cometan, en este caso por quienes están bajo su guarda. Respecto al personal de las cárceles, personas a quienes se les conoce como custodios, también tienen una responsabilidad especial, en los supuestos regulados por el artículo que citaremos a continuación.

Artículo 46. Están obligados a reparar el daño:

- I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;
- II. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos

³² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Código Civil para el Distrito Federal*, Revisado, 74ª ed., México, Porrúa, 2012. pp. 72-73.

³³ Código Penal para el D.F., *op. cit.*, p. 15.

mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios;

III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones. Queda a salvo el derecho del Gobierno del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable.³⁴

Otra hipótesis de Derecho Penal Familiar, vinculada con la reparación del daño, se consigna en el artículo 51 del Código punitivos que venimos comentando, que determina supletoriamente, que si quien tiene derecho a la indemnización no la cobra o renuncia a ella, ese dinero debe ser entregado a un fondo especial creado al respecto por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. En ese sentido, el numeral citado ordena: “Si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación del daño, el importe de éste se entregará al Fondo de Apoyo a la Procuración de Justicia y al Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia, en la proporción y términos señalados por las legislaciones aplicables”.³⁵

Código Penal de Cuba

En el Código Penal cubano, en el Capítulo V, denominado la adecuación de la sanción, existen normas que se pueden aplicar a los supuestos de lo que llamamos Derecho Penal Familiar, específicamente en la Sección Sexta, en cuanto a las circunstancias atenuantes o agravantes, los artículos 52 y 53, manejan los términos familia, embarazo, menopausia, puerperio, cónyuge, parentesco y otros conceptos.

El artículo 52 del Código analizado, determina lo siguiente:

Son circunstancias atenuantes las siguientes:

a) haber obrado el agente bajo la influencia de una amenaza o coacción;

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Ibidem*, p. 16.

- b) haber obrado el agente bajo la influencia directa de una persona con la que tiene estrecha relación de dependencia;
- c) haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable;
- ch) haber procedido el agente por impulso espontáneo a evitar, reparar o disminuir los efectos del delito, o a dar satisfacción a la víctima, o a confesar a las autoridades su participación en el hecho, o a ayudar a su esclarecimiento;
- d) haber obrado la mujer bajo trastornos producidos por el embarazo, la menopausia, el período menstrual o el puerperio;
- e) haber mantenido el agente, con anterioridad a la perpetración del delito, una conducta destacada en el cumplimiento de sus deberes para con la Patria, el trabajo, la familia y la sociedad;
- f) haber obrado el agente en estado de grave alteración síquica provocada por actos ilícitos del ofendido;
- g) haber obrado el agente obedeciendo a un móvil noble;
- h) haber incurrido el agente en alguna omisión a causa de la fatiga proveniente de un trabajo excesivo.³⁶

Es importante subrayar, que si la mujer cometió los delitos, en las circunstancias de estar embarazada o en la edad de la menopausia, en época de menstruación o en puerperio, período que transcurre desde el parto hasta que la mujer vuelve al estado ordinario anterior a la gestación, se podrán disminuir las penas hasta la mitad del límite mínimo.

Otra circunstancia atenuante de responsabilidad penal, incluye el que el sujeto activo del delito, antes de cometer éste, se haya caracterizado como una persona que ha cumplido sus deberes, en el caso concreto con la familia y la sociedad, lo que le dará la posibilidad de recibir una sanción mínima. En estas dos situaciones, destaca de manera importante, la actuación respecto a la familia.

Por el contrario, en el artículo 53 del Código en comento, vamos a analizar las circunstancias agravantes de los delitos cometidos, en los cuales sobresalen los casos de los menores y aprovecharse de los supuestos de ser cónyuge o los parentescos. En ese sentido, el artículo 53, regula lo siguiente:

Son circunstancias agravantes las siguientes:

- a) cometer el hecho formando parte de un grupo integrado por tres o más personas;
- b) cometer el hecho por lucro o por otros móviles viles, o por motivos fútiles;
- c) ocasionar con el delito graves consecuencias;

³⁶ Código Penal de Cuba, *op. cit.*, p. 15.

- ch) cometer el hecho con la participación de menores;
 - d) cometer el delito con crueldad o por impulsos de brutal perversidad;
 - e) cometer el hecho aprovechando la circunstancia de una calamidad pública o de peligro inminente de ella, u otra situación especial;
 - f) cometer el hecho empleando un medio que provoque peligro común;
 - g) cometer el delito con abuso de poder, autoridad o confianza;
 - h) cometer el hecho de noche, o en despoblado, o en sitio de escaso tránsito u oscuro, escogidas estas circunstancias de propósito o aprovechándose de ellas;
 - i) cometer el delito aprovechando la indefensión de la víctima, o la dependencia o subordinación de ésta al ofensor;
 - j) ser cónyuge y el parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta agravante sólo se tiene en cuenta en los delitos contra la vida y la integridad corporal, y contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud;
 - k) cometer el hecho no obstante existir amistad o afecto íntimo entre el ofensor y el ofendido;
 - l) cometer el delito bajo los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas y siempre que en tal situación se haya colocado voluntariamente el agente con el propósito de delinquir o que la embriaguez sea habitual.
- ll) cometer el delito bajo los efectos de la ingestión, absorción o inyección de drogas tóxicas o sustancias alucinógenas, hipnóticas, estupefacientes u otras de efectos similares y siempre que en tal situación se haya colocado voluntariamente el agente con el propósito de delinquir o que sea toxicómano habitual;
- m) (Derogado).
 - n) cometer el hecho después de haber sido objeto de la advertencia oficial efectuada por la autoridad competente.
 - ñ) cometer el hecho contra cualquier persona que actúe justamente en cumplimiento de un deber legal o social o en venganza o represalia por su actuación; y
 - o) cometer el hecho contra personas o bienes relacionados con actividades prioritizadas para el desarrollo económico y social del país.³⁷

De estas circunstancias agravantes, en relación al Derecho Penal Familiar, debe subrayarse que las hipótesis de ser cónyuge o existir parentesco entre el sujeto activo y el pasivo del delito, hasta el cuarto grado de consan-

³⁷ *Idem.*

guinidad o segundo de afinidad, sólo se tomará en cuenta para los delitos que se cometan contra la vida, la integridad corporal, el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud.

Por la trascendencia del tema anterior, es conveniente transcribir el artículo 54.1 de este Código, referido a los supuestos de atenuar y agravar de manera extraordinaria la sanción, para los supuestos del Derecho Penal Familiar. El artículo señalado ordena:

De concurrir varias circunstancias atenuantes o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso, el tribunal puede disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito.

2. De concurrir varias circunstancias agravantes o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso, el tribunal puede aumentar hasta la mitad el límite máximo de la sanción prevista para el delito.

3. Cuando se aprecien circunstancias atenuantes y agravantes, aun aquéllas que se manifiesten de modo muy intenso, los tribunales imponen la sanción compensando las unas con las otras, a fin de encontrar la proporción justa de ésta.

4. El tribunal en los casos de delitos intencionales, aumentará hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, si al ejecutar el hecho el autor se haya extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a una medida cautelar de prisión provisional o evadido de una establecimiento penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional.³⁸

Otro supuesto de Derecho Penal Familiar, lo encontramos en el artículo 70.1, que se refiere a la sentencia de nulidad del segundo o ulterior matrimonio, que se relaciona con el delito de bigamia y que se sanciona con privación de la libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas, a quien formalice un nuevo matrimonio sin haber disuelto legítimamente el anterior formalizado; ésta es la terminología utilizada por el Código en estudio y que para mejor ilustrar nuestras afirmaciones, nos permitimos transcribir a continuación:

El responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito. El tribunal que conoce del delito declara la responsabilidad civil y su extensión aplicando las normas correspondientes de la legislación civil y, además, ejecuta directamente la obligación de restituir la cosa, el reparar el daño moral y adopta las medidas necesarias para que el inmueble sea

³⁸ *Ibidem*, p. 16.

desocupado y restituido al organismo que corresponda en los casos previstos en los artículos 231, 232 y 333.

2. En todo caso, si el sancionado se niega a realizar los actos que le conciernen para la ejecución de la reparación del daño moral, el tribunal le impondrá prisión subsidiaria por un término que no puede ser inferior a tres meses ni exceder de seis. En cualquier momento en que el sancionado cumpla su obligación se dejará sin efecto lo que le reste por cumplir de la sanción subsidiaria, archivándose las actuaciones.

3. En el caso previsto en el artículo 306, el tribunal decretará en la sentencia la nulidad del segundo o ulterior matrimonio³⁹; el numeral citado determina lo siguiente: “El que formalice nuevo matrimonio, sin estar legítimamente disuelto el anterior formalizado, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.⁴⁰”

Los supuestos jurídicos anteriores que son de Derecho Civil, Familiar y Penal, en la modalidad éste último de tipos y sanciones específicos, referidos a la familia, están bien separados y legislados, en lo que respecta al Código Penal cubano.

El Libro Segundo del Código Penal cubano, regula la Parte Especial, referida a los delitos; en el Título I denominado "Delitos Contra la Seguridad del Estado", remite a la Sección Tercera del Capítulo III por los actos cometidos contra los jefes y representantes diplomáticos de estados extranjeros; al respecto, el artículo 113.1, incluye la posibilidad de cometer los hechos contra los familiares del representante diplomático, e impone la sanción de tres a ocho años de prisión. En este sentido, el artículo citado, ordena:

“El que, en el territorio cubano, cometa un acto de agresión o que atente contra el honor o la dignidad del Jefe de un Estado extranjero, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad.

2. Igual sanción se aplica si el hecho se comete contra los representantes diplomáticos de los Estados extranjeros con ocasión del ejercicio de sus funciones, o contra sus familiares con el fin de afectar estas funciones.....”⁴¹

En el delito de genocidio, también surge el Derecho Penal Familiar, en la hipótesis de impedir u obstaculizar los nacimientos dentro del grupo que

³⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 58.

⁴¹ *Ibidem*, p. 26.

está siendo afectado; así como el traslado forzoso de los niños a otros grupos. Al respecto, el artículo 116, regula lo anterior diciendo:

Incorre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte el que, con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) someta a este grupo a condiciones de existencia que constituyan una amenaza de exterminio del grupo o de algunos de sus miembros;
- b) tome medidas para impedir u obstaculizar los nacimientos en el seno del grupo;
- c) ejecute el traslado forzoso de los niños de ese grupo a otro;
- ch) produzca la matanza o lesione gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo.

2. En igual sanción incurre el que, violando las normas del Derecho Internacional, bombardee, ametralle o ejerza sevicia sobre la población civil indefensa.⁴²

El crimen del *apartheid* también tiene hipótesis del Derecho Penal Familiar, al prohibir los matrimonios entre miembros de distintos grupos raciales; en este sentido, el artículo 120.1, expresa:

Incorre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte, los que, con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial sobre otro, y de acuerdo con políticas de exterminio, segregación y discriminación racial:

- a) denieguen a los miembros de este grupo el derecho a la vida y la libertad mediante el asesinato; los atentados graves contra la integridad física o síquica, la libertad o la dignidad; las torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o denigrantes; la detención arbitraria y la prisión ilegal;
- b) impongan al grupo medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir su participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que obstaculicen su pleno desarrollo, rehusándoles a sus miembros los derechos y libertades fundamentales;
- c) dividan a la población según criterios raciales, creando reservas y ghettos, prohibiendo los matrimonios entre miembros de distintos grupos raciales y expropiándoles sus bienes;
- ch) exploten el trabajo de los miembros del grupo, en especial sometiéndolos al trabajo forzado.

⁴² *Ibidem*, p. 27.

2. Si el hecho consiste en perseguir u hostilizar en cualquier forma a las organizaciones y personas que se opongan al apartheid, o lo combatan, la sanción es de privación de libertad de diez a veinte años.
3. La responsabilidad por los actos previstos en los apartados anteriores es exigible con independencia del país en que los culpables actúen o residan y se extiende, cualquiera que sea el móvil, a los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado.⁴³

El Capítulo II que regula la violencia, la ofensa y desobediencia contra la autoridad, los funcionarios públicos y sus agentes dentro del Título II denominado Delitos Contra la Administración y la Jurisdicción, ubica hipótesis de Derecho Penal Familiar en el artículo 142.1, en el que sobresale de manera importante, que la violencia o la intimidación se ejerza como venganza contra los sujetos que se mencionan en ese precepto; éste ordena lo siguiente:

El que emplee violencia o intimidación contra una autoridad, un funcionario público, o sus agentes o auxiliares, para impedirles realizar un acto propio de sus funciones, o para exigirles que lo ejecuten, o por venganza o represalia por el ejercicio de éstas, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años.

2. La misma sanción se impone, si la violencia o intimidación se ejerce con iguales propósitos, contra la persona que como testigo, o de cualquier otra manera hubiera contribuido a la ejecución o aplicación de las leyes o disposiciones generales.

3. En igual sanción se incurre cuando la violencia o intimidación se ejerce en venganza o represalia contra los familiares de los sujetos mencionados en los Apartados 1 y 2, y en virtud de las circunstancias descritas en los mismos.⁴⁴

El Derecho Penal Familiar cubano, ubica otras hipótesis, como es la del delito de encubrimiento, que involucra a ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, según lo dispuesto en el numeral 160.1 que se transcribe a continuación:

El que, con conocimiento de que una persona ha participado en la comisión de un delito o de que se le acusa de ello y, fuera de los casos de complicidad en el mismo, la oculte o le facilite ocultarse o huir o altere o haga desaparecer

⁴³ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 30.

indicios o pruebas que cree que puedan perjudicarla o en cualquier otra forma la ayude a eludir la investigación y a sustraerse de la persecución penal, incurre en igual sanción que la establecida para el delito encubierto rebajados en la mitad sus límites mínimo y máximo.

2. En igual sanción incurre el que, conociendo el acto ilícito o debiendo haberlo presumido, ayude al culpable a asegurar el producto del delito.

3. No se sanciona a quien realiza el hecho previsto en el apartado 1 para favorecer a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, siempre que no se aproveche de los efectos del delito.⁴⁵

En los delitos de asociación para delinquir, cuyo propósito sea interrumpir en fiestas familiares, motiva una sanción de prisión que puede ser de tres meses a un año, según lo establece el artículo 207.1, que dispone lo siguiente:

Los que, en número de tres o más personas, se asocien en una banda creada para cometer delitos, por el solo hecho de asociarse, incurren en sanción de privación de libertad de uno a tres años.

2. Si el único fin de la banda es el de provocar desórdenes o interrumpir fiestas familiares o públicas, espectáculos u otros eventos de la comunidad o cometer otros actos antisociales, la sanción es de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.⁴⁶

En el Título VIII respecto a los delitos contra la vida y la integridad corporal, se regula el asesinato; en el artículo 263, cuyas hipótesis y sanciones se aplican en el 264.1. Los casos que contiene de Derecho Penal Familiar, por la trascendencia de esta disposición, la transcribiremos a continuación:

El que de propósito mate a un ascendiente o descendiente o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no, incurre en las mismas sanciones previstas en el artículo anterior, aunque no concurra en el hecho ninguna circunstancia de cualificación.

2. La madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido, incurre en sanción de privación de libertad de dos a diez años.⁴⁷

⁴⁵ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 51.

En la primera hipótesis de este artículo, se podrán aplicar las sanciones de quince a treinta años de prisión o muerte del homicida.

Dentro de este Título, se regulan el aborto ilícito, las lesiones y el abandono de menores, incapacitados y desvalidos, que son claro ejemplo de casos de Derecho Penal Familiar.

El aborto ilícito y sus diferentes hipótesis, se regula en los artículos 267.1, 268.1, 269, 270 y 271, que al respecto dicen:

267.1.- El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior :

- a) se comete por lucro;
- b) se realiza fuera de las instituciones oficiales;
- c) se realiza por persona que no es médico.⁴⁸

268.1.- El que, de propósito, cause el aborto o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado:

- a) con privación de libertad de dos a cinco años, cuando, sin ejercer fuerza ni violencia en la persona de la grávida, obra sin su consentimiento;
- b) con privación de libertad de tres a ocho años, si ejerce fuerza o violencia en la persona de la grávida.

2. Si en el hecho concurre alguna de las circunstancias previstas en el apartado 2 del artículo anterior, la sanción es de privación de libertad de cuatro a diez años.⁴⁹

269.- Si, como consecuencia de los hechos previstos en los dos artículos anteriores, resulta la muerte de la grávida, la sanción es de privación de libertad de cinco a doce años.⁵⁰

270.- El que, por haber ejercido actos de fuerza, violencia o lesiones sobre la grávida, ocasione el aborto o la destrucción del embrión, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la mujer, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años, si no le corresponde una sanción de mayor entidad por las lesiones inferidas.⁵¹

271.- El que, sin la debida prescripción facultativa, expendo o facilite una sustancia abortiva o idónea para destruir el embrión, incurre en sanción de

⁴⁸ *Ibidem*, p. 52.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.⁵²

Los supuestos anteriores, que evidentemente forman parte del Derecho Penal Familiar cubano, tienen como común denominador, proteger a la mujer embarazada y en su caso, al producto de ésta, por ello hemos considerado importante incluir todos los casos regulados por el Código Penal cubano.

En el delito de lesiones, el caso de Derecho Penal Familiar, se tipifica cuando esas se causan para cegar, castrar o inutilizar para la procreación a una persona, haciéndose en este caso, acreedor a la pena de la privación de la libertad por un lapso de cinco a doce años.⁵³

En cuanto al abandono de menores, incapacitados y desvalidos, los artículos 275.1, 276, 277.1 y 278, tipifican claramente casos de Derecho Penal Familiar, porque se incluyen a incapaces, a menores, a quienes en un momento dado están obligados a proporcionar alimentos o porque se les abandone y se ponga en peligro la vida o en caso de que el padre o la madre cometan delitos contra sus hijos, sujetos a la patria potestad; por estas razones, transcribiremos a continuación los numerales multicitados:

275.1, El que abandone a un incapacitado o a una persona desvalida a causa de su enfermedad, de su edad o por cualquier otro motivo, siempre que esté legalmente obligado a mantenerlo o alimentarlo, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. Si, como consecuencia del abandono, se pone en peligro la vida de la víctima o se le causa lesión o enfermedad grave, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años.

3. Si, como consecuencia del abandono, se causa la muerte del abandonado, la sanción es de privación de libertad de cinco a doce años.

4. Al padre o madre que cometa el delito previsto en este artículo, por el abandono de hijos sujetos a su patria potestad, puede imponérsele como sanción accesoria la pérdida o suspensión de la patria potestad".⁵⁴

276, El que encuentre abandonado, o en grave peligro, a una persona que, por su edad o incapacidad, no puede valerse por sí misma, y no la presente a la autoridad o la lleve a lugar seguro, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.⁵⁵

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

277.1, El que no socorra o preste el auxilio debido a una persona herida o expuesta a un peligro que amenace su vida, su integridad corporal o su salud, sin que ello implique un riesgo para su persona, es sancionado con privación de la libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.⁵⁶

278, El conductor de un vehículo que no socorra o preste auxilio a la persona que haya atropellado o herido en un accidente de tránsito, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año, independientemente de la que corresponda por el delito cometido en ocasión del tránsito.⁵⁷

En el Título XI, se regulan los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud; en el primer caso, encontramos el delito de violación que se regula en el artículo 298.1, que incluye varias hipótesis de Derecho Penal Familiar y diferentes sanciones, incluida la de la muerte del sujeto activo del delito, cuando además se priva de la libertad a una persona. El precepto mencionado, dispone lo siguiente:

Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito;

b) hallarse la víctima en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa, o incapacitada para resistir, o carente de la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.

2. La sanción es de privación de libertad de siete a quince años:

a) si el hecho se ejecuta con el concurso de dos o más personas;

b) si el culpable, para facilitar la ejecución del hecho, se presenta vistiendo uniforme militar o aparentando ser funcionario público;

c) si la víctima es mayor de doce y menor de catorce años de edad.

3. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o muerte:

a) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el mismo delito;

b) si como consecuencia del hecho, resultan lesiones o enfermedad graves;

c) si el culpable conoce que es portador de una enfermedad de transmisión sexual.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Ibidem*, p. 53.

4. En igual sanción que la prevista en el apartado anterior incurre, el que tenga acceso carnal con menor de doce años de edad, aunque no concurren las circunstancias previstas en los apartados que anteceden.⁵⁸

En este mismo Título, se regula la pederastia con violencia, se establecen sanciones de quince años hasta la pena de muerte en las hipótesis que regula el artículo 299.1, que transcribiremos a continuación:

El que cometa actos de pederastia activa empleando violencia o intimidación, o aprovechando que la víctima esté privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años.

2. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o muerte:

- a) si la víctima es un menor de 14 años de edad aun cuando no concurren en el hecho las circunstancias previstas en el apartado 1;
- b) si como consecuencia del hecho resultan lesiones o enfermedad graves;
- c) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el mismo delito.⁵⁹

El delito de abusos lascivos, tiene características especiales que se tipifican claramente en el Derecho Penal Familiar. Las sanciones varían según los supuestos de la comisión del delito, en el caso concreto de instituciones del Derecho Familiar, el artículo 301.1, las establece con toda claridad, en los términos siguientes:

La autoridad, funcionario o empleado público que proponga relaciones sexuales a quien esté a su disposición en concepto de detenido, recluso o sancionado, o bajo su custodia, o al cónyuge, hijo, madre, padre o hermano de la persona en esa situación, o al cónyuge del hijo o hermano, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

2. Si la proposición de relaciones sexuales se hace a quien tenga pleito civil, causa o proceso, expediente o asunto de cualquier clase pendiente de resolución, trámite, opinión o informe oficial, en que la autoridad, funcionario o empleado debe intervenir por razón de su cargo, la sanción es de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas.⁶⁰

Los delitos de proxenetismo y trata de personas, se ubican en el Derecho Penal Familiar, porque en sus maniobras hacen víctimas a los incapacitados

⁵⁸ *Ibidem*, p. 56.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 57.

o a los menores de edad; al respecto, el artículo 302.1, tipifica este delito, el cual establece lo siguiente: “Incurrir en sanción de privación de libertad de cuatro a diez años, el que:

- a) induzca a otro, o de cualquier modo coopere o promueva a que otro ejerza la prostitución o el comercio carnal;
- b) directamente o mediante terceros, posea, dirija, administre, haga funcionar o financie de manera total o parcial un local, establecimiento o vivienda, o parte de ellos, en el que se ejerza la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal;
- c) obtenga, de cualquier modo, beneficios del ejercicio de la prostitución por parte de otra persona, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor gravedad.

2. La sanción es de privación de libertad de diez a veinte años cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) si el inculpado, por las funciones que desempeña, participa en actividades relacionadas, de cualquier modo, con la protección de la salud pública, el mantenimiento del orden público, la educación, el turismo, la dirección de la juventud o la lucha contra la prostitución u otras formas de comercio carnal;
- b) si en la ejecución del hecho se emplea amenaza, chantaje, coacción o abuso de autoridad, siempre que la concurrencia de alguna de estas circunstancias no constituya un delito de mayor gravedad;
- c) si la víctima del delito es un incapacitado que esté por cualquier motivo al cuidado del culpable.

3. La sanción es de veinte a treinta años de privación de libertad en los casos siguientes:

- a) cuando el hecho consista en promover, organizar o incitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que éstas ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal;
- b) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito previsto en este artículo;
- c) cuando el autor de los hechos previstos en los apartados anteriores los realiza habitualmente.

4. En los casos de comisión de los delitos previstos en este artículo puede imponerse, además, como sanción accesoria, la de confiscación de bienes.

5. Se considera comercio carnal, a los efectos de este artículo, toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa".⁶¹

⁶¹ *Idem.*

El Capítulo II que se refiere a los delitos contra el normal desarrollo de la familia, y que constituyen esencia del Derecho Penal Familiar, legislan los delitos de incesto, estupro, bigamia, matrimonio ilegal, la sustitución de un niño por otro, así como los delitos que se cometen contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud, especialmente la corrupción de menores; los actos contrarios a su normal desarrollo y la venta y tráfico de los mismos, que tienen disposiciones complementarias importantes.

Por la trascendencia de estos delitos, transcribiremos los artículos 304.1 al 317.1, 304.1.

El ascendiente que tenga relaciones sexuales con el descendiente, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. La sanción imponible al descendiente es de seis meses a dos años de privación de libertad.

2. Los hermanos que tengan relaciones sexuales entre sí, incurren en sanción de privación de libertad de tres meses a un año, cada uno.

3. Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que los hechos no constituyan un delito de mayor entidad.⁶²

305.- El que tenga relación sexual con mujer soltera mayor de 12 años y menor de 16, empleando abuso de autoridad o engaño, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año.⁶³

306.- El que formalice nuevo matrimonio, sin estar legítimamente disuelto el anterior formalizado, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.⁶⁴

307.- El que, no obstante existir una prohibición legal, formalice matrimonio, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.⁶⁵

308.1.- El que sustraiga un niño ajeno o sustituya un niño por otro, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años.

2. Si el hecho previsto en el apartado anterior se realiza con ánimo de lucro o con otro fin malicioso, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años.⁶⁶

309.1.- En los delitos de violación, pederastia con violencia, abusos lascivos, incesto, bigamia y matrimonio ilegal, es necesario, para proceder, la denuncia de la persona agraviada, cualquiera que sea su edad, o la de su cónyuge, ascen-

⁶² *Ibidem*, p. 58.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Idem*.

dientes, hermanos, representante legal o persona que la tenga bajo su guarda y cuidado, salvo en los casos que hubieran producido escándalo, en los que basta la denuncia de cualquier persona.

2. En el delito de estupro sólo se procederá por denuncia del representante legal de la persona agraviada. No obstante, si el denunciante desiste de su denuncia, por escrito y en forma expresa antes del juicio o verbalmente y dejando constancia en acta durante su celebración, se archivarán las actuaciones.⁶⁷

310.1.- El que utilice a una persona menor de 16 años de edad, de uno u otro sexo, en el ejercicio de la prostitución o en la práctica de actos de corrupción, pornográficos, heterosexuales u homosexuales, u otras de las conductas deshonradas de las previstas en este Código, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.

2. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o muerte en los casos siguientes:

a) si el autor emplea violencia o intimidación para el logro de sus propósitos;
b) si como consecuencia de los actos a que se refiere el apartado anterior, se ocasionan lesiones o enfermedad al menor;
c) si se utiliza más de un menor para la realización de los actos previstos en el apartado anterior;

ch) si el hecho se realiza por quien tenga la potestad, guarda o cuidado del menor;

a) si la víctima es menor de doce años de edad o se halla en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa o incapacitada para resistir;

b) cuando el hecho se ejecuta por dos o más personas.

3. El que induzca a una persona menor de 16 años de edad a concurrir a lugar en que se practiquen actos de corrupción, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.

4. La mera proposición de los actos previstos en los apartados 1 y 3 se sanciona con privación de libertad de dos a cinco años.

5. En los casos de comisión de los delitos previstos en este artículo podrá imponerse además, como sanción accesoria, la de confiscación de bienes.⁶⁸

311.- Se sanciona con privación de libertad de dos a cinco años al que:

a) con noticias de que un menor sujeto a su potestad, guarda o cuidado se dedica al uso o consumo de drogas estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares, o se encuentra ejerciendo la prostitución, el comercio carnal o cualquiera de los actos previstos en el artículo anterior, lo consienta o no lo impida o no ponga el hecho en conocimiento de las autoridades;

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 58-59.

b) ejecute actos sexuales en presencia de personas menores de 16 años de edad;
c) ofrezca, venda, suministre o facilite a una persona menor de 16 años de edad, libros, publicaciones, estampas, fotografías, películas, videos u otros objetos de carácter obsceno o pornográfico.⁶⁹

312.1.- El que utilice a una persona menor de 16 años de edad en prácticas de mendicidad, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas o ambas.

2. Si el hecho previsto en el apartado anterior se realiza por quien tenga la potestad, guarda o cuidado del menor, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años”.⁷⁰

313.1.- “El que induzca a una persona menor de 16 años de edad a participar en juegos de interés o a ingerir habitualmente bebidas alcohólicas, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas o ambas.

2. Si la inducción se dirige al uso o consumo de drogas estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares, la sanción es de privación de libertad de cinco a doce años”.⁷¹

314.- El que, por su negligencia o descuido dé lugar a que un menor bajo su potestad, guarda o cuidado, use o consuma drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares, o ejerza la prostitución, el comercio carnal, heterosexual u homosexual, o realice actos pornográficos o corruptores, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas o ambas.⁷²

315.1.- El que no atienda o descuide la educación, manutención o asistencia de una persona menor de edad que tenga bajo su potestad o guarda y cuidado, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. En igual sanción incurre el que, habiendo sido privado de la patria potestad, no contribuye al sostenimiento de sus hijos, en las condiciones y por el término establecido en la Ley.

3. El que induzca a un menor de edad a abandonar su hogar, faltar a la escuela, re-chazar el trabajo educativo inherente al sistema nacional de educación o a incumplir sus deberes relacionados con el respeto y amor a la patria, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.⁷³

⁶⁹ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Idem*.

316.1.- El que venda o transfiera en adopción un menor de dieciséis años de edad, a otra persona, a cambio de recompensa, compensación financiera o de otro tipo, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. La sanción es de tres a ocho años de privación de libertad cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) si se cometen actos fraudulentos con el propósito de engañar a las autoridades;
- b) si es cometido por la persona o responsable de la institución que tiene al menor bajo su guarda y cuidado;
- c) si el propósito es trasladar al menor fuera del territorio nacional.

3. La sanción es de siete a quince años de privación de libertad cuando el propósito es utilizar al menor en cualquiera de las formas de tráfico internacional, relacionadas con la práctica de actos de corrupción, pornográficos, el ejercicio de la prostitución, el comercio de órganos, los trabajos forzados, actividades vinculadas al narcotráfico o al consumo ilícito de drogas.

4. Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que los hechos no constituyan un delito de mayor entidad.⁷⁴

317.1.- A los maestros o encargados en cualquier forma de la educación o dirección de la juventud que sean declarados culpables de alguno de los delitos previstos en los artículos 298, 299, 300, 302, 303, 304, 310, 311, 312, 313, 314 y 316, se les impone la sanción accesoria de prohibición permanente para el ejercicio del magisterio o de cualquier otra función de dirección de la juventud.

2. A los ascendientes, tutores o guardadores que cometan los delitos previstos en los artículos 298, 299, 300, 302, 303, incisos a) y b), 304, 310, 312 y 313, apartado 2, en la persona de sus respectivos descendientes, pupilos o menores a su cuidado, además de la sanción señalada en cada caso, se les priva o suspende temporalmente de los derechos derivados de la relación paterno-filial o tutelar.

3. En los delitos de violación, estupro o bigamia, el culpable es sancionado, además, a reconocer la prole que resulte, si lo solicita la ofendida.

4. A los declarados responsables de los delitos previstos en este Título podrá aplicarse la sanción accesoria de prohibición del ejercicio de una profesión, cargo u oficio, aun cuando en el hecho no concorra abuso del cargo o negligencia en el cumplimiento de los deberes y cualquiera que sea la profesión, cargo u oficio del culpable, siempre que de algún modo haya tenido relación con la comisión del hecho.⁷⁵

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 59-60.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 60.

Otras hipótesis de Derecho Penal Familiar, se regulan en el Título XIII, denominado "Delitos contra los Derechos Patrimoniales"; verbigracia el hurto, el robo con violencia o intimidación en las personas, el robo con fuerza en las cosas y el chantaje. En éstos el común denominador es la participación de menores de dieciséis años de edad, que los delitos se cometan en la casa habitación o que se ofenda el honor o el prestigio público del cónyuge u otros miembros de la familia. Así se reglamenta en los artículos 322; 327; 328 y 332.⁷⁶

Otras hipótesis de Derecho Penal Familiar, se consignan en el artículo 341, donde se exime de responsabilidad penal, cuando las apropiaciones indebidas o los daños se causen recíprocamente entre los miembros de la familia; por ejemplo, cónyuges, hermanos o cuñados; de este modo lo ordena el artículo citado, que al respecto dice:

Están exentos de responsabilidad con arreglo a este Código, sujetos solamente a la civil, por los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o daños que recíprocamente se causen:

- a) los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea;
- b) los hermanos y cuñados.

2. La exención de responsabilidad establecida en este artículo no se aplica a los extraños que participen en el delito.⁷⁷

Finalmente, en los delitos contra el normal tráfico migratorio, se ubica el del tráfico de personas y en éstos, el artículo 348, sanciona hasta con prisión de treinta años o cadena perpetua a quienes se ubiquen en la hipótesis del artículo citado, que dispone lo siguiente:

El que penetre en el territorio nacional utilizando nave o aeronave u otro medio de transporte con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años.

2. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o privación perpetua cuando:

- a) el hecho se efectúa portando el comisor un arma u otro instrumento idóneo para la agresión;
- b) en la comisión del hecho se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas;
- c) en la comisión del hecho se pone en peligro la vida de las personas o resultan lesiones graves o la muerte de éstas;

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 61-63.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 64.

ch) si entre las personas que se transportan, se encuentra alguna que sea menor de catorce años de edad.⁷⁸

Libro primero del Código Penal para el Distrito Federal

En el Capítulo VIII, respecto a la suspensión o privación de derechos, destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos, comisiones o empleos, los casos de Derecho Penal Familiar, incluyen la tutela, la curatela, el albacea y al representante de ausentes, suspensión de sus derechos, que durarán hasta que se haya cumplido la pena de prisión. Se agregan otros casos como el contrato de mandato, el de depósito, la defensoría y los peritos entre otros.

En este sentido, el artículo 58 del Código en comento, ordena que:

La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos, en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en su caso, los derechos de tutela, curatela, para ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y concluirá cuando se extinga la pena de prisión.⁷⁹

El tratamiento jurídico de inimputables o imputables disminuidos, se vincula con el Derecho Familiar, que en el numeral 63 del Código en análisis, ordena lo siguiente:

El juez o en su caso la autoridad competente, podrá entregar al inimputable a sus familiares o a las personas que conforme a la ley tengan la obligación de hacerse cargo de él, siempre y cuando reparen el daño, se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen a satisfacción del juez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Esta medida podrá revocarse cuando se deje de cumplir con las obligaciones contraídas. Esta medida podrá revocarse cuando se deje de cumplir con las obligaciones contraídas.⁸⁰

⁷⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁷⁹ Código Penal para el Distrito Federal. *op. cit.*, p. 17.

⁸⁰ *Idem*.

La condición que se impone en esta norma, es que se haya reparado el daño y que en su caso, se tomen las medidas propias para el tratamiento y la vigilancia del inimputable, con lo cual se podrá garantizar al juez que las obligaciones contraídas serán cumplidas cabalmente.

La inimputabilidad está íntimamente vinculada con el Derecho Penal Familiar, como ha quedado demostrado en el precepto anterior; empero, el 66 del mismo ordenamiento, específicamente se refiere al tiempo que debe durar el tratamiento de esa persona, estableciendo un máximo en cuanto a la pena privativa de libertad y la entrega de ese sujeto que debe hacerse a sus familiares y ante la ausencia de éstos, a quienes como autoridades o instituciones de asistencia, puedan vigilar la aplicación de las leyes correspondientes. Nuevamente, la familia tiene un tratamiento especial en la comisión de determinados delitos y por ello, el precepto multicitado, expresa que:

La duración de tratamiento para el inimputable, en ningún caso excederá del máximo de la pena privativa de libertad que se aplicaría por ese mismo delito a sujetos imputables.

Concluido el tiempo del tratamiento, la autoridad competente entregará al inimputable a sus familiares para que se hagan cargo de él, y si no tiene familiares, lo pondrá a disposición de las autoridades de salud o institución asistencial, para que éstas procedan conforme a las leyes aplicables.⁸¹

En el tema de la aplicación de penas y medidas de seguridad, vinculadas al Derecho Penal Familiar, se ubica la hipótesis de fijar la disminución o aumento de la pena y tratándose de delitos graves, específicamente la ley menciona la corrupción de personas menores de edad o incapaces, que los convierte en inimputables y en consecuencia, no ser culpables de la comisión de algún delito. En este sentido, el artículo 71 Ter del Código normativo en estudio, cita especialmente la disminución de la pena en delitos graves, en los siguientes términos:

Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la materia. Este beneficio no es aplicable para los delitos de Homicidio, previsto en el artículo 123 en relación al 18, párrafo segundo; Secuestro, contenido en los artículos 163, 163 BIS, 164, 165, 166 y 166 BIS,

⁸¹ *Ibidem*, p. 18.

con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164; Desaparición Forzada de Personas, previsto en el artículo 168; Violación, previsto en los artículos 174 y 175; Corrupción de personas menores de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tengan capacidad de resistir la conducta, previsto en los artículos 183, 184 y 185; Turismo Sexual, previsto en el artículo 186; Pornografía, previsto en los artículos 187 y 188; Trata de Personas, previsto en el artículo 188 BIS; Lenocinio, previstos en los artículos 189 y 189 BIS; Robo, previsto en el artículo 220, en relación al artículo 225; Tortura, previsto en los artículos 294 y 295, todos de este Código.⁸²

En este mismo tenor, encontramos los criterios que permiten al Juez individualizar las penas y las medidas de seguridad; varias hipótesis, relacionadas con el Derecho Penal Familiar, surgen hablando de parentesco, que como es bien sabido, incluye el consanguíneo en la línea recta ascendente o descendente y el colateral igual o desigual y en su caso el de afinidad; la edad, referida a los menores, también es un supuesto que permite al juzgador, individualizar la pena; en este sentido, el precepto 72 del multicitado Código, determina lo siguiente:

El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

- I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;
- VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, incluidos en su caso,

⁸² *Ibidem*, p. 19.

los datos de violencia, la relación de desigualdad o de abuso de poder entre el agresor y la víctima vinculada directamente con el hecho delictivo, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.⁸³

Las personas de la tercera edad, también tienen un tratamiento especial en este Código; se autoriza al Juez que si se dan ciertas circunstancias, el procesado se mantenga en su domicilio; regulando algunas excepciones, a las que nos referiremos al citar el texto del artículo 75 Bis del Código Penal para el D.F., este precepto establece que:

Cuando la orden de aprehensión o el auto de formal prisión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad o de precario estado de salud permanente, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleva a cabo en el domicilio del indiciado o procesado bajo las medidas de seguridad que procedan. La petición se tramitará incidentalmente.

No gozarán de esta prerrogativa quienes, a criterio del juez, puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumir fundamentalmente que causarán daño al denunciante o querellante, a la víctima u ofendido o a quienes directa o indirectamente participen o deban participar en el proceso.

En todo caso, la valoración del juez se apoyará en dictámenes de peritos.⁸⁴

Tratándose de los castigos de los delitos culposos, las diversas circunstancias relacionadas con el Derecho Penal Familiar, saltan a la vista en el numeral 76 del Código multicitado, que a la letra dice:

En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código.

⁸³ *Ibidem*, pp. 19-20.

⁸⁴ *Idem*.

Además se impondrá en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta

Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esta situación al responsable del delito culposo.

Sólo se sancionarán como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123; Lesiones, a que se refiere el artículo 130 fracciones II a VII; Aborto, a que se refiere la primera parte del párrafo segundo del artículo 145; Lesiones por Contagio, a que se refiere el artículo 159; Daños, a que se refiere el artículo 239; Ejercicio Ilegal del Servicio Público, a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 259, en las hipótesis siguientes: destruir, alterar o inutilizar información o documentación bajo su custodia o a la cual tenga acceso; propicie daños, pérdida o sustracción en los supuestos de la fracción IV del artículo 259; Evasión de Presos, a que se refieren los artículos 304, 305, 306 fracción II y 309 segundo párrafo; Suministro de Medicinas Nocivas o inapropiadas a que se refieren los artículos 328 y 329; Ataques a las Vías y a los Medios de Comunicación a que se refieren los artículos 330, 331 y 332; Delitos contra el Ambiente a que se refieren los artículos 343, 343 BIS, 344, 345, 345 BIS y 346, y los demás casos contemplados específicamente en el presente Código y otras disposiciones legales.⁸⁵

En el capítulo correspondiente a la extinción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, el capítulo referido a la prescripción y sus plazos para castigar, están relacionados con diversas hipótesis de Derecho Familiar Penal, como ocurre con las víctimas que son menores de edad, que en este caso, también los dieciocho años, son un elemento que el Juez debe considerar. En el artículo 108 del Código en cuestión, al respecto se ordena lo siguiente:

Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva serán continuos, en ellos se considerará el delito con sus modalidades y se contarán a partir de:

El momento en que se consumó el delito, si es instantáneo;

El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente;

El día en que se realizó la última conducta, si el delito es continuado;

El momento en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si se trata de tentativa;

El día en que el Ministerio Público de la adscripción haya recibido el oficio correspondiente, en los casos en que se hubiere librado orden de reaprehensión

⁸⁵ *Idem.*

o presentación respecto del procesado que se haya sustraído de la acción de la justicia; y

En los delitos tipificados en el Libro Segundo, Título Quinto y Sexto de este Código, cuando la víctima fuere menor de edad, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumple los dieciocho años.⁸⁶

La ley específicamente se refiere a los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva en los delitos que se cometan contra la libertad y la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual, así como los que lo sean contra el libre desarrollo de la personalidad.

Segundo libro del Código Penal para el Distrito Federal

El Libro Segundo en su Parte Especial, regula los delitos contra la vida, la integridad corporal, la dignidad y el acceso a una vida libre de violencia. El Código en cuestión, considera que comete el delito de homicidio, a quien prive de la vida a otro,⁸⁷ este concepto es básico para explicar los supuestos de este delito, en relación con la familia y sus diferentes instituciones. En este sentido, el artículo 125 expresa:

Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario u otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación, se le impondrán prisión de diez a treinta años y pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. Si faltare el conocimiento de la relación, se estará a la punibilidad prevista para el homicidio simple.

Si en la comisión de este delito concurre alguna circunstancia agravante de las previstas en el artículo 138 de este Código, se impondrán las penas del homicidio calificado. Si concurre alguna atenuante se impondrán las penas que correspondan según la modalidad.⁸⁸

El hecho de tener conocimiento de la relación familiar, agrava la pena para el homicida; si no hubiere sabido esa circunstancia, se le impondrá de 8 a 10 años de prisión. Por otro lado, si hubiere ventaja, traición, alevosía,

⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁸ *Idem*.

retribución o por el medio empleado para matar, saña, en estado de alteración voluntaria u odio, como reza el numeral 138, se impondrán las penas del homicidio calificado; si hubiere atenuantes, en esa medida se aplicarán las penas.

Otro supuesto de Derecho Penal Familiar, se da en el infanticidio. En este caso, el Juez Penal tiene todas las facultades para juzgar a la madre que priva de la vida a su hijo, en los términos del artículo 126, que a la letra dice:

Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión, el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta.⁸⁹

También en el capítulo de lesiones, existen casos de Derecho Penal Familiar, atendiendo a quienes participan en esos delitos. El artículo 131, ordena que:

A quien cause lesiones a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, persona con la que mantenga o haya mantenido una relación de hecho, adoptante o adoptado o persona integrante de una sociedad de convivencia, se le aumentará en una mitad la pena que corresponda, según las lesiones inferidas.⁹⁰

En este caso, el vínculo familiar será la razón jurídica para aumentar la pena que correspondería por lesiones, si no fueran parientes o no se ubicaran en alguna de las hipótesis mencionadas. La pena es grave porque debe aumentarse en una mitad, al sujeto activo que haya inferido las lesiones y que vaya desde el parentesco, hasta el vínculo jurídico que crea la Sociedad de Convivencia.

Asimismo, encontramos incrementos importantes en las sanciones previstas en los casos de lesiones, en el supuesto del numeral 132, que regula lo siguiente:

Cuando las lesiones se infieran con crueldad o frecuencia a un menor de edad o a un incapaz, sujetos a la patria potestad, tutela, custodia del agente o a una persona mayor de sesenta años, la pena se incrementará con dos terceras partes de la sanción prevista.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Ibidem*, p. 27.

En todos los casos, a juicio del juez, se decretará la suspensión o pérdida de los derechos que tenga el agente en relación con el sujeto pasivo, por un tiempo igual al de la pena de prisión que se imponga.⁹¹

En el capítulo referido a las reglas comunes para los delitos de homicidio y lesiones culposos, el Derecho Penal Familiar, aparece para eximir de responsabilidad a quienes por vínculos familiares, cometen alguno de los ilícitos mencionados. El Código Penal comentado, incluye varias hipótesis, que se consignan en el artículo 139, que expresa lo siguiente:

No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima.⁹²

La propia ley determina que sí habrá sanción si el sujeto activo del delito se ubica en las situaciones de embriaguez o toxiconomía.

En el capítulo correspondiente a la ayuda o inducción al suicidio, surgen las hipótesis de menores de edad o incapacitados, quienes están protegidos por la ley penal en cuanto sancionar al homicida o quien hubiere inducido al suicidio, con las penas del homicidio o las lesiones calificados. Es el numeral 143, el que regula estos casos en los términos siguientes:

Si la persona a quien se induce o ayuda al suicidio fuera menor de edad o no tuviera capacidad de comprender la relevancia de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se impondrán al homicida o inductor las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas.⁹³

El aborto es un delito vinculado íntimamente con la familia. En el Derecho Penal Familiar, se encuentran diferentes supuestos que comentaremos a continuación. En primer lugar, el Código Penal para el Distrito Federal, determina en el artículo 144 que el:

⁹¹ *Ibidem*, p. 27.

⁹² *Ibidem*, p. 28.

⁹³ *Idem*.

Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.⁹⁴

La regulación del aborto en el Código Penal en comento, tiene como supuesto fundamental, el que para que aparezca el delito, aquél debe realizarse después de las primeras doce semanas de gestación; en este caso, la ley va a sancionar esa conducta y en este caso es el artículo 145, que ordena lo siguiente:

Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado. Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.⁹⁵

En los supuestos que van más allá de las doce semanas de gestación y donde no consienta la mujer que va a abortar en el mismo, ubicará a quien lo realice en la hipótesis de ser castigado, según lo manda el artículo 146, que a la letra dice:

Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.⁹⁶

El aborto se agrava cuando es practicado por un médico profesional o alguien que tenga los conocimientos de medicina suficientes, porque se harán acreedores además que a las sanciones invocadas, a la suspensión de su profesión u oficio, en los términos del precepto 147, que dice:

⁹⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ *Idem*.

Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.⁹⁷

El Derecho Penal Familiar, también produce consecuencias jurídicas en el delito del aborto, con la regulación que hace de las causas excluyentes de responsabilidad penal. Al respecto, el artículo 148, determina que:

Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.⁹⁸

La violencia contra las mujeres en México es tan grave, que en el año 2011, se tipificó en este Código el delito llamado feminicidio. De poco o de nada ha servido para resolver este problema, que desde su redacción y los diferentes supuestos para que la conducta delictiva se adecue al tipo, es tan rebuscada, que no ha dado los frutos que se esperaban. Entra este delito en los supuestos del Derecho Penal Familiar, como fácilmente se puede comprobar con la transcripción que haremos del precepto 148 Bis, que regula este delito en los siguientes términos:

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Idem.*

Comete el delito de feminicidio quien, por razones de género, prive de la vida a una mujer.

Existen razones de género cuando se presente cualquiera de los siguientes supuestos:

La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;

A la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida;

Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;

El cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público; o

La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a su fallecimiento.

A quien cometa feminicidio se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión.

Si entre el activo y la víctima existió una relación sentimental, afectiva o de confianza; de parentesco, laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad, y se acredita cualquiera de los supuestos establecidos en las fracciones anteriores, se impondrán de treinta a sesenta años de prisión.⁹⁹

Los supuestos anteriores, son difíciles de probar; la redacción del precepto es tan deficiente, que es poco clara y el resultado es que el número de mujeres muertas en el país, aumenta día a día. El Derecho Penal Familiar surge en el último supuesto del precepto citado, habla del parentesco, dentro de una casuística tan absurda, que el legislador olvidó que una de las características de la ley es su generalidad y en el caso del feminicidio, lo hizo de manera casuística.

En los delitos contra la libertad reproductiva y la procreación asistida, la inseminación artificial y la esterilización forzada, los casos de Derecho Penal Familiar, están presentes en toda esta reglamentación; en unos casos agravan y en otros atenúan las penas, Al respecto, la ley penal protege el destino de los óvulos y los espermatozoides y así ordena en el numeral 149, lo siguiente: “A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa”.¹⁰⁰

El Derecho Penal Familiar, está presente en todos los delitos tipificados, a propósito de la libertad reproductiva, la inseminación artificial y la

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Idem.*

manipulación genética, en este sentido, el Código en estudio, castiga con pena de prisión de cuatro a siete años a quien sin tener el consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años, se le practique una inseminación artificial”.¹⁰¹ “A quien sin consentimiento, realice inseminación artificial en una mujer mayor de dieciocho años, se le impondrán de cuatro a siete años de prisión”.¹⁰²

En el precepto 151, varían los supuestos derivados del Derecho Penal Familiar, en cuanto a la pena de prisión, dependiendo de la clase de delito que se cometa; en este sentido, la norma dispone: “Se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quién implante a mujer mayor de dieciocho años un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoide de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante.

Si como consecuencia de este delito se produce un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años y se estará a lo dispuesto por el artículo 155 de este Código.¹⁰³

Además de las consecuencias descritas en el precepto anterior, debe destacarse otro aspecto del Derecho Penal Familiar, que es el embarazo, ya que si uno de los efectos de haber implantado a la mujer mayor de dieciocho años el óvulo fecundado, se produzca un embarazo, en este caso, la penalidad será de cinco a catorce años y además, los efectos que se produzcan como consecuencia de éste que es tener uno o varios hijos, en este caso, para reparar el daño, hay que acudir a las disposiciones del Código Civil para el D. F., en materia familiar que ordenan pagar alimentos y todo lo que esto implica, de acuerdo con los artículos 301 y siguientes del Código Civil;¹⁰⁴ al respecto, debe citarse también el texto del artículo 155 del Código Penal en cuestión, que a la letra dice:

Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.¹⁰⁵

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 29-30.

¹⁰⁴ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Código Civil para el Distrito Federal, op. cit.*, pp. 71 y

ss.

¹⁰⁵ *Idem.*

Otra hipótesis de Derecho Penal en el mismo tema, se da cuando se esteriliza a una persona, aun cuando sea mayor de edad y se adecue a lo que el numeral 151 Bis ordena; en ese sentido, el artículo mencionado, dice: “A quien sin consentimiento de persona mayor de dieciocho años realice en ella un procedimiento de esterilización, se le impondrán de cuatro a siete años de prisión”.¹⁰⁶

La ley penal del Distrito Federal, establece disposiciones generales para los delitos que venimos comentando que van contra la libertad reproductiva; en este caso, se incluye la hipótesis de los incapaces y los de la violencia física, moral o la psicoemocional; incluso, las penas se establecen de cinco a catorce años de prisión. En este sentido, el artículo 151 Ter, establece las reglas generales que hemos mencionado en los siguientes términos:

Tratándose de incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, o de un menor de edad, aún con su consentimiento o de quien detente la guarda, custodia, atención o cuidado, tutela o patria potestad de la víctima, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes del delito básico.

Cuando el delito se realice valiéndose de medios o circunstancias que le proporcione su empleo, cargo o comisión públicos, profesión, ministerio religioso o cualquier otra que implique subordinación por parte de la víctima, la pena se aumentará en una mitad de la señalada para el delito básico.

En el supuesto de que el delito se realice con violencia física o moral o psicoemocional aprovechándose de su ignorancia, extrema pobreza o cualquier otra circunstancia que hiciera más vulnerable a la víctima, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.¹⁰⁷

Es destacable del artículo citado, que proteja a los menores de edad y sancione a los tutores o titulares de la patria potestad y los casos de subordinación por parte de la víctima y la otra circunstancia de aprovechar la ignorancia o extrema miseria de la víctima.

Mención aparte merecen quienes se valen de su cargo público o su profesión para cometer los delitos multicitados, en este sentido, el numeral 152, reafirma las normas, diciendo:

Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 30.

¹⁰⁷ *Idem*.

el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.¹⁰⁸

La última hipótesis en este tipo de delitos, incluye la unión matrimonial, la concubinaria o la relación de pareja, exigiendo como requisito de procedibilidad, la querrela correspondiente, según el artículo 153, que prescribe lo siguiente: “Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela”.¹⁰⁹

Es importante señalar que en México, D. F., desde el año 2010, se permite que el matrimonio se celebre entre personas del mismo o diferente sexo. Por ser competencia del Derecho Penal Familiar, la manipulación genética es sancionada por el Código de la materia, al respecto, el precepto 154, ordena lo siguiente:

Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.¹¹⁰

Con esta norma el legislador protege la manipulación de genes humanos, la procreación humana y prohíbe la clonación, contra los principios del orden público y el interés social.

En los delitos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, el Derecho Penal Familiar, tiene propósitos muy definidos de protección, en los artículos 156, 157 Bis, 158, se tipifican los delitos de omitir el auxilio o el cuidado, de personas que no se pueden cuidar por sí mismas, estableciendo penas que se agravan, cuando hay parentesco o tutoría. En algunos supuestos, se establecen límites al parentesco consanguíneo en la línea recta o colateral hasta el cuarto grado y repite los supuestos del matrimonio,

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Idem.*

concubinatos, relaciones de hecho, adopción o sociedades de convivencia, estableciendo sanciones como la pérdida del derecho a recibir alimentos.

Nuevamente, el Derecho Penal Familiar, surge cuando se habla de ascendientes o tutores que expongan a un menor de doce años, sancionando esa conducta, con la pérdida de derechos sobre ese expósito y los bienes del mismo. Se establece una eximente de responsabilidad a la madre que por ignorancia, extrema pobreza o que su hijo sea producto de una violación o inseminación artificial, no se le castigue a pesar de haber entregado a su hijo a terceras personas.

Por la trascendencia de los preceptos citados, nos permitimos transcribirlos a continuación, para su mejor comprensión:

Artículo 156. Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad (sic) o de la tutela.¹¹¹

Artículo 157 Bis. En caso de que el sujeto activo de los delitos de Abandono de Persona y Omisión de Auxilio fuese respecto a la víctima pariente consanguíneo en línea recta, o colateral hasta el cuarto grado, cónyuge, concubina o concubinario, persona con la que mantenga una relación de hecho, adoptante o adoptada o integrante de una sociedad de convivencia perderá los derechos como acreedor alimentario.¹¹²

Artículo 158. Al que exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión.

Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un menor de doce años que esté bajo su potestad o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, extrema pobreza, o cuando sea producto de una violación o inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código.¹¹³

En los delitos contra la libertad personal, el Código Penal, determina que tratándose de menores de edad o mayores de sesenta años o en situación de

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

inferioridad física o mental, deben ser protegidos. En este sentido, el numeral 160, establece:

Se impondrán de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa, al particular que prive a otro de su libertad, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

Si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se incrementará un mes por cada día.

Si el agente espontáneamente libera a la víctima dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, la pena de prisión será de la mitad de la prevista.

La pena de prisión se aumentará en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, la víctima sea menor de edad o mayor de sesenta años o por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto del agente”.¹¹⁴

En el delito de secuestro, el Derecho Penal Familiar, protege a los menores de edad, a los mayores de sesenta años o a quienes están en inferioridad física o mental. En este sentido, el artículo 164 del Código en comento, en las fracciones correspondiente ordena lo siguiente:

Las penas previstas en los dos artículos anteriores se incrementarán en una tercera parte, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en los mismos concurre cualquiera de las circunstancias siguientes:

Que se realice en un domicilio particular, lugar de trabajo o a bordo de un vehículo;

Que el autor sea o haya sido integrante de alguna corporación de seguridad pública o privada, o se ostente como tal sin serlo;

Que quienes lo lleven a cabo actúen en grupo;

Que se realice con violencia, o aprovechando la confianza depositada en él o los autores;

Que la víctima sea menor de edad o mayor de sesenta años, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad;

Que el sujeto activo utilice para adquirir a una o más personas menores de edad o que no tengan la capacidad para comprender el significado de l hecho; o

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

Que se cause un daño o alteración a la salud de la víctima conforme lo previsto en el artículo 130 de este Código, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del concurso para la imposición de sanciones.

Si se libera espontáneamente al secuestrado, dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo anterior, las penas serán de una quinta parte.¹¹⁵

El Código Penal diferencia el secuestro de mayores de edad y la de los menores. En este caso, la pena de prisión va de cincuenta a sesenta años de cinco mil a diez mil días multa, para el sujeto activo de secuestro del menor. Se incluye a los incapaces o a quienes no puedan resistirse al hecho. De este modo el precepto 166 dispone: “Se impondrán las mismas penas señaladas en el artículo 165, cuando la privación de la libertad se realice en contra de un menor de edad o de quien por cualquier causa no tenga capacidad de comprender o resistir la conducta, con el propósito de obtener un lucro por su venta o entrega”.¹¹⁶

En el numeral 166 Bis, respecto al delito de secuestro, establece una sanción de prisión para quien realice actos de intimidación contra el secuestrado o su familia, en los términos que prescribe la fracción IV, que dispone;

Se impondrá de uno a ocho años de prisión y de doscientos a mil días multa, al que en relación con las conductas sancionadas en este capítulo y fuera de las causas de exclusión del delito previstas por la ley:

....IV. Intimide a la víctima, a sus familiares o a sus representantes, durante o después del secuestro, para que no colaboren con las autoridades competentes.¹¹⁷

Nuevamente el Derecho Penal Familia, surge en las hipótesis de simulación del secuestro; al respecto, el artículo 167, determina:

A quien simule encontrarse privado de su libertad con amenaza de su vida o daño a su persona, con el propósito de obtener rescate o con la intención de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a quinientos días multa.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 31-32.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹¹⁷ *Idem*.

Las mismas penas se impondrán a cualquiera que intervenga en la comisión de este delito.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida, cuando sea cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.¹¹⁸

Los menores de edad están bien protegidos por el Derecho Penal Familiar. Las sanciones son graves e incluso la pérdida de derechos familiares, respecto a los menores y los que se derivan del derecho sucesorio. Las diferentes hipótesis del artículo 169, son tan ilustrativas al respecto, que las transcribimos a continuación:

Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.

Las mismas penas a que se refieren el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentarán en un tanto más de la prevista en aquél.

Si el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, las sanciones se incrementarán en un tercio.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión. Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.

Además de las penas señaladas los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio.¹¹⁹

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Idem.*

170. Si espontáneamente se devuelve al menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se impondrá una tercera parte de las sanciones previstas en los artículos anteriores.

Si la recuperación de la víctima se logra por datos proporcionados por el inculgado, las sanciones se reducirá en una mitad.¹²⁰

En la retención y sustracción de menores o personas incapaces, el Derecho Penal Familiar, surge en forma importante para protegerlos. Establece sanciones graves a los sujetos activos de estos delitos, determinando los grados de parentesco, la guarda y custodia y los supuestos en que el padre o la madre como cónyuges, sustraigan, retengan u oculten a un hijo menor de edad o incapaz, para obligar al otro a otorgar determinada prestación, como está dispuesto en los artículos que enseguida transcribimos por su importante contenido.

Artículo 171.

Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Artículo 172

Si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el artículo anterior se incrementarán en una mitad.

Si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, las penas se aumentarán en un tanto.¹²¹

Artículo 173.

Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹²¹ *Idem*.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas.

Al padre o madre que, sin tener la guarda y custodia del menor o incapaz que viva en el Distrito Federal, lo sustraiga, retenga u oculte fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, se le aumentarán en una mitad las penas previstas en el primer párrafo de este artículo.

Se equipara al delito de retención, sustracción u ocultamiento de menor o incapaz, y se sancionará con las penas señaladas en el primer párrafo del presente artículo, a la persona que mediante amenazas o engaños obtenga del padre o madre que tiene la guarda y custodia del menor o incapaz, el consentimiento para trasladarlo, con la finalidad de retenerlo, sustraerlo u ocultarlo fuera del territorio nacional.

La pena señalada en el primer párrafo se aumentará en una mitad al cónyuge que sustraiga, retenga u oculto a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge a dar, hacer o dejar de hacer algo.¹²²

El Derecho Penal Familiar, se proyecta de manera importante para proteger a la célula social básica, en los delitos cometidos contra la libertad, la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual de las personas. Se destaca la violación, el abuso y acoso sexual, el estupro, el incesto y la comisión de estos delitos, cuando se trata de menores de doce años de edad; incluso, uno de los efectos de estos delitos, importantes para nuestro tema, es que si como consecuencia de la comisión de los mismos, hubiere hijos, esta situación se resolverá, conforme a lo que ordena el Código Civil para el D. F., que ya hemos mencionado anteriormente.

Respecto a la violación, la ley diferencia que la misma se realice por violencia física o moral y da los conceptos fundamentales de este delito; incluso, menciona los supuestos de equiparación a la violación; como se determina en los artículos 174 y 175 del Código Penal, que a la letra dicen:

174. Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.

¹²² *Idem.*

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela.¹²³

175.- Se equipara la violación y se sancionará con la misma pena, al que:
 I. Realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o
 II. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto del pene en una persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.
 Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad¹²⁴.

El Derecho Penal Familiar, protege a las víctimas del abuso sexual, que el artículo 176, define en los siguientes términos:

Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia¹²⁵.

El abuso sexual impone hasta siete años de prisión, cuando se intente ese delito contra personas incapaces o que no lo puedan resistir. En este sentido, el numeral 177, ordena: “Al que sin propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrá de dos a siete años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.¹²⁶

Los diversos supuestos del Derecho Familiar, surgen en este delito y en el de violación, que las penas se aumentan en dos terceras partes, cuando aparecen los miembros de la familia o quienes abusan de su cargo o comisión

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 33-34.

pública, incluso, si hubiere supuestos de ministerios religiosos, que sirvan para la comisión de estos delitos. En el artículo 178, se hace una enumeración más amplia de estos supuestos, que a la letra dicen:

Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

I. Con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido. Se impondrá al agresor la pérdida de los derechos como acreedor alimentario que tenga con respecto a la víctima;

III. Por quien valiéndose de medios o circunstancias que le proporcionen su empleo, cargo o comisión públicos, profesión ministerio religioso o cualquier otro que implique subordinación por parte de la víctima. Además de la pena de prisión, si el agresor fuese servidor público se le destituirá e inhabilitará en el cargo, empleo o comisión, o en su caso, será suspendido en el ejercicio de su profesión por un término igual al de la pena de prisión.

IV. Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada;

V. Fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público;

VI. Fuere cometido en despoblado o lugar solitario;

VII. Dentro de los centros educativos, culturales, deportivos, religiosos de trabajo, o cualquier otro centro de naturaleza social; o

VIII. En inmuebles públicos.¹²⁷

El delito de acoso sexual, también surge en ambientes laborales, docentes, domésticos o familiares. En este caso, el artículo 179, impone penas de prisión de uno a tres años a quien lo realice y los incrementa, atendiendo a las características del sujeto activo de ese delito. El precepto citado ordena:

A quien solicite favores sexuales para sí o para una tercera persona o realice una conducta de naturaleza sexual indeseable para quien la recibe, que le cause un daño o sufrimiento psicoemocional que lesione su dignidad, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 34.

Cuando además exista relación jerárquica derivada de relaciones laborales, docentes, domésticas o de cualquier clase que implique subordinación entre la persona agresora y la víctima, la pena se incrementará en una tercera parte de la señalada en el párrafo anterior.

Si la persona agresora fuese servidor público y utilizara los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, además de la pena prevista en el párrafo anterior se le destituirá y se le inhabilitará para ocupar cargo, empleo o comisión en el sector público por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.¹²⁸

El estupro es otro delito, que se ubica en el Derecho Penal Familiar. Se protege a los menores de edad y se imponen hasta cuatro años de cárcel a quien lo realice. En este sentido, el artículo 180 del Código comentado, dice: “Al que tenga cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión.

Este delito se perseguirá por querrela”.¹²⁹

El delito de incesto, incluye a toda la familia, si el mismo se realiza en los términos regulados por el artículo 181, que se refiere a diferentes integrantes de la familia; incluso, las penas varían de uno a seis años y de ocho a veinte, dependiendo de la gravedad de ese delito. Al respecto, la ley determina lo siguiente:

A los hermanos y a los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí se les impondrá prisión o tratamiento en libertad de uno a seis años.

Para efectos de este artículo, cuando uno de los hermanos, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta sea mayor de dieciocho años de edad y el otro sea menor de doce años, se le aplicará al primero de ocho a veinte años de prisión.¹³⁰

Los delitos antes mencionados, se agravan de manera importante, porque el Derecho Penal Familiar, protege íntegramente a los menores de doce años de edad. Por la trascendencia de las disposiciones penales respectivas, nos permitimos transcribirlas a continuación:

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Idem.*

Artículo 181Bis.- Al que realice cópula con persona de cualquier sexo menor de doce años, se le impondrá prisión de ocho a veinte años.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca en una persona menor de doce años de edad por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, con fines sexuales.

Al que sin propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual, en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho por cualquier causa no pueda resistirlo o quien realice actos en los que muestre, exponga o exhiba sus órganos genitales con fines lascivos, tanto en el ámbito público como privado, ejecute en ella un acto sexual o lo obligue a observarlo, se le impondrán de dos a siete años de prisión.

Al que acose sexualmente a la víctima menor de doce años con la amenaza de causarle un mal relacionado respecto de la actividad que los vincule, se le impondrán de dos a siete años de prisión.

Si se ejerciere violencia física o moral, las penas previstas se aumentarán en una mitad.

Las penas anteriores se aumentarán hasta una tercera parte si se cometieran en contra de dos o más personas.¹³¹

Artículo 181 ter- Las personas previstas en el artículo anterior se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

Con la intervención directa o inmediata de dos o más personas;

Al que tenga respecto a la víctima:

Parentesco de afinidad o consanguinidad;

Patria potestad, tutela o curatela y

Guarda o custodia.

Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad respecto a todos sus descendientes, la tutela, curatela, derecho de alimentos y los sucesorios que tenga respecto de la víctima; pero en ningún momento cesará su obligación alimentaria para con ella.

Quien desempeñe un cargo o empleo público, utilizando los medios que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el sentenciado será destituido del cargo, empleo o comisión.

Por quienes tengan contacto con la víctima por motivos laborales, docentes, médicos, domésticos, religiosos o cualquier otro que implique confianza o subordinación o superioridad.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

Además de la pena de prisión, el sentenciado será suspendido por un término igual a la pena impuesta en el ejercicio de su empleo, cargo o profesión.

Por quien habite ocasional o permanentemente en el mismo domicilio de la víctima.

Aprovechando la confianza depositada en ella por la víctima, por motivos de afectividad, amistad o gratitud.

Encontrándose la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público; o

Fuere cometido en despoblado o lugar solitario.

En los casos anteriores, el juez acordará las medidas pertinentes para que se le prohíba al agresor tener cualquier tipo de contacto o relación con el menor”.¹³²

Artículo 182. Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores resulten hijos, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.¹³³

El Derecho Penal Familiar, está presente para proteger a personas mayores de edad o menores de dieciocho años y a los incapaces, sea cual fuere su edad, que no entiendan o no puedan resistir los delitos que se cometan contra ellos para corromperlos.

El Código en cuestión, establece penas de uno a quince años de prisión y multas de mil a dos mil quinientos días, para los sujetos activos del delito de corrupción. Establece variantes y define los supuestos y las conductas, que al darse, tipifican este delito y los casos en que deben agravarse las penas. El artículo 183, enumera las actividades de la corrupción en los siguientes términos:

Al que comercie, distribuya, exponga, haga circular u oferte, a menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad de resistir la conducta, libros, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y de quinientos a mil días multa.¹³⁴

¹³² *Ibidem*, p. 35.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ *Idem*.

184. Al que por cualquier medio obligue, procure, induzca o facilite a una persona menor de dieciocho años de edad o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad de resistir la conducta, a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, simulados o no, con fin lascivo o sexual, prostitución, ebriedad, consumo de drogas o enervantes, prácticas sexuales o a cometer hechos delictuosos, se le impondrán de siete a doce años de prisión y de mil a dos mil quinientos días multa.

Cuando de la práctica reiterada de los actos de corrupción, la persona menor de dieciocho años de edad o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad de resistir la conducta, adquiera los hábitos del alcoholismo, fármaco dependencia, se dedique a la prostitución, práctica de actos sexuales, a formar parte de una asociación delictuosa o de la delincuencia organizada, las penas serán de diez a quince años de prisión y de mil a dos mil quinientos días multa.

Al que procure o facilite la práctica de la mendicidad, se le impondrán de cuatro a nueve años de prisión y de quinientos a mil días multa.

Cuando los actos de corrupción a los que se refiere este artículo, se realicen reiteradamente contra menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o de personas que no tienen la capacidad de resistir la conducta, o éstos incurran en la comisión de algún delito, la prisión se aumentará de tres a seis años.

No constituye corrupción el empleo de los programas preventivos, educativos o informativos que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales, que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre la función reproductiva, prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazo de adolescentes.¹³⁵

Asimismo, se regula la hipótesis de obligar a los menores de edad o a los incapaces, a realizar actos corporales, lascivos o sexuales en los términos del artículo 184 de este ordenamiento y el 185, específicamente se refiere a los padres que promueven que sus hijos se corrompan o quienes estén bajo la guarda, custodia o tutela de alguien, siendo menores de dieciocho años de edad. Este precepto, prescribe lo siguiente:

Se impondrán prisión de cinco a siete años y de quinientos a mil días multa, al que:

Emplee directo o indirectamente los servicios de menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 35-36.

del hecho o de personas que no tienen capacidad de resistir la conducta, en cantinas, tabernas, bares, centro de vicio, discotecas o cualquier otro lugar nocivo en donde se afecte de forma negativa su sano desarrollo físico, mental o emocional;

Acepte o promueva que su hijo, pupilo o personas que estén bajo su guarda, custodia o tutela, menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad de resistir la conducta, laboren en cantinas, tabernas, bares, centros de vicio, discotecas o cualquier otro lugar nocivo en donde se afecte de forma negativa su sano desarrollo físico, mental o emocional.

Al que organice o realice eventos, reuniones o convivios al interior de inmuebles particulares con la finalidad de obtener una ganancia derivada de la venta y consumo de alcohol, drogas, estupefacientes a menores de 18 años o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho, o personas que no tienen capacidad de resistir la conducta.

Para efectos de este artículo, se considera como empleado a los menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad de resistir la conducta, que por un salario, por la sola comida, por comisión de cualquier índole, por cualquier otro estipendio, gaje o emolumento, o gratuitamente preste sus servicios en tales lugares.¹³⁶

Otros delitos que aprovecha a los menores de edad para corromperlos, se dan en el turismo sexual que regula el artículo 186 del Código en estudio y que consiste fundamentalmente en promover que personas vengan al Distrito Federal, para realizar o presenciar actos sexuales con menores de dieciocho años de edad o personas incapaces.¹³⁷

La pornografía es otro delito que corrompe a los menores y a los incapaces y surge cuando se realizan actos sexuales o de exhibicionismo corporal, reales o simulados, para grabarlos en video, escucharlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos en anuncios impresos, divulgados en sistemas de cómputo o semejantes. Se imponen penas de prisión de siete a catorce años y multas de dos mil quinientos a cinco mil días. Si hubiere violencia física, moral o psicoemocional, o se aproveche la ignorancia, la pobreza o alguna circunstancia semejante, la pena señalada, se incrementará en la mitad citada.¹³⁸

¹³⁶ *Ibidem*, p. 36.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Idem*.

El Derecho Penal Familiar, también en la trata de personas, protege a los mayores y menores de dieciocho años de edad. En este sentido y por la trascendencia que tiene el artículo 188 Bis, lo transcribiremos a continuación:

Al que promueva, facilite, solicite, ofrezca, consiga, traslade, entregue o reciba para sí o para un tercero a una persona para someterla a explotación sexual, a esclavitud o prácticas análogas, trabajos o servicios impuestos de manera coercitivo o para que le sea extirpado cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro del territorio del Distrito Federal, se le impondrá prisión de 10 a 15 años y de 10 mil a 15 mil días multa.

Cuando la víctima del delito sea persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o persona que no tiene capacidad de resistir la conducta, se aumentarán las penas hasta en una mitad.¹³⁹

El Derecho Penal Familiar, tiene como propósito proteger a los menores de dieciocho años de edad y a los incapaces, sea cual fuere el delito que se cometiere contra ellos. El lenocinio tiene graves sanciones de prisión que van de dos a diez años y hasta cinco mil días multa. Se castiga a quienes de manera habitual u ocasional, exploten el cuerpo de otras personas y en su caso, se beneficien del comercio sexual. La ley define en los artículos 189, 189 Bis y 190, las diferentes hipótesis de este delito y en algunos casos, específicos de los menores de dieciocho años de edad o de los incapaces, las penas de prisión se elevan a quince años, determinando además la clausura definitiva de los establecimientos, utilizados para ese propósito. También se plantea que si se usa violencia física o moral, las penas pueden llegar hasta a vientosos o veintitres años de cárcel.¹⁴⁰

El Derecho Penal Familiar, asimismo, protege la explotación laboral de menores y el de personas con discapacidad física o mental y los adultos mayores, conocidos eufemísticamente como de la tercera edad. En este sentido, el artículo 190 Bis del Código en análisis, respecto a este delito, lo tipifica en los siguientes términos:

Al que por cualquier medio, regentee, administre, induzca u obtenga un beneficio económico, a través de la explotación laboral de un menor, de una persona con discapacidad física o mental o mayores de sesenta años, poniéndolo a trabajar en las calles, avenidas, ejes viales, espacios públicos, recintos privados o cualquier vía de circulación, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de

¹³⁹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴⁰ *Idem*.

cien a trescientos días multa. También se le condenará al pago de la retribución omitida o despojada, la cual deberá fijarse con base en la naturaleza y condiciones de las actividades laborales desarrolladas por el sujeto pasivo; pero en ningún caso podrá ser menor al salario mínimo general vigente.

Se entiende por explotación laboral, la acción de despojar o retener, todo o en parte, el producto del trabajo, contra la voluntad de quien labora.

Las penas de prisión y multa, previstas en el párrafo inicial de este precepto, se incrementará en una mitad en los términos del artículo 71 de este ordenamiento, cuando la conducta se realice respecto de dos o más sujetos pasivos, o cuando se emplee la violencia física o moral, o cuando cometan el delito conjuntamente tres o más personas.¹⁴¹

A las disposiciones anteriores, hay que sumar la que se refiere expresamente al parentesco, a la tutela y a la curatela, que se consignan en el artículo 190 Ter de este ordenamiento, que a la letra dice:

Cuando el responsable tenga parentesco, conviva o habite ocasional o permanentemente en el mismo espacio o domicilio con la víctima, o se trate de tutor o curador, se le impondrán las mismas sanciones que se establecen en el artículo anterior, pero además perderá la patria potestad y cualquier derecho que pudiese tener sobre la víctima, así mismo la autoridad judicial que conozca del asunto pondrá a éste a disposición y cuidado de la autoridad correspondiente en la materia.¹⁴²

Dada la trascendencia de los delitos cometidos al explotar laboralmente a los menores y a los discapaces, el Código Penal para el D.F., dispone en el artículo 191, una serie de disposiciones comunes, que incluyen cuestiones religiosas, funcionarios públicos, extranjeros, relaciones familiares y otras que por su contenido, transcribiremos a continuación. El numeral mencionado dice:

Las sanciones previstas en este título sexto se incrementarán hasta en una mitad cuando se trate de un servidor público; ministro de culto religioso; extranjero; quien ejerza la patria potestad, guarda o custodia; los ascendientes sin límite de grado; familiares en línea colateral hasta cuarto grado, tutores o curadores; al que habite ocasional o permanentemente en el mismo domicilio con la víctima aunque no exista parentesco alguno; así como toda persona que tenga

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁴² *Idem*.

injerencia jerárquica sobre el menor en virtud de una relación laboral, docente, doméstica o médica o de cualquier índole.

Cuando se trate de Servidor Público, Ministro de Culto Religioso, así como toda persona que tenga injerencia jerárquica sobre el menor en virtud de una relación laboral, docente, doméstica o médica; además de las sanciones señaladas, se castigará con destitución e inhabilitación para desempeñar el cargo, comisión o profesión, hasta por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad impuesta.

En todos los casos el juez acordará las medidas para impedir al sujeto activo tener cualquier tipo de contacto o relación con la víctima.¹⁴³

En este mismo rubro, el Código en comento, ordena que se aumenten en una mitad las sanciones cuando los delitos cometido contra personas mayores y menores de dieciocho años de edad o incapaces, hayan sido víctimas de personas reuidas en una asociación delictuosa.¹⁴⁴

El Derecho Familiar mexicano, ha sido incapaz de dictar normas que logren que los deudores alimentarios cumplan con su deber, sin acudir a vías de apremio o medidas legales extremas. Nuevamente surge el Derecho Penal Familiar, como elemento que puede auxiliar en la hipótesis anterior y por ello se creó un Capítulo Único en el Código Penal para el D. F., en comento, estableciendo los delitos que se pueden tipificar, cuando no se cumple la obligación alimentaria. Ha sido necesario, imponer penas de prisión de tres a cinco años, hasta cuatrocientos días multa y suspensión o pérdida de los derechos familiares, así como pagar daños por las cantidades que no se entregaron en el momento debido. Son tan importantes estas normas, que transcribiremos en primer lugar, el numeral 193, que respecto a este delito, determina lo siguiente:

Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el Juez ordenará al Registro Civil el ingreso de los datos del sentenciado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Para los efectos de éste Artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ *Idem.*

Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinarán con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.

Una vez que el sentenciado cumpla con la reparación del daño, el Juez a petición de parte deberá ordenar al Registro Civil la cancelación de la inscripción.¹⁴⁵

Hay que subrayar que ha sido poco efectiva la medida que en su momento determinó la V Legislatura de la Asamblea del Distrito Federal, cuando reformó el artículo 309 del ordenamiento Civil citado, donde se estableció inscribir en el Registro Civil, al deudor moroso, porque no tiene ningún efecto, como no sea el de la publicidad.¹⁴⁶

La insolvencia del deudor alimentario deliberada, para no cumplir con ese deber, se regula en el artículo 194 del Código en comento y establece severas penas de prisión, para quien incurra en esa conducta. En este sentido, el precepto ordena:

Al que renuncie a su empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio de obtener ingresos o se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de uno a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, pérdida de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.¹⁴⁷

También tienen responsabilidad solidaria, quienes, verbigracia, los patrones, hayan ayudado a su empleado a eludir el mandato judicial familiar de pagar alimentos. En este sentido, hay hasta cuatro años de prisión para las personas mencionadas enseguida. El precepto citado dispone que:

Se impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión y de doscientos a quinientos días multa a aquellas personas que obligadas a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los Artículos anteriores, incumplan con la orden judicial de hacerlo o haciéndolo no lo hagan dentro del término ordenado por el Juez u omitan realizar de inmediato el descuento ordenado.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, Código Civil... *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Idem.*

Nuevamente el Derecho Penal Familiar, considerando los valores en las instituciones de Derecho Familiar, regula el perdón en esta materia, una vez que se ha cumplido con los alimentos. En este sentido, ordena el artículo 196: “Para el caso de que la persona legitimada para ello otorgue el perdón, sólo procederá si el indiciado, procesado o sentenciado paga todas las cantidades que hubiere dejado de proporcionar por concepto de alimentos y otorgue garantía cuando menos por el monto equivalente a un año”.¹⁴⁹

Para los sujetos deudores, que hayan sido condenados judicialmente, se les podrá sancionar, además de con las penas citadas, con otros dos años y medio de prisión, si se ubican en el supuesto del artículo 197 del Código en análisis, que dispone lo siguiente:

Si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, ocurre en incumplimiento de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad”.¹⁵⁰

Finalmente, a pesar de la trascendencia de cumplir con la obligación alimentaria, los delitos que hemos mencionado, no se perseguirán de oficio, sino que para el ejercicio de esa acción, se exigirá la querrela correspondiente, ya que así lo ordena el artículo 199, que regula: “Los delitos previstos en este Título se perseguirán por querrela”.¹⁵¹

El Título VIII del Código comentado, regula los delitos contra el derecho de los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia. Su Capítulo Único, define las clases de violencia, destacando la física, la psicosocial, la patrimonial, la sexual, la económica y la que se ejerce contra los derechos reproductivos, que en este caso, impiden a las mujeres decidir sobre su función reproductiva.

También tipifica que este delito puede ser cometido por acción u omisión y enumera a los diferentes integrantes del matrimonio, el concubinato, el parentesco consanguíneo, la adopción, la incapacidad y la sociedad en convivencia. En este caso, el artículo 200, dispone lo siguiente:

A quien por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física, psicosocial, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos,

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Idem.*

que ocurra o haya ocurrido dentro o fuera del domicilio o lugar que habite, en contra de:

- I. El o la cónyuge, el o la excónyuge, la concubina, exconcubina, el concubinario o exconcubinario;
- II. El pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado;
- III. El adoptante o adoptado,
- IV. El incapaz sobre el que se es tutor o curador; y
- V. La persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia.

Se le impondrá de uno a seis años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y alimentos, y se decretarán las medidas de protección conforme a los establecido por este Código y el Código de Procedimientos Penales, ambos para el Distrito Federal; además se sujetará al agente a tratamiento especializado que para personas agresoras de violencia familiar, refiere la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito.

En caso de que la víctima padezca algún trastorno mental diagnosticado, se aumentará en una mitad la pena que corresponda, para lo cual el juzgador valorará el tipo de rehabilitación o tratamiento médico al que estuviere sujeta la víctima para la imposición de las sanciones.

No se justifica en ningún caso como tratamiento médico o rehabilitación la violencia hacia cualquier persona con cualquier trastorno mental, ni como forma de educación o formación hacia los menores.¹⁵²

Como regla general, el delito de violencia se persigue por querrela; empero, el artículo 200 Bis del Código en estudio, destaca ocho supuestos en los que el delito se persigue de oficio. En este sentido, el numeral multicitado, ordena:

El delito a que se refiere el artículo anterior se perseguirá por querrela, excepto cuando:

- I. La víctima sea menor de edad, incapaz o no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho;
- II. La víctima presente una discapacidad sensorial, física o mental, total o parcial, temporal o permanente;
- III. Derogada.

¹⁵² *Ibidem*, p. 39.

- IV. La víctima sea una mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto;
- V. Se cometa con la participación de dos o más personas;
- VI. Se cometa con el uso de armas de fuego o punzocortantes;
- VII. Se deje cicatriz permanente en alguna parte del cuerpo;
- VIII. Se tengan documentados antecedentes o denuncia de violencia familiar cometidos por el mismo agresor contra la víctima; y
- IX. Exista imposibilidad material de la víctima de denunciar.¹⁵³

Las diferentes clases de violencia, tipificadas como delito, están legisladas en el artículo 201, del Código en análisis, que expresa lo siguiente:

Para los efectos del presente capítulo, se entiende por:

- I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;
- II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión que puede consistir en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, indiferencia, descuido reiterado, chantaje, humillaciones, comparaciones destructivas, abandono o actitudes devaluatorias, entre otras; que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de la persona;
- III. Violencia Patrimonial: A todo acto u omisión que ocasiona daño ya sea de manera directa o indirecta, a los bienes muebles o inmuebles, en menoscabo de su patrimonio; también puede consistir en la perturbación a la posesión, a la propiedad, la sustracción, destrucción, menoscabo, desaparición, ocultamiento o retención de objetos, documentos personales, bienes o valores, derechos patrimoniales o recursos económicos;
- IV. Violencia Sexual: A toda acción u omisión que amenaza, pone en riesgo o lesiona la libertad, seguridad, integridad y desarrollo psicosexual de cualquier persona;
- V. Violencia Económica: A toda acción u omisión que afecta la economía del sujeto pasivo, a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas y puede consistir en la restricción o limitación de los recursos económicos; y
- VI. Violencia contra los derechos reproductivos: A toda acción u omisión que limite o vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y voluntariamente sobre su función reproductiva, en relación con el número y espaciamiento de

¹⁵³ *Idem.*

los hijos, acceso a métodos anticonceptivos de su elección, acceso a una maternidad elegida y segura, así como el acceso a servicios de aborto seguro en el marco previsto en los ordenamientos relativos para la interrupción legal del embarazo, a servicios de atención prenatal, así como a servicios obstétricos de emergencia.¹⁵⁴

Es de tal trascendencia el Derecho Penal Familiar, que el legislador del Código que venimos comentando, recurrió a la figura de la equiparación en cuanto a la violencia familiar para incluir otras hipótesis, en las que claramente se determinan, analizando la naturaleza jurídica de los supuestos reseñados en el artículo 201 Bis, que en ellos no hay prácticamente instituciones o vínculos de Derecho Familiar, sin embargo, en virtud de que el bien jurídico protegido, es el derecho a vivir una vida libre de violencia, el numeral citado, dispone, usando la figura de la equiparación, lo siguiente:

Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con las mismas penas y medidas de seguridad, al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado o con quien tenga una relación de hecho o la haya tenido en un período hasta de dos años antes de la comisión del acto u omisión.

Se entenderá por relación de hecho, la que exista entre quienes:

- I. Haga la vida en común, en forma constante y permanente, por un período mínimo de seis meses;
- II. Mantengan una relación de pareja, aunque no vivan en el mismo domicilio;
- III. Se encuentren unidos por vínculos de padrino o madrina;
- IV. Se incorporen a un núcleo familiar aunque no tengan parentesco con ninguno de sus integrantes;
- V. Tengan relación con los hijos de su pareja, siempre que no los hayan procreado en común, y
- VI. Tengan relación con la pareja de alguno de sus progenitores.

Este delito se perseguirá por querrela.¹⁵⁵

Termina este Título, facultando al Ministerio Público, para que ante cualquier tipo de violencia, haga lo necesario para evitarla. Al respecto, el numeral 202, al referirse a estas hipótesis regula lo siguiente:

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 39-40.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 40.

En los casos previstos en este Título, el Ministerio Público apereibirá al inculpado para que se abstenga de ejecutar cualquier tipo de violencia contra la víctima y decretará, de inmediato, bajo su mas estricta responsabilidad, las medidas precautorias necesarias para salvaguardar la integridad física y psíquica de la víctima durante la integración de la averiguación previa y hasta la conclusión de ésta.

En caso de determinarse el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público solicitará al Juez la confirmación, ampliación o cancelación, en su caso, de las medidas precautorias referidas en el párrafo que antecede, quién deberá resolver lo conducente sin dilación.¹⁵⁶

La filiación, el matrimonio y el estado civil son instituciones del Derecho Familiar, que el Penal Familiar regula, para protegerlas y en su caso, sanciona la bigamia para que el matrimonio no se vea afectado. Por lo que hace al estado civil, el artículo 203, regula varias hipótesis, que si se violan, la pena de prisión puede ser de hasta seis años, deeterminando el legislador penal, lo siguiente en el numeral citado: ·

Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

- I. Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda;
- II. Inscriba o haga registrar el nacimiento de una persona, sin que esto hubiese ocurrido;
- III. Omite presentar para el registro del nacimiento a una persona, teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación;
- IV. Declare falsamente el fallecimiento de una persona en el acta respectiva;
- V. Presente a registrar a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda;
- VI. Usurpe el estado civil o la filiación de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan;
- VII. Sustituya a un menor por otro o cometa ocultación de aquél para perjudicarlo en sus derechos de familia; o

¹⁵⁶ *Idem.*

VIII. Inscriba o haga registrar un divorcio o nulidad de matrimonio inexistentes o que aún no hubiesen sido declarados por sentencia que haya causado ejecutoria.

El Juez podrá prescindir de la sanción si el agente actúa por motivos nobles o humanitarios, en el caso a que se refiere la fracción I de este artículo.¹⁵⁷

De lo transcrito, hay que destacar que también se pueden cometer delitos cuando se solicita un acta de defunción, respecto al fallecimiento falso de una persona. Lo mismo ocurre, si al registrar a una persona, son terceros los que se atribuyen la paternidad que no sea propia; así pasa también con los derechos de familia que no les pertenezcan a una persona y los otros supuestos antes transcritos.

Una sanción que se agrega a la pena de prisión contra la filiación, es perder derechos familiares, que incluyen los sucesorios; en este sentido, el precepto 204, describe lo siguiente: “El que cometa alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, perderá los derechos que tenga con respecto al ofendido, incluidos los de carácter sucesorio”.¹⁵⁸

En el Derecho Familiar, el delito de bigamia, se equipara al del matrimonio putativo; en el Código Penal, el artículo 205, explica las diferentes hipótesis de esta unión y la pena máxima de prisión, que puede ser de cinco años; por ello, este artículo, dice que:

Se impondrán de uno a cinco años de prisión y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa, al que:

I Se encuentre unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, y contraiga otro matrimonio; o

II Contraiga matrimonio con una persona casada, si conocía el impedimento al tiempo de celebrarse aquél.¹⁵⁹

La discriminación en el Derecho Penal Familiar, se incluye en el Título que regula los delitos contra la dignidad de las personas. Se imponen hasta tres años de prisión para el sujeto activo de este delito y el artículo 206, incluye hipótesis de odio, violencia, discriminación y va dando los diversos supuestos, como son el sexo, el estado civil, el embarazo y otros; dada su trascendencia, transcribiremos el texto mencionado:

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

I.- Provoque o incite al odio o a la violencia;

II.- Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general;

III.- Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o

IV.- Niegue o restrinja derechos laborales.

Al servidor público que, por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo, niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

No serán consideradas discriminatorias todas aquellas medidas tendientes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos.

Este delito se perseguirá por querrela.¹⁶⁰

El Derecho Penal Familiar, emerge para proteger a las personas en la seguridad de su domicilio y en la paz a que tienen derecho. El Código Penal comentado, al tipificar el delito de amenazas, ordena en el artículo 209, lo siguiente:

Al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, bienes, honor o derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado por algún vínculo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa. Se debe entender como ligados por algún vínculo con la persona:

a) A los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) El cónyuge, la concubina, el concubinario, pareja permanente y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 41.

c) Los que estén ligados con las personas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

Este delito se perseguirá por querrela.¹⁶¹

Los supuestos antes citados, incluyen diversas instituciones de Derecho Familiar, así como la pareja permanente y quienes estén vinculados por amor, respeto, gratitud o amistad.

En los delitos cometidos contra el patrimonio de las personas, el robo ocupa un lugar preponderante, que se agrava cuando se causa un menoscabo a la familia; en este sentido, el artículo 224 del Código analizado, ordena que se aumenten la penas de prisión hasta seis años, si el robo se realiza, aprovechando el ladrón la confusión que puede provocarse por una catástrofe o desorden público, que recaiga en una familia.¹⁶²

El Derecho Penal Familiar, recoge de los delitos cometidos contra el patrimonio, la regla general prescrita en el artículo 246 del Código en estudio, que son específicamente de Derecho Familiar. En este sentido, el precepto ordena:

Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad (sic) hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo. Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

a) 220, cuando el monto del robo no exceda de cincuenta veces el salario, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cuando de las calificativas a que se refiere el artículo 225.

b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235.

c) 237, salvo que el delito se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y

d) 239, 240 y 242;

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235 y 241, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁶² *Ibidem*, p. 43.

El sentenciado ejecutoriado por los delitos de Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta e Insolvencia Fraudulenta, sean perseguibles por querrela o de oficio, podrá obtener su libertad inmediata cuando cubra la totalidad de la reparación del daño y una vez que se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, por parte de la autoridad judicial única y exclusivamente, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querrellanteo denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.¹⁶³

Cuando en los delitos cometidos por pandilla, asociación delictuosa y delincuencia organizada, aparece la familia, la ley específicamente, sobretudo tratándose de menores de edad, regula con todo cuidado la tipificación de esos delitos. En este sentido, el artículo 254 del Código Penal comentado, que sanciona hasta con diez años de prisión a los sujetos activos de este delito, se refiere específicamente en la fracción II a los menores de edad; en la X, a los incapaces; en la XIII, al tráfico de menores y en la XVII, a los menores con discapacidad física o mental. Para mejor ilustrar nuestras afirmaciones, transcribiremos las fracciones señaladas.¹⁶⁴

En la comisión de estos delitos, al utilizar menores de edad o personas incapacitadas, el Derecho Penal Familiar, aumenta las penas de prisión a los delincuentes, en los términos que ordena el artículo 255, que su segundo párrafo que a la letra dice: "...Cuando los miembros de la delincuencia organizada utilicen para delinquir a menores de edad o incapaces, las penas a que se refieren los artículos anteriores -252, 253 y 254- se aumentarán en una cuarta parte".¹⁶⁵

El Título XVIII del Código Penal comentado, legisla sobre los delitos contra el servicio público, cometidos por servidores públicos; en el Capítulo V, al referirse al uso ilegal de atribuciones y facultades, el artículo 268, ordena lo siguiente:

Cuando las conductas previstas en el artículo anterior produzcan beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, concubina o concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte, se impondrán las siguientes sanciones:

¹⁶³ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 50.

Si el monto de los beneficios no excede del equivalente a mil quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a nueve años de prisión y de mil a mil quinientos días multa.

Cuando el monto de los beneficios a que hace referencia este artículo exceda mil quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de cuatro a doce años de prisión y de mil quinientos a dos mil días multa.¹⁶⁶

En esta clase de delitos, el Derecho Penal Familiar, tiene una importancia sobresaliente, porque se va a castigar, además que al funcionario público, a su familia, sea cónyuge o concubina y el precepto va más allá de los aspectos familiares, al fincar una responsabilidad también por vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, como lo expresa el precepto citado.

Otros supuestos de Derecho Penal Familiar, los encontramos en el rubro de los delitos cometidos contra el servicio público por particulares; el Código legisla las conductas ilícitas, el cohecho y la distracción de los recursos públicos; por ello en el numeral 278, refiriéndose de manera expresa a los particulares, que ofrezcan dinero o dádivas a los servidores públicos, a ser sancionados; en este caso, el último párrafo del precepto multicitado, ordena lo siguiente:

...El juez podrá imponer al particular una tercera parte de las penas señaladas en el párrafo anterior, o eximirlo de las mismas, cuando hubiese actuado para beneficiar a alguna persona con la que lo ligue un vínculo familiar, de dependencia o cuando haya denunciado espontáneamente el delito cometido.¹⁶⁷

Es interesante el mandato de la ley, porque como se desprende de su lectura, puede haber castigo o eximir de éste al particular, en los términos expresados.

El Título Vigésimo del Código multicitado, regula los delitos cometidos por servidores públicos, para impedir el adecuado desarrollo de la justicia. Utiliza los términos de denegación o retardo de justicia y prevaricación; en este sentido, de manera específica, determina que debe imponerse una pena de prisión hasta de cinco años, a quien siendo servidor público, caiga en la hipótesis específica de la fracción VII del numeral supracitado; en ésta,

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 51-52.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 53.

surge la hipótesis de Derecho Familiar en los siguientes términos: “Se impondrán prisión de uno a cinco años y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa, al servidor público que:

.....VII. Nombre síndico o interventor en un concurso o quiebra, a una persona que sea deudor, pariente o que haya sido abogado del fallido, o a persona que tenga con el funcionario relación de parentesco, estrecha amistad o esté ligada con él por negocios de interés común.

La misma sanción se impondrá a quien, como intermediario de un servidor público,

remate algún bien objeto del remate en cuyo juicio haya intervenido aquél”.¹⁶⁸

Como parte de este Título, en el Capítulo VI, que se refiere a los delitos cometidos en el ámbito de la ejecución penal, el Derecho Penal Familiar, puntualiza los castigos que se imputan cuando intervienen familiares, que tengan vínculos con los servidores públicos. En este sentido, el artículo 303 de este Código, ordena:

Se impondrán de dos a ocho años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa, al servidor público que:

I. Exija gabelas (tributos) o contribuciones a los encargados o empleados de lugares de reclusión o internamiento, a los internos o a sus familiares, a cambio de proporcionarles bienes o servicios que gratuitamente brinde el Estado, o para otorgarles condiciones de privilegio en el alojamiento, alimentación o régimen;

II. Otorgue indebidamente privilegios a los internos; o

III. Permita ilegalmente la salida de personas privadas de su libertad como procesadas o sentenciadas.¹⁶⁹

La evasión de presos también se vincula al Derecho Penal Familiar, porque establece diferentes sanciones para quienes ayuden a alguien privado de la libertad a escapar de una prisión. Las penas oscilan de dos a diez años de prisión y cuando se trata de que quienes ayuden a la fuga se ubiquen en alguna hipótesis de Derecho Familiar, se hacen acreedores a sanciones menores, que se pueden aumentar si hubiere violencia en la evasión. Al respecto el artículo 307, ordena:

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 57.

Si el que favorece la fuga es el ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, hermano del evadido o pariente por afinidad hasta el segundo grado, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión. Si mediare violencia, se impondrá de uno a cuatro años de prisión”.¹⁷⁰

El Título Vigésimo Primero del Código Penal analizado, regula los delitos cometidos por particulares, ante el Ministerio Público, autoridad judicial o administrativa; de ellos, el encubrimiento por favorecimiento exime a quien oculte al sujeto activo de un delito, a condición de que no hubiere participado en la comisión de éste. Específicamente el Derecho Penal Familiar, recoge esa hipótesis que se expresa en el artículo 321, que determina lo siguiente:

No comete el delito a que se refiere al artículo anterior, quien oculte al responsable de un hecho calificado por la ley como delito o impida que se averigüe, siempre que el sujeto tenga la calidad de defensor, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por adopción, por afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubina o concubinario o persona ligada con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.¹⁷¹

En los delitos cometidos al ejercer una profesión el Título Vigésimo Segundo de este ordenamiento, imputa una responsabilidad a quienes dirijan, administren o trabajen en centros de salud o agencias funerarias, si exigen la contraprestación de manera arbitraria; hay penas de prisión hasta por dos años, que así se regula en el artículo 327, que en este rubro ordena:

Se impondrán de tres meses a dos años de prisión, de veinticinco a cien días multa y suspensión de tres meses a dos años para ejercer la profesión, a los directores, encargados, administradores o empleados de cualquier lugar donde se preste atención médica, que:

Impidan la salida de un paciente, aduciendo adeudos de cualquier índole;

Impidan la entrega de un recién nacido, por el mismo motivo; o

Retarden o nieguen la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiere orden de autoridad competente.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 59.

La misma sanción se impondrá a los directores, encargados, administradores o empleados de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver.¹⁷²

El Título Vigésimo Tercero de este Código, regula los delitos contra la seguridad y el normal funcionamiento de las vías de comunicación y de los medios de transporte, en el apartado que se refiere a la violación de correspondencia, el Derecho Penal Familiar, aparece cuando se habla de patria potestad o tutela. En este sentido, el artículo 333, ordena lo siguiente:

Al que abra o intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, se le impondrá de treinta a noventa días multa.

No se sancionará a quien, en ejercicio de la patria potestad, tutela o custodia, abra o intercepte la comunicación escrita dirigida a la persona que se halle bajo su patria potestad, tutela o custodia.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela.¹⁷³

¹⁷² *Ibidem*, p. 60.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 61.

DERECHO ROMANO Y FILOLOGÍA CLÁSICA

ROMAN LAW AND CLASSICAL PHILOLOGY

Martha Patricia IRIGOYEN TROCONIS**

RESUMEN: En el presente trabajo, la autora reflexiona sobre la relación entre Derecho romano y Filología clásica, vinculando la enseñanza del Derecho romano con la lengua latina, particularmente a través de la materia “Latín Jurídico”. En el artículo, se exponen brevemente los antecedentes históricos entre ambas disciplinas, las circunstancias entre este diálogo interdisciplinario en México y se señalan algunos equívocos en torno a la traducción de términos latinos al español. Finalmente, la autora recomienda el estudio del Derecho romano desde sus fuentes originales para lograr una formación integral en los estudiantes de la Licenciatura de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano, Filología clásica, Latín Jurídico, términos jurídicos, locuciones latinas.

ABSTRACT: In this paper, the author reflects on the relationship between Roman law and classical philology, linking the teaching of Roman law with the Latin language, particularly through the subject "Legal Latin". The article briefly describes the historical background between the two disciplines, the circumstances this interdisciplinary dialogue in Mexico and some mistakes that are noted around the Spanish translation of Latin terms. Finally, the author recommends the study of Roman law from its original sources to achieve a comprehensive training in students of Law.

KEYWORDS: Roman Law, Classical Philology, Legal Latin, Legal concepts, Latinisms.

** Profesora de “Latín Jurídico” en la Facultad de Derecho de la UNAM y Profesora de Asignatura “A” Definitiva por oposición de “Instituciones Jurídico-Políticas Griegas y Romanas” en la carrera de Letras Clásicas de la Facultad de Filosofía y Letras. Investigadora Titular “A” Definitiva de tiempo completo adscrita al Centro de Estudios Clásicos del Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos*. III. *Historia testis temporum, lux veritatis*. IV. *Derecho romano y Filología clásica en México*. V. *¿Traducir o no traducir términos jurídicos latinos?* VI. *Reflexiones finales*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Para participar, por primera vez, en un volumen que reúne artículos variados sobre los múltiples y diversos temas que conciernen a los seminarios que conforman nuestra Facultad, me ha parecido oportuno y conveniente escribir algunas reflexiones acerca de la relación que guardan el Derecho romano y la Filología clásica.

La oportunidad se basa en la línea de investigación que he seguido desde mi ingreso al Centro de Estudios Clásicos del Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM en 1985, especializada en el estudio de las fuentes jurídicas escritas en lengua latina y su traducción directa al español, en el estudio de las instituciones jurídicas y políticas de las civilizaciones griega y romana, así como en el ejercicio docente de las mismas desde un año después.

La conveniencia se fundamenta en la proclamación abierta de algunos principios que vinculan a la enseñanza del Derecho romano con la lengua latina —particularmente, a través de la impartición de la asignatura “Latín Jurídico” en esta Facultad—, la cual ha sido durante doce años ya, una de las experiencias docentes más gratificantes de mi trayectoria profesional.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS¹

Como es por todos sabido, el Derecho romano constituye una tradición intelectual siempre activa, que ha servido para conformar hasta nuestros días la mentalidad jurídica no sólo de los pueblos europeos, sino también de los europeizados en América Latina. Desde la Edad Media el estudio del Derecho romano se dirigía a la formación práctica de los juristas y, por ello, se estudiaba con un método estrictamente dogmático. Por otra parte, el estudio

¹ Por razones de espacio, a continuación presentamos un muy apretado resumen histórico, cuyo contenido puede corroborarse fácilmente en la sección histórica de diversos manuales de Derecho Romano, tales como el de d’Ors, Bernal y Ledesma, Iglesias, Kunkel y Sohm, entre otros, citados al final, en la bibliografía.

romanístico medieval fue filológico pues estaba, sobre todo en Italia, íntimamente relacionado con el de la gramática: el gran Irnerio, fundador de la escuela de los glosadores era, de suyo, un maestro de gramática. El mismo método de comentarios por glosas desarrollado a partir de él, fue rigurosamente filológico.

En realidad, esa actitud filológica y erudita que presidió al renacimiento jurídico del siglo XII, no hizo otra cosa que repetir la que ya se había difundido desde siete siglos antes en las escuelas bizantinas, principalmente en Berito y Constantinopla. El romanismo empieza propiamente allí, y precisamente con el propósito de conservar, custodiar y reproducir los antiguos volúmenes de la jurisprudencia clásica, se fundó en la segunda mitad del siglo IV la Biblioteca de Constantinopla. Que esa actitud erudita y clasicista de los bizantinos hizo posible la magna recopilación de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, está fuera de toda duda, pero no debemos olvidar que esa misma actitud fue la que hizo surgir la escuela de los glosadores en el siglo XII.

Durante el Renacimiento, los humanistas volvieron sus ojos a la realidad histórica de la antigüedad y depuraron el Derecho romano, eliminando todas las superestructuras medievales y todas aquellas configuraciones bizantinas que Justiniano había impuesto en el siglo VI con su codificación. Así fue como surgió una contradicción entre el método medieval de la glosa, practicado sobre todo en Italia bajo el apelativo *mos Italicus*, y el nuevo método humanístico, que se estableció principalmente en las escuelas francesa y holandesa, conocido como *mos Gallicus*. La conservación diligente del texto, el comentario de temas, así como la precisa distinción terminológica, por ejemplo, pertenecían de suyo al quehacer filológico y fue un denominador común entre bizantinos y glosadores: dos momentos de renacimiento del estudio romanístico, que se debieron al impulso indiscutible de la Filología.

Posteriormente, tras la moda racionalista que impulsara a la codificación, el Derecho romano reaparece como un derecho pragmático y dogmático, y se denomina en el siglo XIX “Derecho de pandectas”, hasta que la publicación del Código Civil alemán suprimió toda razón de ser a tal estudio pandectístico, provocando una inevitable derivación del mismo hacia los dominios de la pura Filología.

En el curso de la historia del Derecho romano, se puede apreciar que éste ha cobrado nuevas fuerzas gracias a nuevos y reiterados impulsos de la Filología clásica, que han servido para elevarlo a momentos culminantes, de los que luego ha descendido por el propio peso de su rutina dogmatizante. Desde fines del siglo XIX, en Europa —y quizá más especialmente, en Alemania— se sintió una fuerte tendencia a estudiar los textos jurídicos de la antigua Roma bajo una perspectiva histórico-crítica, en la cual la participación de

la Filología fue determinante para descubrir, entre otras cosas, las interpolaciones introducidas en los textos. Este nuevo impulso de la Filología produjo, sin duda alguna, un resurgimiento en los estudios romanísticos y parece haberlos introducido en una nueva fase de su historia en la que vienen ganando un permanente valor formativo de sentido crítico y antidogmático. Actualmente, prueba de todo ello son, por ejemplo, los congresos internacionales que anualmente organizan diversas organizaciones y asociaciones de romanistas, historiadores del derecho y filólogos clásicos alrededor del mundo, en los cuales se estudian las fuentes antiguas del Derecho desde estas perspectivas, recurriendo siempre a los textos originales en latín.²

III. *HISTORIA TESTIS TEMPORUM, LUX VERITATIS*

Apoyándonos en esta famosa cita de Cicerón: ‘La historia, testigo de los tiempos, luz de la verdad’³, aludimos a la innegable utilidad que representa para todo estudioso, humanista o científico, tener en cuenta, en su circunstancia presente, el tiempo pasado. En el ámbito del Derecho, la experiencia histórica nos ha demostrado cómo la romanística opera, en muy buena parte, a través de “monografías” de palabras, labor en la que la ayuda del filólogo es imprescindible. Viceversa, es muy aconsejable que el filólogo no proceda en sus propias investigaciones sin la asesoría del jurista,⁴ pues sus pesquisas podrían desembocar en equívocos o, quizá, en una pérdida de matices que podría captar mejor con el auxilio de aquel. La tarea del filólogo, en estas traducciones, resulta sumamente interesante, pues debe estudiar a profundidad toda la cultura jurídica de manera no sólo diacrónica, sino también sincrónica, a fin de encontrar los términos jurídicos que, en lengua española,

² Entre ellos se encuentran, por mencionar sólo algunos, los congresos Latinoamericanos de Derecho Romano, los congresos internacionales que organiza la Société Internationale d’Histoire et Droit de l’Antiquité (SIHDA), la Sociedad Española de Estudios Clásicos (SEEC), la Fédération Internationale des Associations d’Études Classiques (FIEC), así como otras diversas asociaciones de filología y estudios clásicos de Europa y América que siempre incluyen en sus congresos una sección dedicada al Derecho romano, a cargo de connotados especialistas.

³ Cicerón, *El orador perfecto*, 2,9,36.

⁴ A lo largo de este artículo me referiré al “jurista” y no al “abogado”, por razones obvias. El jurista (del latín *ius, iuris*) es la persona que estudia o profesa la ciencia del derecho”, mientras que el abogado (del latín *advocatus*) es la persona legalmente autorizada para defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, y también para dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan.

correspondan *exactamente* a los que se traducen, adecuándolos también al estilo propio de cada autor, a la época y circunstancias particulares de la obra de que se trate.

Es cierto que muchos romanistas han optado por traducir los textos latinos que la antigüedad clásica legó a incontables generaciones de juristas y, en muchos casos, se procedió así por estimar que era una concesión obligada a los nuevos tiempos. Pero las concesiones, cuando son obligadas, difícilmente resultan aleccionadoras. Todavía a fines del siglo pasado era frecuente encontrar a algún jurista quien, curtido en el ejercicio de su profesión, afirmara, con evidente satisfacción y hasta con orgullo, que recordaba algunas de las definiciones latinas que había aprendido durante sus estudios de bachillerato, cuando estudiaba “Étimologías Grecolatinas del Español” y, si no se frenaba su entusiasmo, era más que probable que las recitara casi sin tomar aliento. En algunos casos es posible que tal conducta obedeciera a un legítimo anhelo de demostrar sus óptimas facultades mentales, pero también es probable aún que se tratara de una justa estimación de la importancia que tenía, “desde los tiempos del bachillerato”, el conocimiento de las definiciones jurídicas en su lengua original, para ofrecer su alcance y para poder captar su significado auténtico.

IV. DERECHO ROMANO Y FILOLOGÍA CLÁSICA EN MÉXICO

En México, desde 1985, la Filología clásica comenzó a alentar a los estudios romanísticos mediante la creación institucional, en la UNAM, de un grupo de profesores e investigadores tanto del área de las Letras Clásicas, como del Derecho Romano, dedicado al estudio, la traducción y la edición de textos jurídicos pertenecientes a la época clásica y posclásica del Derecho romano.

La labor filológica, en este caso, consiste en la selección de ediciones críticas más autorizadas de los textos que han de traducirse, así como la edición misma que añade al texto original, la traducción, las notas e índices pertinentes, que completan el acceso a las significaciones de ese texto en particular. La finalidad es eminentemente divulgativa, pues se procura hacer accesibles a lectores de cultura universitaria, principalmente juristas, filólogos e historiadores, textos jurídicos importantes por su doctrina o por su significado filológico o histórico-jurídico.

Desde entonces, los trabajos de traducción e investigación han rendido algunos frutos palpables en los once volúmenes que conforman la *Bibliothe-*

ca Iuridica Latina Mexicana, que coeditan el Instituto de Investigaciones Filológicas y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Dichos volúmenes, en formato bilingüe latín-español, constituyen no sólo un material de consulta, sino también un material didáctico de apoyo a la asignatura de Derecho Romano tanto en esta Facultad como en otras facultades de Derecho de diversas universidades del interior del país donde se imparte tal asignatura.⁵

Por otro lado, la Filología también ha brindado apoyo a la carrera de Derecho en esta Facultad. Al cabo de casi seis años de perseverancia y, gracias al apoyo del entonces Director, Dr. Fernando Serrano Migallón, de la entonces Directora del Seminario de Derecho Romano, la Mtra. Sara Bialostosky, y un reducido grupo de profesores romanistas que participaron activamente en el Consejo Técnico de la Facultad –entre quienes, por cierto, se encontraba la Dra. Marta Morineau y de quien siempre tuvimos su apoyo decidido– logramos que, en el año 2000, se incluyera “Latín Jurídico” como asignatura optativa en el nuevo plan de estudios y pudiésemos comenzar a impartirla, ese mismo año, a los estudiantes que cursan del séptimo semestre en adelante. Desde entonces, dicha materia se enseña en un solo semestre, el cual, en realidad, apenas consta de cuatro meses efectivos y, por tanto, resulta insuficiente para todo lo que se podría abarcar sobre todo, pensando en el apoyo que puede brindar a otras asignaturas como el propio Derecho romano (aunque totalmente desfasado ya, pues éste se imparte durante el primer año de la carrera), Derecho civil, Derecho procesal o Derecho internacional, dada la cantidad de latinismos que suelen hallarse en sus contenidos.

Dentro del programa de Latín Jurídico se enseñan no sólo los fundamentos de la lengua latina a partir de su gramática y su sintaxis básica (con el consiguiente y obligado repaso de las mismas en lengua española), sino también se traducen y analizan textos selectos de algunos juriconsultos romanos, especialmente de la época clásica y posclásica del Derecho romano (ss. III-VI d.C.). Dicha traducción implica el correspondiente análisis sintáctico y estilístico de los mismos, así como el de la terminología técnica que en ellos aparece. Para sorpresa nuestra, desde la primera vez que impartimos dicha asignatura, el promedio de estudiantes inscritos por semestre se ha mantenido entre setenta y ochenta por grupo en el horario vespertino, aunque en ocasiones, han llegado a ciento treinta.

Es necesario reconocer aquí que, desde el comienzo de nuestras gestiones durante una última etapa de la Dirección del Dr. Máximo Carbajal, posteriormente, la del Dr. Serrano Migallón, después la del Dr. Ruperto Patiño

⁵ En la Bibliografía consignamos únicamente el utilizado para la preparación de este artículo.

Manffer y, actualmente, por la Dra. María Leoba Castañeda Rivas, así como por el Seminario de Derecho Romano, ahora muy acertadamente representado y dirigido por el Dr. José de Jesús Ledesma Uribe, hemos recibido todo el apoyo para contribuir con nuestro particular granito de arena a tratar de formar mejores estudiantes –y últimamente, mediante un curso de “Lengua Latina I” dirigido a profesores de esta Facultad– para que no sólo aprendan los fundamentos morfológicos y sintácticos del latín, sino que refuercen los conocimientos que tienen de su lengua materna, el español. Personalmente, consideramos que nuestra perseverancia puede traducirse en un nuevo triunfo de la Filología clásica.

V. ¿TRADUCIR O NO TRADUCIR TÉRMINOS JURÍDICOS LATINOS?

Para citar algunos ejemplos de experiencias personales en el ejercicio docente, podemos referir que, desde que cursan las asignaturas “Derecho Romano I y II”, los estudiantes se percatan de que existen ciertos términos, expresiones y locuciones jurídicas latinas de las que es muy difícil lograr una versión equivalente y clara en español. En dichos cursos suelen aprenderse todos esos términos pero, en realidad, desconocen su significado literal. Algunos de ellos son, por ejemplo: *fiducia*, *manus*, *in integrum restitutio*, *ius postiliminii*, *actio familiae herciscundae*, *satisdatio*, *coemptio*, *dilatio*, *capitis deminutio*, *sententia*, *regula*, etc. Sin embargo, estos son algunos de los que no presentan mayor posibilidad de causar desorientación, precisamente porque no suelen traducirse, mientras que existen términos del lenguaje jurídico moderno, derivados de antiguos términos latinos, cuya significación y valor no suelen ponderarse adecuadamente. Veamos algunos ejemplos:

En clase de Latín Jurídico, se analiza que las obligaciones, por ejemplo, serían más fácilmente comprendidas y asimiladas por los alumnos si pudieran adentrarse en el conocimiento de las diversas acepciones del término *reus*, que no solamente se empleó entre los romanos para referirse a un acu-

sado⁶ o a un deudor⁷, sino que también, en ocasiones, se llegó a utilizar para indicar al acreedor.⁸

Así pues, al existir términos latinos con múltiples significados, puede ocurrir que el inexperto traductor elija *justamente* el inadecuado, con las desastrosas consecuencias que fácilmente se pueden prever. Y es ahí donde entra la labor del maestro filólogo, quien con su acostumbrada acuciosidad puede ayudarle a despejar toda duda.

Otro caso es el del vocablo *res*, que sin los debidos matices puede conducir, por ejemplo, a la creencia de que las acciones reipersecutorias son las acciones reales. Creencia no solamente falsa, sino que al aprendiz de jurista le impedirá comprender el pasaje de las Instituciones de Gayo en el que se lee: “*Rem tantum persequimur velut actionibus quibus ex contractu agimus*”.⁹ Una incorrecta traducción en este pasaje de *res* por “cosa”, en vez de “objeto”, que es la traducción exacta, puede dar lugar a que el alumno crea que las acciones reales son las que nacen de un contrato, con lo que tendrá mucho camino recorrido para lograr la reprobación académica. Otro ejemplo ilustrativo está constituido quizá por uno de los términos que más desorientación ha causado, que es el de *animus*, por la amplitud de significados que tiene: inteligencia, madurez mental, memoria, hábito, atención, vigilancia, intención, etc., sobre todo, dentro del tema de la posesión.

También aquí hemos de referirnos a ciertos términos que, en una rápida traducción, pueden quedar “desfigurados”, no porque tengan diversos significados y, en la obligada selección, se cometan errores, sino porque se encuentran en situaciones o contextos político-administrativos o circunstancias culturales ya perdidas o, al menos, superadas en el curso de la evolución histórica. Tal es el caso de la muy frecuente traducción de *peregrinus* por “extranjero”, que no es rigurosamente exacta a nivel de la terminología

⁶ Cfr. D. 48, 2, 1 (*Pomponius libro primo ad Sabinum*): “*Non est permissum mulieri publico iudicio quemquam reum facere, nisi scilicet parentium liberorumque et patroni et patronae et eorum filii filiae nepotis neptis mortem exequat*”.

⁷ Cfr. D. 45, 2, 4 (*Pomponius libro vicensimo quarto ad Sabinum*): “*Duo rei promittendi sive ita interrogati ‘spondetis?’ respondeant ‘spondeo’ aut ‘spondemus’, sive ita interrogati ‘spondes?’ respondissent ‘spondemus’, recte obligantur*”.

⁸ Cfr. D. 46, 3, 34, 8 (*Iulianus libro quinquagensimo quarto digestorum*): “*Quidam filium familias, a quo fideiussorem acceperat, heredem instituerat: quaesitum est, si iussu patris adisset hereditatem, an pater cum fideiussore agere posset. Dixi, quotiens reus satisdandi reo satis accipiendi heres existeret, fideiussores ideo liberari, quia pro eodem apud eundem debere non possent*”.

⁹ Gai, IV, 7.

moderna.¹⁰ Si se ensaya la simple traducción por “peregrino”, forzosamente se suscitará la evocación de difíciles recorridos de creyentes fervorosos y, al mismo tiempo, se oscurecerá la distinción entre *peregrini*, *hostes* y *barbari*. De cualquier modo, la traducción de *peregrinus* por “extranjero” tiene graves consecuencias, ya que perturba la distinción entre el *ius gentium* en sentido teórico y el *ius gentium* en sentido histórico y positivo; la diferenciación entre derecho de gentes entendido como conjunto de normas que se aplican en Roma, por un magistrado romano, a los *peregrini*, y el Derecho común a todos los pueblos. En este caso, lo mejor es *no* traducir el término y, en su lugar, explicarlo. Pero la explicación requiere, naturalmente, no sólo un buen conocimiento del latín, sino de todo el contexto, para ser comprendido correctamente.

Otro ejemplo interesante es el de la evolución histórica de un término que, sin el análisis sincrónico correspondiente y obligado, puede provocar no pocas confusiones. Piénsese en lo extraño que resultaría a un lector superficial la necedad de los plebeyos, al comienzo de la República, en rechazar ciertos “privilegios”, si no se conoce el sentido primitivo del término *privilegium*...

Existe también, por supuesto, la posibilidad de luchar contra traducciones que no son absolutamente incorrectas, pero que sólo son válidas para un período de la historia del Derecho Romano. Este es el caso de la *litis contestatio*. El traducir dicho término como “contestación a la demanda” es una traducción que no corresponde a las épocas anteriores al siglo IV, pues se olvida que *contestatio* no significa “respuesta” o “contestación”, sino “testimonio”. Ejemplo de un texto en el que dicho término tiene este último significado es el de las *Regulae* de Ulpiano, en el que se define el testamento y dice que éste es: “*mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta ut post mortem nostram valeat*”.¹¹

Ahora bien, por otro lado, no puede negarse la existencia de errores en algunas de las etimologías propuestas por los mismo romanos, tales como *manumissio vindicta* (de *Vindicius*) o *servus* (de *servare*). Quizá la más famosa de tales etimologías erróneas sea la de *testamentum*. Para Servio Sulpicio Rufo, el gran maestro de la época preclásica, la palabra *testamentum* era una palabra compuesta, equivalente a *testatio mentis*, es decir, literalmente: “declaración o afirmación de la mente [de un testigo]”, lo cual carece de todo sentido. Aulo Gelio, el enciclopédico gramático, se opuso a tal etimología, recurriendo a la analogía, y afirmó que si se aceptase, habría que concluir que también *calceamentum*, *paludamentum*, *pavimentum* y *vestmentum*

¹⁰ Véase el artículo de Ledesma, “Buscando la intimidad del concepto de *Ius*”, en *Cultura Jurídica*, No. 1, pp. 161-162.

¹¹ Ulp., 20,1.

tendrían que ser palabras compuestas de un modo análogo, donde la segunda parte *-mentum*, sería un derivado del sustantivo *mens, mentis*, “mente, pensamiento”. Respuesta contundente de la gramática.

Por último, no sería justo omitir algún ejemplo en que bajo la apariencia de una etimología discutible, se encierra una afirmación válida desde el punto de vista filosófico-jurídico. Tal es el caso que encontramos al comienzo del Digesto. Después de haber dicho Ulpiano, en el libro primero de sus *Institutiones*,¹² que conviene que el que va a dedicarse al Derecho conozca, ante todo, de dónde deriva el término *ius*, añade que *ius* deriva de *iustitia*... Seguramente no alienta en estas palabras el afán de ilustrar sobre el origen del término *ius*, sino sobre la derivación de la ley positiva de la ley natural. Esta suposición se refuerza teniendo en cuenta que *nomen*, en este mismo pasaje, más que por “nombre” o “término”, debe traducirse por “concepto”, de acuerdo con la relación entre *nomen* y *appellatio*, que figura en otro texto del mismo Digesto.¹³ Por lo tanto, *nomen iuris* no podría significar “el nombre del Derecho”, sino “el concepto del Derecho”.

VI. REFLEXIONES FINALES

La experiencia nos demuestra que, si no activamos el freno de la obligada fidelidad a las fuentes latinas, es decir, a la lengua original, nuestra imaginación, unida quizá a prejuicios nacidos de la dogmática moderna, o simplemente, obedeciendo a la famosa conocida ley “del menor esfuerzo”, puede llevarnos a sustituir términos que utilizaron los juristas romanos por otros del actual lenguaje jurídico, sin reparar en la importancia o las consecuencias de dichos cambios.

Esto sucede cuando el jurista de nuestros días habla de la división del Derecho romano en público y privado y cita a este propósito el texto de Ulpiano, conservado en el Digesto y recogido, en parte, en las Instituciones de Justiniano. La cita resulta inadecuada, porque en ese texto no se habla para nada de *divisio*, palabra que los juristas romanos no dudaron en utilizar cuando se trataba de clasificar cosas o personas, sino de *positiones*, que es algo muy distinto. Partiendo de la idea de división, cuesta trabajo entender el paralelismo entre el derecho público y el derecho privado que se acusa

¹² D. 1, 1, 1 pr.: “*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*”

¹³ D. 50,16, 119: “*Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio*”.

en el pensamiento jurídico romano. Además, no todos los textos jurídicos antiguos han tenido la misma incidencia y repercusión en la terminología que se utiliza en los textos legislativos y en los escritos de los juristas del tiempo presente.

VII. CONCLUSIÓN

Casi podríamos extender *ad infinitum* la relación de equívocos y malas interpretaciones a las que puede llevar el tratar sobre Derecho romano, prescindiendo de los textos latinos originales y basándose sólo en traducciones inexactas, o bien traducciones de traducciones que, a la vuelta del tiempo, incluso llegan a distorsionar el sentido original de los mismos.

Para los alumnos de esta Facultad de Derecho, los futuros juristas, sería muy provechoso tener la oportunidad de adquirir, preferentemente desde el inicio de sus estudios, y no en los últimos semestres de su formación profesional, el necesario conocimiento del latín jurídico y de vivir una auténtica experiencia romana.

Partiendo del hecho de que la investigación filológica implica la comprensión crítica e histórica, el conocimiento científico, la interpretación de la palabra, de los sentimientos y de las ideas de un escritor, la compenetración y comprensión de las formas del mundo antiguo, principalmente de cuantas nos han quedado como patrimonio vivo, sólo así se puede comprender la enorme ayuda que ésta brinda a los estudios romanísticos.

El óptimo estudio del Derecho romano requiere profundizar en sus raíces, en su espíritu, su trasfondo y su trascendencia. Su sentido puede comprenderse mejor en su propio contexto, en sus circunstancias... y desde su propia lengua.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Porrúa, 2010.

CICERÓN, Marco Tulio, *El orador perfecto*, introducción, traducción y notas de Bulmaro Reyes Coria, UNAM, 1999.

Corpus iuris civilis t. I: institutiones. Digesta, 16^a. ed., Theodor Mommsen-Paulus Krueger, Weidmann, 1973.

De verborum significatione-sobre el significado de las palabras (Digesto 50.16), Estudio introductorio, traducción, anotación e índices de Martha Patricia Irigoyen Troconis, 2ª ed., UNAM, 2005.

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., EUNSA, 1997.

GELIO Aulo, *Noches áticas, vol. 3*, Traducción, notas e índice onomástico de Amparo Gaos Schmidt, UNAM, 2006.

HEUMANN, H., y SECKEL, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Akademische Druck – u. Verlagsanstalt, 1971.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 13ª ed., Ariel, 2001.

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Ariel, 1994.

LEDESMA, José de Jesús, “Buscando la intimidad del concepto de ‘Ius’”, en *Cultura Jurídica*, núm. 1, dic. 2010-feb. 2011, pp. 157-174.

LEWIS, Charlton T., *A Latin Dictionary*, Oxford, 1984.

SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Bosch, 1960.

SOHM, Rudolph, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C., 2006.

TALAMANCA, Mario (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Giuffrè, 1989.

Ulpiani liber singularis regularum, Paulus Krueger, Theodorus Mommsen et Guilelmus Studemund (eds.), en *Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani in Usu Scholarum*, Weidmann, 1878.

SEGURIDAD JURÍDICA Y MODERNIZACIÓN EN EL DESARROLLO
DE LA FUNCIÓN REGISTRAL:
EL CASO DE LA CIUDAD DE MÉXICO

LEGAL CERTAINTY AND MODERNIZATION IN DEVELOPING THE
REGISTRATION FUNCTION: THE CASE OF MEXICO CITY

José Guadalupe MEDINA ROMERO*

RESUMEN: Con la implementación de las tecnologías de la información en los procedimientos institucionales y empresariales, las actividades electrónicas han adquirido equivalente valor jurídico que las realizadas en formas tradicionales. El presente artículo tiene el propósito de resaltar los alcances de la modernización instrumentada en el Registro Público de la Propiedad de la Ciudad de México, en particular, dos aspectos concretos: uno, relacionado con el señalamiento de la eficacia y confiabilidad en los servicios de dicha institución como consecuencia de su innovación tecnológica; y otro, para destacar la relación o efectos que representan procesos de modernización con la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Registro Público de la Propiedad, Ciudad de México, seguridad jurídica, eficacia jurídica, tecnologías de la información y de la comunicación.

ABSTRACT: With the implementation of information technologies in institutional and business processes, electronic activities have acquired equivalent legal value than investments in traditional ways. This article aims to highlight the achievements of modernization orchestrated with the Public Registry of Property of Mexico City, in particular, two specific issues: one related to pointing out the effectiveness and reliability of the services of the institution as a result of technological innovation; and another, to highlight the relationship or effects representing modernization with legal certainty

KEYWORDS: Public Registry of Property, Mexico City, Legal Certainty, Legal Effectiveness, Information Technology.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM y doctorando por investigación en su División de Estudios de Posgrado.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Naturaleza y función del Registro Público de la Propiedad*. III. *De la mejora continua y actualización tecnológica del Registro Público*. IV. *Del sistema informático como soporte de la actividad registral*. V. *Del Folio Real Electrónico*. VI. *Del procedimiento de migración*. VII. *Del uso de la firma electrónica en los entes públicos*. VIII. *Firma electrónica y seguridad jurídica*. IX. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En sus inicios, las tecnologías de la información se introdujeron en los diversos sistemas económicos, sociales y políticos por su practicidad que suponía su utilización; superada esa fase, su implementación en los procedimientos institucionales y empresariales paulatinamente comenzaron a demandar que sus actividades electrónicas tuvieran equivalente valor jurídico que las realizadas en formas tradicionales.

El Registro Público de la Propiedad de la Ciudad de México, uno de los más grandes del mundo, tanto por volumen de documentación, como por número de usuarios o por cantidad de registros de inmuebles o personas morales, requiere de rapidez, eficiencia y flexibilidad en la demanda de servicios a través de la inmersión de técnicas que permitan el empleo adecuado de las tecnologías y de sus efectos.

Así, el presente artículo, tiene el propósito de resaltar algunos aspectos concretos de la modernización instrumentada en el Registro Público de la Propiedad de la Ciudad de México, que puedan ser de interés en dos aspectos: uno, relacionado con el señalamiento de la eficacia y confiabilidad en los servicios de la institución como consecuencia de su modernización, y otro, para destacar la relación o efectos que representan procesos de modernización con la seguridad jurídica.

II. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD

Tradicionalmente el Registro Público de la Propiedad ha sido analizado en tres rubros: como *institución*, como *archivo* y como *oficina*.

Como *institución*, de conformidad con el artículo 2º de la Ley Registral para el Distrito Federal (en adelante la Ley), el Registro Público cumple la función de revelar mediante la publicidad de los asientos registrales, la situación jurídica de bienes y derechos, así como de los actos jurídicos que conforme a la ley deben registrarse para surtir efectos contra terceros.

Bajo esa línea, estableceremos una serie de precisiones que nos muestran la naturaleza y función del Registro Público como institución. De acuerdo con ello:

- a) El Registro Público es el órgano del Gobierno del Distrito Federal en el cual se deposita la *función pública registral*, cuyo ejercicio corresponde al Jefe de Gobierno del Distrito Federal a través del Titular de dicha dependencia.
- b) El depositario y responsable de la fe pública registral es el titular del Registro; para el desempeño de la función se auxilia por servidores públicos (Registradores) que examinan y califican los trámites que se presentan.
- c) La función pública registral, referimos, muestra la situación jurídica de bienes, derechos y demás actos que conforme a la ley deban registrarse, a partir de la publicidad de los *asientos registrales*, como las notas de presentación, las anotaciones preventivas, las inscripciones, las cancelaciones y las rectificaciones.
- d) Entonces, la publicidad opera en un sentido material y otro formal; en el primero, surge de manera directa a partir de los asientos registrales; por el segundo, los encargados del Registro Público tienen la obligación de permitir a las personas que lo soliciten, acrediten interés o no, se enteren del contenido de los asientos registrales a través de certificaciones o constancias.¹

De tal manera, el Registro Público de la Propiedad tiene naturaleza administrativa de efectos declarativos,² pues sólo reconoce las situaciones jurídicas de bienes y derechos mediante la inscripción de los documentos que conforme al Código Civil son registrables.³

¹ Artículo 3001 del Código Civil para el Distrito Federal, en adelante, el Código.

² Artículo 3008 del Código.

³ El Código en su artículo 3005 indica: Sólo se registrarán:

- I. Los testimonios de escrituras o actas notariales u otros documentos auténticos;
- II. Las resoluciones y providencias judiciales que consten de manera auténtica;
- III. Los documentos privados que en esta forma fueren válidos con arreglo a la Ley, siempre que al calce de los mismos haya la constancia de que el Notario, el Registrador, o el Juez competente, se cercioraron de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes.

Dicha constancia deberá estar firmada por los mencionados fedatarios y llevar impreso el sello respectivo.

Como institución, el Registro tiene la función de dar publicidad a aquellos documentos que han sido calificados por los Registradores, y que, de haber cumplido con los requisitos legales, darán lugar a la práctica de un asiento que formará parte de un antecedente registral perteneciente a una finca o persona moral. Luego, el Registro dará publicidad de aquellos asientos que conforman el antecedente a través de certificaciones o constancias.

Como *archivo*, el Registro Público se ocupa de mantener unos datos históricos de las propiedades y de sus titulares que organiza como una cuestión de interés y orden público.

Como *oficina*, el Registro se organiza mediante la dirección de personas con formación, remuneración y estabilidad suficiente, como elementos que aseguran la independencia en la actuación del Registrador.

Función del Registro Público

Antonio-Enrique Pérez Luño, distingue la seguridad jurídica en dos sentidos: uno objetivo, otro subjetivo. En sentido objetivo, la seguridad jurídica se manifiesta como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus *normas e instituciones*. En sentido subjetivo, la seguridad jurídica se refiere a la certeza como proyección en las situaciones de la seguridad jurídica en sentido objetivo.⁴

En el aspecto normativo e institucional, la función registral, al igual que cualquier función de naturaleza pública, se haya limitada tanto en su aspecto procedimental como en su aspecto material en aras del respeto a la seguridad jurídica. En el aspecto procedimental, los Registradores se hayan ceñidos a una serie de disposiciones que contienen las directrices del proceso registral. En el aspecto material, entre otras pautas, su actuación debe estar apegada a una serie de principios que acotan la discrecionalidad y arbitrariedad del poder público; concretamente nos referimos a los principios registrales regulados en la Ley y el Código de manera enunciativa y no limitativa, como: el de publicidad, inscripción, especialidad o determinación, consentimiento, tracto sucesivo, rogación, prioridad o prelación y legalidad, legitimación y fe pública registral.⁵ Para José Manuel García, los principios registrales

⁴ Antonio-Enrique Pérez Luño, “Seguridad Jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, 2ª ed., editorial Trotta, 2000, pp. 483-484.

⁵ Artículo 12 de la Ley.

constituyen la serie de requisitos y efectos de la publicidad,⁶ que, como se dijo, constituye la función esencial del Registro Público.

En materia registral inmobiliaria, por ejemplo, la certeza deviene del cumplimiento de los principios registrales, como el de tracto sucesivo, especialidad y legalidad, que restringen el actuar del registrador para asegurar a los terceros de buena fe, adquieran la propiedad sobre bases de certidumbre y confianza en los asientos registrales: así, la certidumbre se traduce de la siguiente manera: certeza del apoyo en un titular anterior que ofrece preexistencia del derecho (*tracto sucesivo*) y la claridad sobre el historial de la finca y los derechos (*especialidad*), o bien sobre el cumplimiento de los requisitos legales de la adquisición (*legalidad*).⁷

Seguridad jurídica y propiedad

Seguridad jurídica y propiedad, son algunos de los derechos cuya tutela incumbe al poder público a través de la función pública registral y la actuación del Registro Público. A continuación nos centraremos en el primer derecho humano con énfasis en la función registral.

En el mundo contemporáneo, podemos concebir a la seguridad jurídica como garantía y como derecho humano. En su aspecto objetivo, esto es, como *garantía institucional*, la seguridad jurídica dentro de la función registral, se basa en un título auténtico generador del derecho y en su publicidad que opera a partir de su inscripción o anotación registral.⁸

En el mundo registral, al referirnos a la seguridad jurídica como derecho humano, lo hacemos en su sentido subjetivo, que consiste en la certeza que se genera a partir de la *publicidad de los asientos registrales* que resultan de la inscripción o anotación del título auténtico generador del derecho.

Así, la certeza jurídica, deviene del aspecto objetivo de la seguridad jurídica a partir de la publicidad de la situación jurídica de bienes y derechos que debe ser, entre otras cosas, clara.

La suma de aquellos dos elementos refleja la seguridad jurídica que el Registro Público está llamado a realizar. La *precisión y claridad (unidad de contenidos)* en la información contenida en el Registro Público son dos elementos claves para alcanzar la certeza jurídica.

⁶ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXX, noviembre-diciembre, núm. 625, 1994, p. 2294.

⁷ *Ibidem*, p. 2243.

⁸ Párrafo segundo del artículo 12 de la Ley.

Por tanto, en el Registro Público, la seguridad jurídica se manifiesta en dos sentidos: a) reconoce la situación jurídica de bienes y derechos y; b) a través de su publicidad, actúa como garante en la preservación o continuidad de aquel reconocimiento y sus efectos. Bajo ese entendido, se da un respeto a los derechos reconocidos a través de su publicidad. En esa doble proyección, se respeta la certeza jurídica para quien le fue reconocida una determinada situación, pero también se garantiza mediante la publicidad de aquella, que los terceros conozcan el estatus jurídico de una finca o persona moral.

Congruente con el marco del Estado constitucional de Derecho, el Registro Público juega una función preponderante en la protección de los derechos de los gobernados al actuar como garante institucional que asegura el respeto y estabilidad de un determinado estatus previamente reconocido por el Estado (propietario, usufructuario, etc.), a través de la publicidad de los asientos registrales; publicidad íntegra, auténtica, clara, precisa y congruente para provocar certeza y por tanto confianza en los gobernados.

Ahora bien, para el desarrollo pleno de la función, existen elementos que generan seguridad jurídica y que devienen del Registro Público visto en perspectiva como archivo y como oficina. Esto es, el archivo y el desarrollo eficiente y seguro de la función, son elementos indispensables que también abonan en la certeza jurídica.

III. DE LA MEJORA CONTINUA Y ACTUALIZACIÓN TECNOLÓGICA DEL REGISTRO PÚBLICO

Los efectos de la incesante revolución tecnológica ha traído como consecuencia el replanteamiento de conceptos e instituciones que aparecían como clásicos. La transformación de sociedades y de nuevos esquemas en la tecnología de la información como producto de la globalización en que nos hallamos sumergidos, impone el cambio en todos los sentidos. El gobierno no es ajeno a la transformación.

La satisfacción de necesidades a cargo del Estado, día a día se haya expuesta a constantes modificaciones y retos por fenómenos económicos, tecnológicos e incluso naturales. Bajo ese esquema, la implantación de políticas públicas tendientes no sólo a la mera satisfacción de necesidades sino a la efectiva y real eficacia en su cumplimiento, es congruente con su obligación de protección y respeto a los derechos humanos.

Sociedad civil y gobierno, están alojados en una dinámica circular que los conecta de manera indisoluble. Como indica José María Serna de la Garza, el último tercio del siglo xx se vio implicado en una serie de reformas que

planteaban la conducción coherente del gobierno, la supresión de constante desconfianza de los ciudadanos respecto de la capacidad y seriedad en el manejo del gobierno, de sus políticas económicas erróneas, del déficit fiscal y de la calidad incierta en los servicios públicos. El resultado fue la introducción de una disciplina financiera que ayudara a combatir los estragos que habían provocado las disfunciones en la conducción del Gobierno y que tuvo cauce en una segunda etapa, conocida como la Nueva Gestión Pública (NGP), que centró sus esfuerzos en lograr una mayor economía, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos mediante la eliminación de programas innecesarios e ineficientes.⁹

En consecuencia, se motivó el rediseño del aparato administrativo, mediante la inserción de técnicas de la iniciativa privada como la medición y evaluación del desempeño, sistemas de presupuestación y control, reingeniería de procesos administrativos, aplicación de tecnologías y controles de gestión.¹⁰ La nueva gestión pública se orientó para traer de vuelta la legitimidad del Estado y con ello la confianza que había perdido.

El Estado mexicano no permaneció estático frente a la situación planteada. En materia registral, el gobierno del Distrito Federal, en coordinación con el Gobierno Federal, venía planteando ya durante varias décadas el rediseño de los Registros Públicos de las entidades para la eficiente pero también eficaz satisfacción de necesidades de los ciudadanos (situación que se vio reflejada en los Planes Nacionales de Desarrollo de 1989-1994, 1995-2000, 2001-2006 y 2007-2012).¹¹

Para el Registro Público del Distrito Federal, el proyecto se concretó en el año dos mil ocho. Se pensó una *modernización integral* como resultado de una política que aglutinó esfuerzos para garantizar la seguridad jurídica. Los avances fueron notables en el ámbito jurídico, organizativo y económico. Se lograron salvar diferencias de orden técnico, político y tecnológico.

El plan de modernización fue enfocado en nueve rubros: 1) Marco jurídico; 2) Procesos registrales; 3) Tecnologías de la información; 4) Gestión de calidad; 5) Profesionalización de la función registral; 6) Políticas institucio-

⁹ SERNA DE LA GARZA, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, IIJ-UNAM, 2010, p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 27.

¹¹ Para un estudio sobre las acciones de modernización en los Planes Generales de Desarrollo, véase PÉREZ BENÍTEZ, Julio A., *El proceso de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad en México*, Memoria del Congreso Internacional de Derecho Registral, del 24-26 de marzo del 2010, Coordinación del Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

nales; 7) Gestión y acervo documental; 8) Participación y vinculación con otros sectores y; 9) Indicadores de desempeño.

Como se refleja, la modernización tenía que abarcar distintos rubros que dieran soporte a recursos de diversa índole, como el económico, técnico y legal. Los cambios en el Registro Público de la Ciudad de México tuvieron impacto en éste, como institución, archivo y oficina. Hacia el interior con impacto al exterior. Sólo por adelantarnos un poco, hacia el interior, el actual registro mediante el folio real electrónico, permite facilitar el trabajo de los funcionarios al reducir costos y tiempo en la generación de servicios; hacia el exterior se deben destacar las notas de sostenibilidad, reducción de costos (como la impresión, el papel, el espacio físico de locales destinados al archivo), la reducción de tiempos de proceso, la eliminación de errores en el procesado de los datos y todas las consecuencias benéficas que produce la interconexión de datos mediante servicios web.

Bajo esa perspectiva, el registro electrónico supone redefinir el flujo de trabajo y todos los procesos que incluye, eliminando los que no sean ya necesarios por obsoletos. El uso de las tecnologías de la información en el desarrollo de las funciones del Registro Público, fue un eje central en la conducción de los objetivos propuestos.

La reforma legal que consiguió dar soporte jurídico a los requerimientos de la modernización registral, se basó en dos aspectos: uno material, que reformuló algunos efectos en el desarrollo sustantivo de la función registral (como otorgar valor jurídico a las actuaciones con firma electrónica); el segundo, de naturaleza formal, que se enfocó en el *modo* de llevar a cabo el desarrollo de sus procesos para fortalecer la función y con ello la seguridad jurídica.

En ese sentido, se acentuó la eficacia del desarrollo de los procesos sin que se afectaran sustancialmente las funciones del Registro. Se diseñó una modernización integral, que fuera superior en eficacia pero no menor en certeza jurídica.

A continuación nos enfocaremos en mostrar cómo las ventajas operativas y controles de gestión, determinaron el uso de nuevas técnicas de trabajo aplicadas a la maximización de la seguridad jurídica como garantía institucional y como derecho humano. Los procesos y herramientas fueron los que se adaptaron a la creciente demanda de servicios registrales que sobrepasaban la capacidad de la institución.

Dos figuras repercutieron en la actividad del Registrador para garantizar la eficacia y la autenticidad de los documentos, encaminados a la satisfacción de necesidades pero también del respeto a la certeza jurídica.

Nos referimos a la introducción de la figura del folio real electrónico como especie del género antecedente registral, y la introducción de la firma electrónica avanzada como instrumentos de seguridad dentro de la función registral. Ambas, constituyen el telón de fondo del respeto a la seguridad jurídica en nuestra persona, bienes y derechos. Su reconocimiento legal y uso, evitan las de prácticas indebidas en el desarrollo de tan delicada y trascendental función jurídica.

IV. DEL SISTEMA INFORMÁTICO COMO SOPORTE DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL

Para el desempeño de la función registral, el registrador operativa y funcionalmente depende del sistema informático, ya que la información registral debe ser consultada por los Registradores para la calificación de los documentos de los cuales se solicite su registro, o bien, para generar su publicidad.

Para ir de manera concreta al folio real electrónico y a la firma electrónica, es menester referirnos al sistema informático. En términos del Código y la Ley, el Registro Público opera con un sistema informático mediante el cual se realiza la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación y transmisión de la información contenida en el *acervo registral*.¹² De tal suerte, que prácticamente todo el procedimiento registral se lleva a cabo a través del sistema informático, y que va desde la asignación del número de entrada hasta la conclusión del trámite y la consiguiente actualización del estado en que se encuentra.

La información almacenada en el sistema informático y los archivos complementarios en tanto que son utilizados para inscribir, asentar, anotar, cancelar, verificar, rectificar, validar y reponer los asientos registrales, así como para expedir certificados, copias certificadas y constancias de los asientos, tienen que ser confiables, libres de manipulaciones y por tanto servir como base de concentración y creación de la información registral.

El sistema informático está compuesto de a) un sistema de procedimiento registral, b) un control de gestión, c) bases de datos y archivos complementarios y d) respaldos. En relación con la seguridad jurídica, el sistema informático importa por las siguientes razones:

¹² El Registro Público, en este aspecto juega un papel importante como visto como *archivo*, ya que él contiene todo el acervo registral.

- a) La creación del folio electrónico, de sus asientos y en general de las actuaciones o resoluciones relacionadas con un trámite para determinada finca o persona moral, tienen cabida en el sistema del procedimiento registral.
- b) La utilización de la firma electrónica opera a través del sistema informático.
- c) Mediante el control de gestión, se incorpora, ordena y archiva la información, relacionada con la situación de los trámites y servicios que presta la institución. Las ventajas son en dos sentidos: los operadores del sistema saben con exactitud el estado que tiene el trámite y su localización, por otro, los usuarios externos, como ciudadanos y notarios, pueden consultar el estado del trámite.
- d) A través de los archivos complementarios, bases de datos y respaldos tales como las constancias de microfilmación, legajos, imágenes digitalizadas e información que obra en sistemas informáticos anteriores, se explota y valida la información registral.

El sistema informático, bajo esa óptica, permite el registro exacto de las operaciones realizadas con un trámite o de operaciones en general sobre una determinada finca o persona moral, a través del seguimiento de cualquier operación realizada. Además, permite la identificación de personas que acceden al sistema y de los movimientos realizados para dar trámite a las peticiones de los gobernados.

V. DEL FOLIO REAL ELECTRÓNICO

El folio real cartular supuso, en su momento, un avance extraordinario para aquellos sistemas registrales que habían dejado atrás el sistema de archivo en función del propietario o de la fecha de los documentos, que permitían con notables dificultades la relación con el propietario y la relación con el inmueble correspondiente.

A diferencia del folio real cartular, el folio real electrónico, permite indexar, buscar, referenciar y conectar los datos contenidos en los distintos campos informativos para alcanzar una disponibilidad absoluta en todos los niveles: jurídico, organizativo, estadístico y económico para sacar el máximo partido al impresionante volumen de información que en ellos se contiene.

Entendemos al *Folio Real Electrónico*, como el conjunto de asientos electrónicos realizados en el formato creado y controlado por medios informáticos referidos a una finca o a una persona moral civil.¹³

Del párrafo anterior, advertimos que el folio real electrónico: a) se forma con el conjunto de asientos electrónicos como son las notas de presentación, anotaciones preventivas, inscripciones, cancelaciones y rectificaciones; b) aquellos son creados mediante formatos a través del sistema informático y; c) que el folio real electrónico, puede contener registros de datos referentes a una finca o a una persona moral civil.

Ahora bien, hemos indicado que el folio real electrónico es una especie del género *antecedente registral*, que en términos de la Ley,¹⁴ es el documento elaborado con sujeción a los procedimientos y formalidades vigentes al momento de su creación.

Lo anterior pone de manifiesto que los procedimientos en la creación de aquellos documentos que contenían el registro de datos referentes a una finca o persona moral, han sido de diversa técnica.

Entonces, no quiere decir que se desconozca el valor del registro contenido en los antecedentes registrales de técnica distinta, antes bien, aquella información se valida mediante el traslado de la información registral de aquellos, al folio electrónico a través del procedimiento de *migración*. De tal suerte que la información contenida en folios o en libros se incorpora al folio real electrónico mediante este procedimiento. Con aquello se pretende dar unidad y coherencia a la información contenida en unos y otros antecedentes registrales.¹⁵

De tal suerte, la Ley reconoce la validez de los documentos que, referidos a registros sobre una finca o persona moral, fueron creados por procedimientos y formalidades distintos al folio real electrónico, y que conocemos como antecedentes de libro o de folio real cartular, documentos que fueron creados por formalidades y técnicas distintas.

¹³ Artículo 3º, fracción III del Reglamento de la Ley Registral y del Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal.

¹⁴ Artículo 3º, fracción IV de la Ley.

¹⁵ A decir de Eduardo Pacheco Ribeiro, la adopción de la técnica del folio permite el mejor ordenamiento del Registro y la individualización de los contenidos registrales. RIBEIRO, DE SOUZA, Eduardo Pacheco, "La oficina registral, la figura del Registrador y los puntos principales del Registro de la Propiedad de Brasil, según los lineamientos de la Declaración de Lima", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXIV, núm. 705, enero-febrero de 2008, p. 327.

VI. DEL PROCEDIMIENTO DE MIGRACIÓN

Ingresado un documento para inscripción o certificación de asientos, se turna al Registrador del área correspondiente, quien calificará la procedencia del trámite y de su migración.¹⁶ De ser procedente, la migración se realizará siempre y cuando los trámites requieran la generación de asientos, como regla general; pero existe una excepción, y se refiere al caso de que, aún y cuando no se solicite la anotación del aviso preventivo en el Certificado de Gravámenes (que de solicitarse si genera un asiento y como consecuencia la migración), se migrará la información.

Así pues, la migración consiste en el traslado y validación de la información vigente, contenida en antecedentes registrales de folio real cartular o libro, al folio real electrónico.

La multiplicidad de antecedentes registrales que contienen registros de una misma finca o persona moral, genera incertidumbre por la fragmentación de la información, que, aunque referidos a una misma finca, se haya dispersa.

La migración supone la concentración de la información registral que se haya dispersa en antecedentes de técnica distinta, en un folio electrónico; además, supone la validación de la información contenida en aquellos para dar plena vigencia al principio de *unidad básica registral*.¹⁷

Las ventajas institucionales con efectos en la seguridad jurídica que supone la migración, son tres: primero, mediante la apertura de un folio real electrónico se concentra la información vigente de una determinada finca o persona moral; segundo, supone su validación; esto es, el traslado de los registros no se da de manera automática pues supone la validación del Registrador de los antecedentes registrales al reconocer la validez formal y material de los documentos creados por formalidades y procedimientos anteriores a la implementación del folio real electrónico.

La concentración de la información registral, delimita los linderos de la claridad y veracidad en la información registral al permitir que aquella se conozca de manera unitaria y coherente.

¹⁶ En el capítulo III del Reglamento de la Ley Registral y del Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal, artículos 64-72, se establece la forma (según sea antecedente registral de libro o folio) y los casos en que será procedente o no la migración de los datos registrales.

¹⁷ El mencionado principio, indica que por cada finca o persona moral, se asignará un folio electrónico, que contiene toda la información atinente a una finca o persona moral.

El tercer punto que debemos destacar, es que no sólo la propia concentración de la información constituye una ventaja institucional, ya que bien podría hacerse esa concentración en formato físico que ahora se implementa en formato electrónico. La concentración *per se* de la información podría ser sólo una forma de seguridad jurídica, pero que podría verse igualmente vulnerada si los procedimientos y formalidades de su creación fueran vulnerables a manipulación como lo son en el formato físico.

Lo que es de resaltar, es que esa concentración de información registral que previamente fue validada por el Registrador responsable de la migración, se incorpora y tiene *permanencia en el sistema informático* a través del procedimiento de migración. Así, la seguridad jurídica viene reforzada de un tercer elemento que armonizado con los otros dos, se convierten en garantía de claridad, coherencia, unidad, integralidad y permanencia en la información con base en la cual los ciudadanos deciden.

Los beneficios no sólo son institucionales, sino también desde la óptica del Registro como archivo y como oficina, que también son aspectos que inciden en la seguridad jurídica. Explicemos por qué:

Como *oficina*, el folio real electrónico permite incrementar la simetría informativa: la información es la misma para todos, y debido a que se concentra en un sólo indicador, se reducen los desplazamientos y tiempos para la obtención de la información. Así, la celeridad en la Institución registral como consecuencia de la eliminación de procesos y de gestión de la información, permite que la negociación y formalización de un acto sea más ágil.

Como *archivo*, el Registro amuralla la información que tiene obligación de custodiar, a través de su resguardo en formato electrónico. El Registro electrónico permite un alto índice de seguridad mediante una política de copias de seguridad de los archivos. Así, en caso de desastre, el restablecimiento de la información es más seguro, sencillo y rápido para evitar afectaciones a los interesados en el sentido de que se conserve su registro o pretendan conocerlo.

Las ventajas del formato electrónico a las del físico, adicionalmente reducen la eliminación (por destrucción o desaparición) o alteración (por raspaduras o tachados) de la información, a través del archivo registral en formato electrónico, que transparenta y hace visible cualquier rectificación de la información del acervo registral.

VII. DEL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS ENTES PÚBLICOS

La firma electrónica es un segundo rubro que fortalece la seguridad jurídica en el desarrollo de la función registral. Cuando hablamos de la firma electrónica, nos referimos al uso de certificados de firma electrónica, al uso de nombres de usuario y contraseñas, no a firmas manuscritas digitalizadas. Como se indicó en la introducción, diversos sectores, sobre todo los empresariales, comenzaron con la implantación de la firma electrónica en sus procesos. Ahora, los entes públicos deben, de permitirlo la legislación correspondiente, utilizar la firma electrónica como su principal herramienta.

La firma electrónica como pieza angular del registro electrónico, por ser administrada por medios que el autor mantiene bajo su exclusivo control, permite identificar, por vía técnica comprobable, la identidad del firmante, los datos que genera y la integralidad de los mismos.

Los objetivos de la implementación de la firma electrónica son agilizar, simplificar, y hacer más accesibles los actos y trámites en que los órganos del Estado intervienen, pero además, en el caso de estudio, la firma electrónica blindará el proceso registral y su contenido.

La firma electrónica como elemento expreso de la voluntad del que la exterioriza, refleja el consentimiento para dotar de validez las actuaciones del poder público. En el Registro Público de la Propiedad, el uso de la firma electrónica se distingue por una situación de fondo, que consiste en la autorización de los asientos y certificaciones para dar publicidad y por otra parte una de forma, pues mediante su uso se desarrolla todo el procedimiento registral para garantizar la integridad y disponibilidad de la información registral.

La introducción y utilización de la firma electrónica, en la Ciudad de México, está regulada por la Ley de Firma Electrónica del Distrito Federal y la autoridad que determina el uso de la firma electrónica en los documentos y asientos registrales relativos al acervo registral, es la Unidad de Firma Electrónica de la Contraloría General del Distrito Federal.

La firma electrónica avanzada debe distinguirse de otro tipo de firmas a partir de su creación y efectos. Veamos:

- a) En la creación de la firma electrónica, intervienen dos actores: la Unidad de Firma Electrónica y los prestadores de servicios de certificación. La primera, es la autoridad facultada para llevar el registro de los prestadores de servicios de certificación. Los segundos, son la persona

- física o moral que expide certificados electrónicos para vincular los datos de firma a su autor y confirmar su identidad.
- b) Los prestadores de servicios de certificación, son los encargados de acreditar en el mundo virtual, la identidad del emisor y receptor de la información y de la autenticidad, integridad y conservación de los documentos generados con la firma electrónica.
 - c) El titular es el único responsable del certificado, por tener éste el resguardo físico y el control personal del certificado electrónico y porque obtiene del prestador de servicios de certificación, datos únicos, claves o llaves criptográficas privadas en la creación de su firma, conocidos sólo por el firmante y almacenados en un dispositivo seguro.
 - d) El titular del certificado de firma electrónica, en este caso, es un servidor público que posee un certificado con validez jurídica.
 - e) En relación con los efectos de la firma electrónica, por ser generada con un certificado reconocido legalmente a través de un dispositivo de creación de firma electrónica, tiene, en relación a la información firmada, un valor jurídico equivalente al de la firma autógrafa.
 - f) De tal surte, la firma electrónica tiene validez en los documentos que emitan los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, en este caso, de la función registral y en la validación de asientos y certificaciones u otros documentos que emitan.

Como se desprende del contenido de los artículos 3067 del Código Civil para el Distrito Federal y 58 de la Ley Registral para el Distrito Federal, los asientos de la clase que fueren, para surtir efectos, deberán contener nombre y *firma electrónica del Registrador*. Bajo ese entendido, los asientos y documentos que mediante su firma electrónica autorice el Registrador, son documentos públicos que tendrán *valor probatorio pleno*.¹⁸

A partir de la recepción de los componentes de la firma electrónica, los firmantes reconocen como propio y auténtico el documento que por su medio se genere.

VIII. FIRMA ELECTRÓNICA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Antes de entrar al análisis de las bondades de la firma electrónica, debemos precisar que la firma electrónica es una herramienta de trabajo, no una fun-

¹⁸ Artículo 28 de la Ley.

ción; por tanto, no puede derivarse de ella la sustitución o eliminación de ninguna de las funciones prestadas por el Estado. La clave es utilizar esta tecnología para el propio refuerzo de la función que éste presta y así añadirle valor a su trabajo.

Entonces, conviene precisar, que las decisiones del Registrador no pueden ser automatizadas ya que en la calificación de los documentos que se le presenten se rige por disposiciones que regulan el procedimiento y la sustancia del trámite de que se trate. El contenido del documento creado (asiento o certificación) es responsabilidad del Registrador que lo válida mediante su firma electrónica.

La utilización de la firma electrónica tiene el sentido de dar autenticidad en la creación del documento, que comprende: a) la identificación del responsable de su creación y la validación del documento creado por el Registrador por haber cumplido el trámite con los requisitos para que sea procedente la inscripción, y; b) que su emisión fue hecha por un servidor público en el ejercicio de sus funciones.

A continuación exponemos las ventajas de la firma electrónica en el desarrollo de la función registral:

1. En virtud de los requisitos y mecanismos empleados en la elaboración y uso de la firma electrónica observamos la seguridad jurídica en el desarrollo de la función, a partir de la autenticidad, integridad, no repudio y cifrado de tiempos y datos de la información registral. Los anteriores extremos, por el uso de la firma electrónica, garantizan, la identidad de los firmantes, su capacidad, atributos, y mediante el cifrado de la información, el momento exacto de la firma.

La identidad de los firmantes queda garantizada por la entrega de una clave única y personal por parte de la autoridad de certificación; la clave de firma, en tanto privada y sólo conocida por él, es responsabilidad del usuario y con ello no podrá alegar no haber firmado un documento asociado a su firma. Así, la autoría del documento y la identidad del firmante, expresan el principio de no repudio de la información, asociado a los sistemas de clave asimétrica.

Firmado el documento y determinada la autoría e identidad del firmante, el siguiente paso será garantizar la integridad del documento. El principio de integridad en los documentos, supone que las actuaciones de los Registradores, como la creación de asientos o emisión de certificaciones, no pueden ser alteradas sin que se detecte su modifica-

ción. Aún y cuando la confidencialidad queda garantizada por medios técnicos a través del cifrado del documento con la clave pública del destinatario, único facultado para descifrar el contenido del mismo, el sistema de firma electrónica permite que el cambio de un solo carácter determine un resumen diferente.

Desde el punto de vista de veracidad en tiempo, a través del sistema de sellado de tiempos mediante conexión con la autoridad que proporciona la fuente de tiempo, se elimina la posibilidad de falseamiento de la fecha del documento electrónico, y con ello, queda legalmente garantizada.

Por otra parte, el uso de la firma electrónica representa la trazabilidad de todas las acciones desarrolladas durante el procedimiento registral, y por tanto, la seguridad jurídica se enmarca en la autenticidad de los documentos generados a través de ella, así como de todas las acciones tendientes a la realización de aquellas, por la seguridad en la constatación de la autoría y datación exacta del documento.

El impacto de la tecnología en la seguridad y certeza jurídica de la actividad registral se cifra en la datación exacta de las actuaciones en el Registro Público, toda vez que la presentación de las solicitudes ante la Institución, es un elemento importante en la determinación de la prelación de los documentos y por tanto, de la preferencia de derechos. En el Registro Público, la solicitud de entrada y trámite y el número de entrada que se le asigna, sirve como elemento probatorio de la prelación de los documentos por contar con el número de entrada, fecha y hora. Así, a través de un sellado de tiempo seguro, se determina de forma incontrovertida el momento exacto (fecha y hora, minuto y segundo) de la presentación del trámite y anula la asignación de números de entrada idénticos para distintos trámites, bien se refieran a la misma finca o a diversas, con lo que se asegura la prelación de los documentos.

Igual valor jurídico se les confiere a las solicitudes electrónicas hechas a través de los servicios web, sean de particulares, autoridades o fedatarios; sin embargo, en el caso de la actuación de los Notarios, se implementó el uso de la Firma Electrónica Notarial, con igual valor jurídico que su firma autógrafa y su sello de autorizar,¹⁹ que puede emplear en

¹⁹ Para una mayor referencia, consultar la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 31 de marzo del 2011, que contiene el Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, y que refieren la implementación de la Firma Electrónica Notarial en la actuación del Notario.

la tramitación de sus actuaciones ante el Registro Público de la Propiedad.

Esa tramitación, se refiere al envío de copias certificadas electrónicas,²⁰ y apunta a la descentralización en el desahogo de los trámites, pero de ninguna manera de la función registral, ya que los servicios registrales se prestarán en la sede del Registro y las solicitudes y su desahogo se podrán hacer en el propio Registro o por vía electrónica²¹.

Finalmente, cualquier persona puede verificar, vía electrónica, la información mediante sistemas seguros de verificación o compulsas electrónicas.

2. A través de la firma electrónica, se formula un control de los procedimientos internos de la institución. Si miramos el Registro Público en perspectiva como oficina, nos daremos cuenta que su organización interna supone la delimitación y realización de determinadas actividades encargadas a una persona. Mediante la firma electrónica, se impide que las actividades y funciones de cada persona puedan ser extralimitadas. Mediante la acreditación de la identidad y capacidad de la persona ante la autoridad de registro, se determinan los atributos del titular de la firma electrónica y con ello los permisos o restricciones para realizar sus funciones.

En ese sentido, se determina la correcta asignación de responsabilidades a partir de los atributos y capacidades que lleve aparejada la firma, como cargos, profesión, representación entre otros, según se acredite ante la autoridad de registro. Así, un empleado del Registro que tenga a su cargo la presentación de documentos, no podrá suscribir con su firma electrónica asientos o emitir certificaciones, pues se restringe su actuar al no incluir su firma dichas facultades.

3. La certeza jurídica se fortalece con el empleo de la firma electrónica, por la seguridad objetiva que proporciona la técnica.

²⁰ Art. 3 fracción IX de la Ley. Copia certificada electrónica: es la reproducción total o parcial de una escritura o acta, así como de sus respectivos documentos del apéndice, o sólo de éstos o de alguno o algunos de ellos, que el Notario expide únicamente en soporte electrónico y que autoriza mediante su firma electrónica notarial. La copia certificada electrónica que el notario autorice será un documento notarial válido jurídicamente y se considerará con valor equivalente a la copia certificada prevista en la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

²¹ Artículo 8 de la Ley.

Para entender cómo se expresa la seguridad objetiva, debemos partir de la distinción entre firma electrónica reconocida y el resto de firmas, como la digital y la avanzada.

La firma digital, representa un método inseguro en la práctica, ya que la misma se refiere a cualquier tipo de señalamiento de la autoría en un documento, y que va desde el simple nombre, al mero escaneado digital de la firma manuscrita del autor.

Una firma electrónica avanzada, supone un primer avance respecto de la firma digital, ya que permite vincular al firmante con los datos generados con la firma y detectar cualquier cambio ulterior de los mismos.

La firma electrónica reconocida además de englobar las características de la firma electrónica avanzada, se basa en un *certificado reconocido y se genera* mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Las diferencias entre unas firmas y otras, resaltan en caso de impugnación. El contenido, tanto de un documento en formato físico o electrónico pueden ser impugnados, por lo que en materia de veracidad no hay diferencia entre documentos tradicionales y electrónicos. La diferencia entonces la encontramos en el cuestionamiento del documento y en la manera de probarlo.

Así, respecto de la autenticidad, un documento se presumirá como tal mientras no se impugne, y si ello ocurre, la comprobación del cumplimiento de los requisitos técnicos por parte del prestador de servicios de certificación, determinará el que un documento se tenga por auténtico no por la aplicación de una presunción, sino como consecuencia de la comprobación técnica realizada.

Cuando se pone en tela de juicio la autenticidad de la firma electrónica, mediante el dispositivo de verificación de firma electrónica, se verifican los datos de su creación para determinar si un documento²² o mensaje de datos,²³ ha sido firmado utilizando la clave o llave criptográfica privada controlada por el firmante, permitiendo asociar la identidad del firmante con el contenido del documento o mensaje de datos por tener éste el resguardo físico y el control personal del certificado electrónico. De tal forma, la información,

²² Que la ley refiere como documento electrónico, y que es el documento o archivo electrónico en cualquier formato sea este alfanumérico, de video o audio el cual sea firmado con un certificado electrónico con validez jurídica. Art. 2 fracción VI de la Ley de Firma Electrónica del Distrito Federal.

²³ Art. 4 fracción VII del Reglamento de la Ley de Firma Electrónica del Distrito Federal, y que es, la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o magnéticos.

documento o mensaje de datos se asocia a la firma, y ésta a la identidad del firmante.

IX. CONCLUSIONES

- I. El Registro como institución, archivo y oficina será más confiable, seguro y eficaz cuando se sustenta en formato electrónico.
- II. Las ventajas que ofrece el registro electrónico y la utilización de la firma electrónica, se revelan como un poderoso instrumento que fortalece la seguridad jurídica, en el sentido de que se ofrece autenticidad, claridad y coherencia en el contenido de la información registral.
- III. El registro electrónico permite una mayor interacción entre la institución y los gobernados, mediante el acceso vía web a los servicios que presta el Registro Público.
- IV. La utilización del registro electrónico como instrumento para la toma de decisiones, facilita el diseño de políticas públicas al permitir la utilización de estadística generada prácticamente en línea y con datos confiables.
- V. La modernización de las instituciones en general, y en particular la que en su momento se gestó y desarrolló en el Registro Público de la Propiedad de la Ciudad de México, es congruente con las exigencias de gobernanza que toda sociedad demanda para el desarrollo de las potencialidades de los individuos.

X. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA GARCÍA, José Manuel, “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXX, noviembre-diciembre, núm. 625, 1994.

PÉREZ BENÍTEZ, Julio A., “El proceso de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad en México”, en *Memoria del Congreso Internacional de Derecho Registral*, del 24-26 de marzo del 2010, Coordinación del Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Seguridad Jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, 2ª ed., editorial Trotta, 2000.

RIBEIRO DE SOUZA, Eduardo Pacheco, “La oficina registral, la figura del Registrador y los puntos principales del Registro de la Propiedad de Brasil,

según los lineamientos de la Declaración de Lima”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXIV, núm. 705, enero-febrero de 2008.

SERNA DE LA GARZA, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.

Legislación

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley Registral para el Distrito Federal y su Reglamento.

Ley de Firma Electrónica del Distrito Federal y su Reglamento.

PARAÍOS FISCALES Y OFICINAS *OFF SHORE*
¿OPERACIONES ILÍCITAS O PLANIFICACIÓN FISCAL?

TAX HAVENS AND OFF SHORE OFFICES
UNLAWFUL TRANSACTIONS OR TAX PLANNING?

Alicia RENDÓN LÓPEZ*

RESUMEN: El presente artículo tiene como propósito aportar la definición, antecedentes y características de los paraísos fiscales y de las oficinas *off shore*; reconociendo su diferencia e interrelación operativa desde una perspectiva académica y didáctica, y desde un enfoque sistémico fiscal nacional e internacional, que nos permita un momento de reflexión sobre este álgido, polémico e interesante tema.

ABSTRACT: This paper aims to provide the definition, history and characteristics of tax havens and offshore offices; recognizing their difference and operational interrelationship from an academic and educational perspective, and from a national and international tax systemic approach that allows us a moment to reflect on this sensitive, controversial and interesting topic.

PALABRAS CLAVE: Paraísos fiscales, oficinas *off shore*, filiales, regímenes fiscales preferentes, paraíso fiscal virtual.

KEYWORDS: Tax Havens, Off Shore Offices, Subsidiaries, Preferential Tax Regimes, Virtual Tax Haven.

* Profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Paraísos fiscales. Concepto, características y antecedentes*. III. *Oficinas off shore. Concepto, características y antecedentes*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Los paraísos fiscales y las oficinas *off shore*, son siempre un tema álgido e interesante dadas sus peculiares características. En la mayoría de veces, su naturaleza y objeto se consideran como operaciones ilícitas; en otras, son consideradas como formas de planificación financiera. Por eso, desde una perspectiva académica, la razón del presente es aportar un concepto y hacer algunos comentarios sobre lo que son y cómo funcionan los paraísos fiscales y las oficinas *off shore*; lo que se hará, básicamente, a través de los métodos histórico, descriptivo, comparativo y hermenéutico.

Es importante mencionar, que esta inquietud de conocer un poco más sobre lo qué son y cómo funcionan los paraísos fiscales y las oficinas denominadas *off shore*, se ha despertado desde el último cuarto del siglo pasado y hasta la fecha, no sólo en los estudiosos de la materia financiera sino en el público en general; siendo un ejemplo de ello, la publicación en México –sin tener la intención de hacer publicidad– del mes de mayo de 2007 de la revista *Muy interesante* en su especial del mes, en cuya página 28 a la pregunta ¿qué es un paraíso fiscal?, se otorgo, a nombre de attac.org, la siguiente definición:

Se trata de un país, territorio o actividad que mediante la concesión de privilegios fiscales, opacidad o secreto bancario pretende atraer inversiones, construir sociedades o acoger a personas acaudaladas. En el mundo existen alrededor de treinta. Atendiendo a su objetivo podemos clasificarlos en los siguientes grupos: los que pretender atraer a personas de considerable fortuna, los destinados a empresas, y los paraísos mixtos. Sus principales características son: confidencialidad, secreto y anonimato respecto a la información de los dueños de las empresas (en muchos casos se permiten las acciones “al portador”), titulares de cuentas, etcétera. Estabilidad política (nadie está dispuesto a estabilizar gran parte de su fortuna en un país asolado por los golpes de Estado), en algunos casos existe un sistema de garantías mediante cláusulas de mantenimiento por un plazo determinado de las condiciones que se hubieran contratado antes del cambio jurídico, o bien de traslado de la sede social y capital depositado en el paraíso fiscal. Divisa fuerte (por razones análogas, nadie deposita gran parte de su riqueza en una divisa en la que se pueden esperar devaluaciones signi-

ficativas). Buena red de comunicaciones: carreteras, aeropuerto, puerto naval (si es posible); en muchos casos se trata de lugares turísticos, de manera que el inversor extranjero aprovecha sus vacaciones para realizar gestiones, depositar dinero... Y suficiente infraestructura jurídica, contable y fiscal, con un buen número de asesores, consultores, abogados, etcétera.¹

Tal información, desde mi punto de vista, es parcialmente cierta y puede ocasionar múltiples confusiones, pues los paraísos fiscales y las oficinas *off shore* no son entes o figuras similares ni mucho menos sinónimos, aunque lo cierto es que se necesitan uno al otro para poder seguir existiendo, de ahí su inseparable relación.

También es importante, no dejar de ver que actualmente existen nuevos *paraísos fiscales... virtuales*, consecuencia natural de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) en la celebración de actividades y operaciones financieras nacionales e internacionales y de la falta de una normatividad fiscal precisa que se aplique a los portales comerciales de la internet; lo que provoca que puedan ser utilizados como instrumentos para la comisión de ilícitos como el lavado de dinero y triangulación de capitales, sin pago de impuesto alguno. Por lo que resulta necesario trabajar sobre un marco jurídico-fiscal para las operaciones comerciales que se efectúan de esta manera, que brinde seguridad y certidumbre, promueva su sano desarrollo en un ambiente de clara información y reporte un aumento en la recaudación hacendaria; requiriéndose para ello, la necesaria intervención de un organismo público nacional que organice, supervise y sancione su actuar ilegal.

Tenemos que dejar claro desde ahora, que una cosa es hablar de paraísos fiscales (territoriales o virtuales) y otra bien distinta de las oficinas *off shore*; aunque insisto, sin olvidar su estrecha relación para existir. Y es a partir de ello, que a continuación daremos cuenta de los mismos.

II. PARAÍOS FISCALES. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y ANTECEDENTES

La discusión pública sobre los paraísos fiscales y sus efectos en las políticas financieras en nuestro país, es ya de larga data. Fue en 1975, en que la revista *Difusión Fiscal* de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, publicó un artículo de Cota Izaguirre, con el nombre de *Fiscalización de las empresas multinacionales, el caso de México* (ponencia presentada en la IX

¹ ATTAC.ORG, "¿Qué es un paraíso fiscal?", en *Muy interesante*, México, Ed. Televisa Internacional, especial del mes, núm. 2, 2007, p. 28.

Reunión del Centro Interamericano de Administradores Tributarios, CIAT, 1975), en la que se manifestó que las empresas multinacionales representaban una parte importante de la economía del mundo y que en la segunda mitad del siglo xx constituyeron uno de los factores esenciales de la creciente interdependencia económico-internacional.

Se señaló también, que en los años de 1950 a 1970 la inversión extranjera se incrementó en nuestro país debido a los atractivos que ofrecía nuestra estabilidad política, un mercado interno en rápido crecimiento, la protección arancelaria y una política de estímulos y subsidios a la inversión, que garantizaban altas tasas de rentabilidad y seguridad en las inversiones.

Y si bien es cierto, ello tuvo efectos benéficos dentro del proceso de industrialización de México, también lo es, que las prácticas a las que recurrían las empresas multinacionales ocasionaron en lo general, importantes consecuencias desfavorables para el desarrollo del país; siendo lo más grave la “la pérdida progresiva de control sobre resortes básicos del proceso económico”² a través de las filiales extranjeras en territorio mexicano, debido a sus prácticas de elusión fiscal por medio de triangulaciones con los llamados paraísos fiscales y elevadas deducciones que hacían las empresas a su ingreso acumulable con el fin de reducir el pago del ISR.

En ese contexto, se explicó que se entendía que existía elusión fiscal:

...cuando un posible contribuyente evita la obligación tributaria utilizando medios no prohibitivos por las leyes para alcanzar su objetivo, salvando la realización del hecho generador o hecho imponible.³

Aclarando que en nuestro país, tuvimos la triste experiencia de la elusión fiscal por pagos cuantiosos, entre otros, por la simulación de transferencia de tecnología, pagos por financiamiento a través de bancos ficticios, sobrefacturación de exportaciones y otros. En cada uno de estos ejemplos, una filial fue el intermedio o instrumento para obtener intereses, utilidades o productos en beneficio de la matriz y en perjuicio de la recaudación de nuestro país.

En mi opinión, Cota Izaguirre, asemeja los paraísos fiscales con las oficinas *off shore* al manifestar que “las empresas internacionales suelen crear los paraísos fiscales, compañías que son un elemento más de su organiza-

² COTA IZAGUIRRE, Eleazar, "Fiscalización de las empresas multinacionales, el caso de México", en *Difusión Fiscal*, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, julio de 1975, p. 6.

³ *Ibidem*, p. 8.

ción con el propósito exclusivo de realizar funciones de intermediación que les va a permitir no generar ISR en nuestro país”.⁴

Pues los paraísos fiscales son territorios físicos o virtuales en donde se asientan o desde los cual operan las oficinas *off shore* (casi siempre empresas multinacionales).

Este problema de paraísos fiscales, no es exclusivo de nuestro país, sino que también muchos otros lo padecieron y lo padecen, o mejor dicho lo padecemos, pues se trata de un fenómeno mundial en razón de las políticas de gobierno en materia de inversión extranjera, de desarrollo y crecimiento de grandes empresas, del incremento del narcotráfico y la evidente *cleptocracia* a todos los niveles de gobierno.

Por eso, se torna importante establecer que entendemos por paraíso fiscal. Casi siempre, cuando hablamos del término *paraíso* surge de inmediato la concepción bíblica, la cual está relacionada con el llamado Paraíso o jardín del Edén, descrito en la Biblia católica en su capítulo 2, versículo 8, de la siguiente manera:

Luego Yavé plantó un jardín en un lugar del Oriente llamado Edén; allí colocó al hombre que había formado. Yavé hizo brotar del suelo toda clase de árboles agradables a la vista y buenos para comer. Y puso en medio el árbol de la Vida y el árbol de la Ciencia del bien y del mal.⁵

Lo referido anteriormente alude a un lugar mítico, de excelsa belleza, tranquilidad, libertad y abundancia de todo tipo de productos naturales. Concepción religiosa que se aleja totalmente de nuestra concepción de *paraíso* asociado al término *fiscal*; por lo menos para nosotros, simples mortales, contribuyentes.

Para Urbina Nandayapa, un paraíso fiscal es “un refugio, un escondite para cualquier persona, donde pueda ver incrementar su inversión sin intervención de ningún órgano del gobierno”.⁶ También suele decirse que esta denominación se aplica a:

...aquellos países que dentro de su administración tributaria, sólo se inclinan por el control efectivo de sus gravámenes indirectos como pueden ser al consumo, a las ventas, entre otros, así como de aquellos impuestos y derechos de carácter local y municipal.

⁴ *Idem.*

⁵ *Biblia católica*, "Génesis 2:8", España, Ediciones Paulinas y Verbo Divino, 1972, p. 43.

⁶ URBINA NANDAYAPA, Arturo, *Los delitos fiscales en México*, México, Editorial Gasca Sico, 1997, p. 29.

Estos países no contemplan normas que controlen las entradas y salidas de capital, ya que a su vez no imponen un impuesto al ingreso.⁷ Hay quienes dicen que los paraísos fiscales “son como medicamentos... con un tratamiento bien diagnosticado, estas recetas económicas proporcionan saludables ventajas tributarias. Pero un empleo incorrecto o cualquier tipo de abuso, termina por provocar gravísimos trastornos con la justicia”.⁸

Para Luis Ordoñez Goncalves, son:

...un lugar donde se entremezclan los altos ejecutivos de las corporaciones financieras e industriales más importantes del planeta, con personajes de la jet artística o social, junto a multimillonarios que compaginan sus ingresos con ocio, todos ellos codeándose con personajes más o menos oscuros y que utilizan los mismos recursos e instrumentos financieros, con los que poder aflorar y utilizar unos capitales conseguidos no sólo a costa de la legalidad vigente, sino muchas veces a costa del asesinato, la extorsión, el narcotráfico o el tráfico de armas.⁹

También suele considerársele como:

...un país, un territorio, una determinada región o también una actividad económica que se busca privilegiar frente al resto, con la finalidad de captar fuertes inversiones, constituir sociedades, acoger personas físicas con grandes capitales, etc. Conforme se puede apreciar, el término “paraíso fiscal” admite múltiples posibilidades, por ello es recomendable utilizar el término “países o zonas de baja tributación”.¹⁰

En México, la Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, los ha definido cómo “aquéllos países que por su estructura jurídica, bancaria, fiscal u organización política permiten la realización de operaciones de manera más ventajosa a la que se tiene en el país de residencia del autor de las mismas”.¹¹

⁷ BETTINGER BARRIOS, Herbert, *Paraísos fiscales*, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002, p. 25.

⁸ ALVA MATTEUCCI, Mario, *Los paraísos fiscales*, consultado el 12 de abril de 2011 en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/52763/los-paraisos-fiscales>.

⁹ ORDOÑEZ GONCALVES, Luis, *Los paraísos fiscales*, consultado el 12 de abril de 2011 en: <http://www.xlugh.com/paraiso.php#PARAISOS%20FISCALES>

¹⁰ ALVA MATTEUCCI, Mario, *idem*.

¹¹ ACADEMIA DE ESTUDIOS FISCALES DE LA CONTADURÍA PÚBLICA, A. C., *Operaciones entre partes relacionadas y paraísos fiscales*, México, Ed. Dofiscal Editores, 1998, p. 44.

Los expertos en la materia también recurren a expresiones y eufemismos diversos parahablardel mismo concepto a saber: adecuada planificación de la fiscalidad internacional, aprovechamiento eficaz de la pluralidad legislativa de la realidad global, centros financieros extraterritoriales, territorios no cooperativos, centros *in shore*, centros *on shore*, empresas criminales, bancos de pantalla, sociedades de pantalla, circuitos *in shore*, economía sumergida, fuga de capitales, paraísos de la subreglamentación, plazas financieras, nichos camuflageados entre la economía oficial y la soberanía de su tutor, territorios de fiscalidad preferente, etcétera.

Cabe decir, que los paraísos fiscales han dejado de ser sólo islas exóticas, antiguos refugios de piratas; y se han constituido como pequeños países que incentivan la domiciliación de corporaciones transnacionales y los servicios financieros para no residentes. Tales corporaciones casi siempre se encuentran bajo la mira de las autoridades hacendarias, máxime cuando se relacionan con estos paraísos, en algunos casos para sancionarlos ante cualquier prueba de ilicitud y en algunos otros... para invertir en ellos.

En el mes de abril de 2009, y a solicitud de los países del G-20, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) publicó la lista de países y territorios considerados como paraísos fiscales, la cual se emitió dividida en colores según el nivel en que los países cooperaban en investigaciones de evasión de impuestos, identificándose 38 países. En la lista negra aparecían Uruguay, Costa Rica, Filipinas y Malasia, quienes posterior a dicha publicación, manifestaron su intención de cumplir con los estándares de la OCDE en material fiscal y fueron excluidas de la mencionada lista; en la lista gris oscuro se señalaron 30 países, entre los que se incluyen Andorra, Barbados, Aruba, Bahamas, Bahrein, Belice, Bermudas, Islas Cayman, Panamá, Liechtenstein y Mónaco; y en la lista gris claro, se colocaron 8 países, entre los que se encontraron Austria, Bélgica, Brunei, Luxemburgo, Suiza, Chile, Guatemala y Singapur.

Este informe modificó al de junio de 2000 en donde se citaban en lista negra 35 territorios como paraísos fiscales, los cuales asumieron el compromiso de modificar sus sistemas fiscales y adecuarlos a los requerimientos de la OCDE, así como cumplir con las cuarenta recomendaciones que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) aprobó en 1990, con la finalidad de establecer directrices para reducir la vulnerabilidad del sistema financiero al blanqueo de capitales, con una especial atención a los paraísos fiscales que son denominados Países o Territorios No Cooperantes (PTNC). Por ese motivo, en junio de 2001 fueron retirados de la lista negra de paraísos fiscales, las Islas Caimán, Las Bahamas, República de Panamá y Principado de Liechtenstein; en octubre de 2002 la República de Dominica, San Vicente y

las Granadinas; y posteriormente retiraron a otros más, sumando 31 países que salieron de aquélla lista negra.

Es de mencionarse que los paraísos fiscales tienen características muy concretas, a saber:

- a) Tienen una fiscalidad ligera, es decir, la tributación de las rentas del capital extranjero es nula o muy reducida.
- b) Asumen poca transparencia informativa.
- c) Son ubicables en algún lugar del mundo, es decir, tienen un lugar de existencia (real o virtual).
- d) Disfrutan de una estabilidad social, económica y sobre todo una estabilidad política, con lo que atraen y garantizan las grandes cantidades de dinero que se invierten en ese país.
- e) Cuentan con vías de acceso, transporte y comunicaciones bien desarrolladas.
- f) Gozan del uso de determinada moneda fuerte (divisa).
- g) Poseen una determinada estructura financiera, especialmente bancaria.
- h) Se encuentran al amparo de la existencia de una legislación tributaria con bajas o nulas tasas de imposición para no residentes, con gran secrecía de los sujetos beneficiados.

Existen paraísos fiscales que dan preferencia a las personas físicas, otros prefieren a las personas jurídicas o empresas y, de igual manera existen los mixtos; elaborándose para cada uno de ellos toda una serie de dispositivos, métodos y estrategias fiscales y financieras legales, que permiten la inversión y la llegada de capitales.

Una importante característica de los paraísos fiscales, es que no es necesario salir de casa para acceder a uno de ellos, en tanto que se puede realizar a través del teléfono y transferencias electrónicas (limitadamente), o mejor aún, a través del correo electrónico y la internet (ésta despliega en un segundo todos los bancos u oficinas *off shore* en el mundo así como su oferta de servicios y requerimientos). Normalmente los pasos a seguir en la internet son los siguientes:

- Se contrata por teléfono los servicios de un abogado residente en el propio paraíso fiscal.
- El abogado constituye la sociedad en su domicilio.
- Inscribe la sociedad libre de impuestos y la hace operativa.
- El abogado envía una copia de la escritura a su cliente.

- El abogado se instituye como el representante legal de la sociedad, en tanto que las *acciones al portador* se conservan como propiedad de su cliente.
- A nombre de la sociedad se realizan una multitud de operaciones.

Los antecedentes más recientes de los paraísos fiscales, datan de los años setenta, formándose sobre todo en la periferia de los países industrializados de América del Norte, de Europa y de Asia. Se dice que aproximadamente, la mitad de ellos bajo la bandera británica, todos los países de Europa tienen su propio paraíso fiscal y a veces dentro de propio territorio.

Se puede explicar que esos pequeños países, conocidos como paraísos fiscales, encuentran vías de negocio en esas circunstancias, dado que no pueden disponer de otros recursos por su misma nimiedad territorial, centrandó sus objetivos en atraer capitales extranjeros con el incentivo de ofrecer mayor rentabilidad financiera y fiscal; y puesto que sus necesidades presupuestarias son obligatoriamente escasas, dado su tamaño y reducida población, lo que pueden mantener es una bajísima exigencia tributaria, y ello les vuelve especialmente atractivos para los capitales extranjeros, compelidos normalmente a cumplir con exigentes sistemas tributarios en sus países de origen. Así, los paraísos fiscales actúan de manera general como atractores internacionales de recursos monetarios, más que como instrumentos de una planificación fiscal. En ese sentido, Enrique Ibañes, manifiesta al respecto:

Lo peculiar es, sin embargo, que no necesariamente los paraísos fiscales se basan en la existencia de un estado independiente, soberano, capaz de mantener sus propias reglas aunque impliquen notoria competencia desleal respecto de otros países, hurtándoles los capitales con sus cantos de sirena. Antes al contrario, los paraísos fiscales suelen mantener relaciones de proximidad con los países depredados. La cercanía no tan sólo es geográfica, sino también política, porque habitualmente el gran Estado depredado por el pequeño país, dicese paraíso fiscal, comparte con él la soberanía, o bien consiente la situación o la soporta con “alegre estoicismo”, sin generar tensiones políticas o denuncias airadas por dicho “descaro fiscal”. Pero no sólo eso, sino que frecuentemente los paraísos fiscales existen dentro de una misma soberanía política, como excepciones a un sistema fiscal uniforme de un único país.¹²

En este orden de ideas, debemos precisar entonces, que los paraísos fiscales son algo más que países marginales, son fundamentalmente creaciones

¹² IBAÑES, Enrique, *Paraísos fiscales*, consultado el 12 de abril de 2011 en: <http://www.eserp.es/art/ppv10.pdf>.

inherentes a la propia existencia de los grandes Estados y de sus necesidades tributarias, siendo verdaderas válvulas de escape a su política fiscal. Forman parte del sistema en sí, son creaciones necesarias para la existencia en sí misma de los fiscos.

Lo anterior tiene sentido y se confirma, si consideramos que todo mecanismo que conlleva algún tipo de regulación o coerción requiere su válvula de escape para que la norma o la represión no lleguen a ser en determinados momentos presionante y exorbitante, a tal grado que origine una resistencia a su cumplimiento. Los sistemas tributarios no son la excepción a dicha regla, así que para que funcionen adecuadamente es necesario que dispongan de reguladores de su presión. El problema surge cuando estos reguladores no están normativamente acotados e irremediabilmente generan, en este caso, un *tax heaven*.

La expresión inglesa *tax heaven* que significa “paraíso fiscal”, en el siglo XVII designaba a aquéllos lugares, por lo general ciudades portuarias de pequeñas islas del Mediterráneo, del Caribe y del Pacífico, que daban cobijo a los piratas y naturalmente a su *botines*, negociando su protección a cambio de jugosas e importantes sumas de dinero como pago; y dado que no existía ni regulación ni control legal de ello, eran verdaderos lugares en donde las actividades de contrabando propiciaban aún más la piratería. Eran verdaderos refugios de criminales.

Por lo que de manera metafórica, en nuestro tema, el sentido de *tax heaven*, no es el de un refugio que atrae a clientes con una menor carga impositiva, sino el de un lugar que ofrece cobijo, protección y secreto a cambio de jugosas remuneraciones. Algunos autores dicen que se trataba de un “puerto de peaje”.¹³

Existen dos formas de calificar a los paraísos fiscales:

- a) Por su anotación en la llamada *lista negra*, la cual normalmente es un listado cerrado, lo que legislativamente se denomina *numerus clausus*. Aunque existen diversas listas, pues algunos países elaboran la propia de acuerdo a sus estadísticas y reportes financieros, generalmente se acepta como oficial la dictada por la OCDE.
- b) A través de un sistema que relaciona la tributación efectiva o nominal del país de origen con la tributación efectiva del paraíso fiscal. Normalmente está establecida en la legislación de ambos países.

¹³ GODEFROY, Thierry y LASCOUMES, Pierre, *El capitalismo clandestino: la obscena realidad de los paraísos fiscales*, España, Ed. Tercera-Paidós, 2005, p. 32.

No queremos dejar de mencionar que, actualmente el mercado de internet propicia operaciones a la manera de paraíso fiscal. Al respecto Gutierrez García, menciona:

Se estima que aproximadamente el 50% de la masa monetaria objeto de transacciones internacionales, ha sido procesada de algún otro modo con la intervención de algún paraíso fiscal, que comprende desde simples transacciones de pago con tarjeta de crédito, hasta colocación internacionales para proyectos gubernamentales.¹⁴

Por su parte el periodista Carlos Fernández Vega, en su artículo llamado *México, atractivo para los paraísos fiscales*, expone:

Sólo en Latinoamérica la cantidad de dinero que se maneja por ingresos del comercio electrónico es de 84.2 billones de dólares en 2003 mientras que en 2002 fueron de 37.4 billones de dólares. La inversión extranjera directa proveniente de paraísos fiscales equivale a un 22% de la inversión extranjera directa efectiva real, siendo esta equivalente a cerca de 573.87 millones de dólares.¹⁵

De las afirmaciones anteriores, se desprende que existen fuertes intereses y volúmenes exorbitantes de capitales tanto nacionales como extranjeros manejándose libremente y sin restricciones por medio de los cybermediarios comerciales. Si bien es cierto que algunas operaciones específicas son válidas y legales también lo es que la internet y los cyberintermediarios comerciales pueden ser utilizados fácilmente y hasta de forma legal para efectuar operaciones ilícitas como el lavado de dinero con resultados negativos para las finanzas nacionales así como para la recaudación fiscal nacional.

En nuestra legislación hacendaria nacional, la regulación de los ingresos en regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales se encuentra en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en donde se les define como los obtenidos en lugares donde no se han gravado o se paga unimpuesto sobre la renta inferior al 75 % de lo que se pagaría normalmente en el país. En ese orden de ideas, en las operaciones comerciales efectuadas a través de la internet (lugar virtual) a nivel nacional ya se observa esta característica, ya que no se cobra impuesto alguno al efectuarse éste tipo de operaciones, de manera similar a las llevadas a cabo en los lugares de regímenes fiscales

¹⁴ GUTIERREZ GARCÍA, Manuel, *Operaciones entre partes relacionadas y paraísos fiscales*, México, Editorial Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, 1997, p. 45.

¹⁵ Véase, FERNÁNDEZ VEGA, Carlos, "México, atractivo para los paraísos fiscales", en *La Jornada*, sábado 9 de junio de 2007, p. 22.

preferentes. Las ventajas tecnológicas que ofrecen las operaciones realizadas por medio de la internet propician la evasión de impuestos y que dichas operaciones ilícitas pasen inadvertidas, como sucede en los paraísos fiscales. Por lo que la internet puede ser usada como un verdadero refugio o escondite virtual.

Es importante mencionar que efectivamente hay grandes problemas para regular el mercado de la internet y las operaciones en ella realizadas, como son: la dificultad de determinar la jurisdicción de las operaciones realizadas, el establecimiento de cargas impositivas ante la imposibilidad de determinar dónde está la fuente de riqueza o la residencia, la complejidad para identificar a las partes que participan, etcétera. Aunque el mayor problema es, quizás, los fuertes intereses extranjeros que ven afectadas sus ganancias millonarias ante cualquier intento del legislador nacional por establecer un marco legal que las grave. No obstante consideramos que es necesaria una regulación especial para el comercio electrónico, pues sólo de esa manera, dejará de ser un paraíso fiscal virtual.

III. OFICINAS *OFF SHORE*. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y ANTECEDENTES

Como lo hemos anotado anteriormente, desde tiempos antiguos, ciertos territorios, a menudo las islas del Mediterráneo, del Caribe y del Pacífico, constituyeron zonas de cobijo, refugio y protección para los piratas y las mercancías que obtenían ilícitamente conocidas como *botín*, a cambio de importantes sumas de dinero.

Las islas de Man, Las Bahamas, Liechtenstein, Suiza y Luxemburgo se colocaron como lugares con las primeras manifestaciones económicas (1920-1930) para liberar las grandes fortunas de los impuestos. Tras la crisis social, política y económica en todo el mundo de 1929, la presión fiscal aumentó en los países desarrollados y se generó una notable desigualdad con las legislaciones de zonas de débil fiscalidad, como Suiza, Luxemburgo y Mónaco, entre otros.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, esta presión económica se acelera y propicia que ciertos Estados, especialmente de América Latina, desarrollen como estrategia económica para allegarse de recursos, conformarse en territorios con legislaciones tolerantes para seducir a los grandes detentadores de capitales, creándose así los paraísos fiscales.

Más adelante, ya en los años setenta, se habla y reconoce una nueva denominación: paraísos bancarios o centros financieros *off shore* (fuera de los

límites) que operaban desde un paraíso fiscal. Sobre éstos, algunos se manifestaron de la siguiente manera:

La formación de enormes masas de eurodólares que buscaban evitar las restricciones a la remuneración del ahorro en Estados Unidos, pero también y sobre todo el exceso de dólares puestos en circulación por este país para su beneficio, comienzan a generar lo que más tarde será una burbuja “financiera”. Los años setenta constituyen la fase siguiente del desarrollo de los paraísos bancarios y fiscales, pues se convierten en uno de los elementos estructurantes de la mundialización financiera que prospera de eurodólar en petrodólar, a favor de los cambios flotantes sobre las cenizas de Bretton Woods (fin de la convertibilidad de dólar en oro en 1971). Todos los grandes establecimientos financieros, favorecidos por la plaza financiera de Londres, ganaron con el desarrollo de estas zonas de baja o nula fiscalidad, haciendo circular los capitales nómadas en busca de beneficios. De este modo, mundialización financiera, paraísos fiscales y dinero sucio se desarrollan de modo concomitante.¹⁶

Hemos de decir entonces que las oficinas *off shore* son empresas, sociedades y/o entidades financieras enclavadas o asentadas en algún paraíso fiscal, que se han constituido al amparo de dicha legislación tributaria de baja o nula imposición fiscal, lo cual las convierte en entidades financieras físicas o jurídicas, perfectamente integradas en las estructuras legítimas del comercio y las finanzas internacionales, y que han desarrollado una estrategia y estructura sofisticada de protección fina y más flexibles a costos, actuando conforme a los requisitos legales exigidos por cada país y con un uso de tecnología especializada.

Son sociedades registradas en países de baja o nula fiscalidad que son utilizadas por particulares, empresas y Estados desde hace más de 40 años para todo tipo de operaciones financieras y comerciales.

En realidad, en muchas ocasiones, las oficinas, empresas o sociedades *off shore*, son creaciones ficticias de los países más desarrollados, que operan con estas figuras jurídicas sofisticadas y complejas estructuras de gestión, tales como: sociedades fiduciarias, secretos bancarios, exenciones fiscales y laxitud legislativa. Al respecto, Thierry Godefroy y Pierre Lascoumes exponen que:

¹⁶ ATTAC, "Los paraísos bancarios y fiscales Agujeros negros de las finanzas mundiales", en *Revista mensual de política y cultura*, consultada el 12 de abril de 2011 en: <http://elistas.net/lista/andalucialibre/archivo/indice/91/msg/136/>

Ninguno de estos *paraísos de la subreglamentación* habría podido existir y prosperar sin el beneficio y, en algunos casos, la solidaridad de algunos grandes Estados. Dos terceras partes de los países listados de la OCDE y otros organismos internacionales son territorios que dependen de grandes Estados.¹⁷

Hoy en día la demanda de las compañías *off shore* ha experimentado un alto crecimiento, especializando sus servicios y garantizando su discreción, apareciendo día a día nuevos centros financieros *off shore* en los lugares más inesperados del mundo, compitiendo con los ya establecidos.

La filosofía de tales empresas, sociedades y corporativos es que el uso de estas compañías no implica que se esté defraudando a Hacienda, pues para ellas, defraudar significa ocultar ilegalmente los beneficios obtenidos; en cambio, evitar la carga de determinados impuestos es planificar las actividades mercantiles y financieras de una manera legal con el fin de reducir la carga fiscal, estos es, un trabajo fino de planeación financiera. Para filosofías como éstas, utilizar paraísos fiscales de una manera conveniente consiste, pues, en trasladar el hecho imponible a una zona más ventajosa, desplazándolo de zonas de alta fiscalidad a otra de baja o nula.

En una oficina *off shore* o en un centro financiero *off shore* encontramos las siguientes características:

- a) Se constituyen con una duración limitada.
- b) Sus operaciones son transparentes pues son legales y reguladas por las leyes en donde fue constituida y su política es de opacidad financiera
- c) Ofrecen intercambio de información inmediata y electrónica entre algunos países.
- d) Se ubican en países con baja o nula imposición fiscal (paraísos fiscales), pues de ello depende la estrategia e instrumentos correctos para invertir y lograr el mayor rendimiento.
- e) Tienen una legislación innovadora, en la cual el secreto bancario es figura vital para el desarrollo de la sociedad *off shore* en beneficio de los clientes.
- f) Mantienen una infraestructura sofisticada, en tanto que son instrumentos de protección fina y más flexibles a costos; pues en sus estructuras *off shore* actúan conforme a los requisitos legales exigidos por cada país, con uso de tecnología especializada y en países de baja fiscalidad.
- g) Se conforman con una comunidad profesional desarrollada; son firmas legales internacionales que se especializan en la formación y la

¹⁷ *Op. cit.*, nota 13, p. 29.

dirección de estructuras *off shore* que facilitan la apertura de cuentas bancarias, cuentas de corretaje *off shore*, adquisición de licencias para bancos, instituciones financieras (no bancarias), protección y maximización de crecimiento de activos, tarjetas de débito *off shore* (sin límites obstaculizantes), pagos de inmediato, ningún límite de cantidad, ninguna explicación, privacidad, reducción fiscal y conducción de los asuntos financieros desde el lugar del negocio o fuera de él, en virtud a la flexibilidad de las leyes tributarias que rigen en la ubicación de la *off shore*.

- h) Prestan servicios, generalmente de consultoría internacional para que toda transacción comercial sea firmada y ejecutada a través de la sociedad *off shore*; de protección del patrimonio mediante la adquisición de propiedades a través de la misma sociedad, garantizando la posesión de las mismas al margen de las posibles responsabilidades personales que el auténtico propietario pueda acumular durante su vida profesional o empresarial, así como de sucesivas transmisiones que bajo la misma forma operacional se podrán llevar a cabo libres de impuestos; de confidencialidad, cubriendo la identidad de los propietarios o clientes; y de disposición de una gran gama de bancos y sucursales en diversos paraísos fiscales desde donde se pueda realizar cualquier transacción financiera con los mejores intereses y libres de toda carga fiscal.

De tales servicios y de numerosos ejemplos de casos de la vida real a nivel mundial, se ha considerado que la mayoría de los recursos con las que operan estas empresas, son provenientes de acciones delictivas y que a través de tales servicios se blanquean.

No debe olvidarse que los recursos que ofrecen estos centros *off shore* están estrechamente relacionados con el funcionamiento del comercio y las finanzas internacionales; así como con la interdependencia de los circuitos denominados *in shore* (del mismo Estado en el que se encuentran radicados y amparados) y *on shore* (territorios dependientes de otro, Estados asociados o pseudoestados). Pero no a todos interesa o conviene recurrir a una oficina *off shore* domiciliada en un llamado paraíso fiscal, sólo aquellas personas físicas o empresas con importante patrimonio en movimiento, no necesariamente obtenido de manera lícita.

Es de mencionarse que este tipo de servicio, que fue inventado a finales del siglo XIX, se diversificó a lo largo de todo el siglo XX y adquirió vital importancia política en la década de los 70, en donde se percibe a estos cen-

tros *off shore* como una técnica para defraudar y generar pérdidas al erario público del país del *inversor*.

Las empresas multinacionales y transnacionales supieron captar perfectamente los recursos que ofrecían estas empresas en su estrategia de evasión fiscal a través de filiales situadas en territorios de baja presión fiscal, facturando a dichas filiales toda operación realizada.

La década de los 90 se marca con el oprobio hacia tales empresas y la intención de acabar con estos instrumentos mediáticos que también sirven al crimen organizado. En esta época se menciona el proyecto de crear una lista de *centros off shore* y la necesidad de reforzarla cooperación judicial.

Aparece la técnica de los *transformer* en Estados Unidos, la idea consistía en disociar la propiedad jurídica de la deuda y el riesgo de crédito asumido ante un tercero a través de contratos que permitían transferir este riesgo entre dos partes.

Las compañías de seguros también intervinieron en este mercado, marcando los límites de sus operaciones con reglas prudenciales más favorables, gracias a menores obligaciones de provisiones mínimas; además, si se registraban parte de sus operaciones de derivados de crédito en instrumentos especiales o vehículos *ad hoc* o *special purpose vehicles* (SPV) en zonas *off shore*, se aprovechaba una reglamentación contable y prudencial más flexible. De esta forma los bancos podían utilizar un vehículo, llamado también *transformer*, para transformar un derivado de crédito en contrato de seguro.

En este siglo, ya no se considera a los centros *off shore* y a los paraísos fiscales como habilidosos o planificadores financieros sino como verdaderos cómplices de actividades criminales. Surgiendo así en el 2003, la *lista negra* de los paraísos fiscales, en los cuales operaban las oficinas *off shore*.

Es importante anotar que, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada (ratificada, entre otros, por España, el 21 de febrero de 2002) tiene la finalidad de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente toda forma de delincuencia organizada, entre las cuales se encuentra el blanqueo de dinero, en tanto origina efectos adversos a la sociedad en general y al desarrollo económico sostenible de los países.

De igual manera, el Comité de supervisión bancaria de Basilea (diciembre de 1988) publicó un Acuerdo sobre la utilización del sistema bancario por la criminalidad, en el que apelaba a un mayor compromiso y diligencia para impedir que el sistema financiero fuese utilizado con fines ilícitos, apelación que por otra parte, no iba más allá de plantear la verificación de la identidad de todos los clientes, de los titulares de cuentas, especialmente, en las transferencias transnacionales.

La OCDE fue mucho más explícita, en 1998 publicó un amplio Informe sobre la *competencia fiscal nociva* en cuya introducción señaló que la intención del informe era desarrollar un mejor entendimiento de cómo los paraísos fiscales y sus prácticas fiscales nocivas afectaban y erosionaban las bases imponibles de otros países, pues disminuían la posibilidad de ubicación de actividades fiscales y otros servicios.

Cabe tener en cuenta también, que el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, aprobado por el Consejo Europeo el 28 de abril de 1997, planteó que la necesidad del mismo provenía de que:

La delincuencia se está organizando día a día a través de las fronteras nacionales aprovechando la libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas. Las innovaciones tecnológicas como Internet y las operaciones bancarias electrónicas están resultando ser vehículos extraordinariamente bien adaptados tanto para cometer delitos como para transferir los beneficios resultantes de los mismos en actividades de apariencia lícita. El fraude y la corrupción adquieren proporciones masivas, defraudando tanto a los ciudadanos como a las instituciones cívicas por igual.¹⁸

Por lo que en dicho plan de acción se contemplan, tanto medidas preventivas como represivas, a partir de identificar la obtención de beneficios económicos aprovechándose de las ventajas que ofrecen las formas modernas de comunicación para su ocultación con rapidez y el anonimato.

Es vital considerar que esta delincuencia transnacional opera a través de dos estrategias concurrentes:

- Realizar las actividades donde la sanción penal es menor o nula, reduciendo al mínimo el riesgo penal.
- El aprovechamiento de las oportunidades que ofrece el mercado lícito para obtener beneficios mayores que no obtendría a través de una actividad mercantil lícita.¹⁹

¹⁸ *Plan de Acción para Luchar Contra la Delincuencia Organizada*, aprobado por el Consejo Europeo el 28 de abril de 1997, consultado el 21 de abril de 2011 en: <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i154.pdf>

¹⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, *Delincuencia financiera y paraísos fiscales*, conferencia pronunciada el 31 de mayo del 2004 en las "Jornadas de Catalunya contra la delincuencia financiera y los paraísos fiscales", consultado el 22 de abril de 2011 en: <http://www.gestiopolis.com/Canales4/factoria/134.htm>

Aunque también debe decirse, que el desarrollo de Programas y Convenios europeos vigentes, resultan aún insuficientes como instrumentos para la persecución de la delincuencia económica internacional.

Por otro lado, lo que no deja lugar a duda, es que efectivamente, llámese paraíso fiscal u oficina *off shore*, ambos son instrumentos en beneficio de unos pocos (criminales o no) en perjuicio de los Estados depredados. Por lo que las consecuencias de evasión fiscal y blanqueamiento de dinero, especulación e inestabilidad monetaria, no se han hecho esperar ni se han detenido.

Algunos dicen que, desarrollar sanciones internacionales contra los territorios que sirven a la criminalización de la economía mundial, llevar a cabo un embargo informativo sobre los bancos *off shore* para impedir las transacciones con las plazas financieras principales; anular toda transacción comercial con un establecimiento bancario situado en un paraíso fiscal y el establecimiento de una jurisdicción supranacional para perseguir el crimen económico, podría ayudar a resolver o intentar resolver esta problemática internacional; pero ninguna de estas acciones a la fecha se ha llevado a cabo.

En algunas entidades de nuestra hermosa república, como Saltillo, Guaymas y el Golfo de California, entre otras, encontramos, compañías o sociedades denominadas grupos *off shore*, que ofrecen planeación e infraestructura internacional en diversas áreas como la automotriz, instrumental médico, aeronáutico, eléctrica, óptica, etcetera, con reducción de costos, contenido con altos requerimientos en ingeniería, consideraciones de propiedad intelectual, solución de problemas en ajuste de inventarios, rigurosa calidad, reducción de cuotas aduanales y base de clientes globalizada.

Las empresas que deciden utilizar los servicios de estas sociedades, por ejemplo las maquiladoras, lo hacen por medio de la firma de un contrato con una oficina *off shore* internacional, y operan en México bajo el marco legal del país en donde se encuentra domiciliada la mencionada oficina, normalmente en los EUA; esto les permite a las empresas de manufactura reducir su riesgo significativamente y evitar muchos de los gastos de arranque y disposición de capital típicamente asociados con estas empresas. En estos casos, el servicio *off shore* puede incluir:

- Administración de recursos humanos y de personal.
- Servicio médico para empleados en el lugar de trabajo.
- Administración de nómina.
- Administración contable.
- Administración del parque industrial.
- Servicios ambientales y de adquisiciones.
- Asistencia con gobierno y comunidades.

En nuestra legislación fiscal mexicana, es a partir del 1° de enero de 1997 que se reguló por primera vez, de manera directa en nuestra Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR), a las inversiones en paraísos fiscales que en ese entonces fueron denominados como Jurisdicciones de Baja Imposición Fiscal (JUBIFI); y aún cuando nuestra legislación no aportó una definición sobre lo que debemos entender por esa expresión, diremos que su función principal fue la de evitar la causación de impuestos presentes o futuros o el diferimiento a tasa muy baja de su pago, únicamente a las personas físicas o jurídicas no residentes en la JUBIFI, tanto por actividades realizadas fuera de su territorio como dentro del mismo; así como la de evitar la aplicación de disposiciones en material de control de cambios, ocasionando con ello, que las empresas que invierten en este tipo de regímenes tengan un desarrollo más acelerado y productivo.

Se observa también, que en una jurisdicción de baja imposición fiscal hay ausencia de tratados sobre doble tributación y de intercambio de información fiscal, en tanto que la secrecía y confidencialidad de las operaciones que por su conducto se realicen, son elementos de existencia de estos regímenes, por obvias razones.

Como resultado de la novedad en el régimen y de una serie de puntos que no quedaron adecuadamente regulados, durante 1997 se tuvieron que emitir una serie de reglas a través de la Resolución Miscelánea (RM), la mayoría de las cuales se incorporaron en la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) a partir de 1998, incluyendo conceptos como inversiones a través de empresas interpuestas entre el inversionista y la JUBIFI, algunas recepciones al régimen, etcétera. También, con el tiempo se reestructuró y amplió la lista de países considerados como JUBIFIS. En 1999 se eliminó la distinción que se hacía entre inversiones directas e indirectas, equiparando el tratamiento fiscal para ambas, y se incorporaron reglas adicionales, que en su gran mayoría permanecieron en vigor hasta el 31 de diciembre de 2001.

El régimen fiscal mexicano aplicable hasta entonces a las inversiones en JUBIFIS, previsto primordialmente en la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) de 2001,²⁰ se podían resumir en los siguientes conceptos:

- a) La obligación de gravar, en algunos casos, los ingresos provenientes de TERREFIPRES desde el momento en que estos se generaban o devenían, aun cuando el inversionista mexicano no los hubiera percibido efectivamente en México o en el extranjero.

²⁰ *Ley del Impuesto Sobre la Renta*, México, Editorial ISEF, 2001.

- b) Gravar estos ingresos en forma aislada (régimen cedular), sin adicionarlos a los demás ingresos acumulables obtenidos por el inversionista residente en México, o sin poder compensar las pérdidas derivadas de estas inversiones contra los demás ingresos acumulables.
- c) La obligación de presentar anualmente, una declaración informativa ante las autoridades fiscales, en la que los residentes en México, fueran personas físicas o morales, manifestarán las inversiones que hubieran efectuado o mantenido en TERREFIPRES, así como los depósitos y retiros efectuados en los mismos, en el ejercicio inmediato anterior, en cualquiera de los instrumentos u operaciones reguladas bajo esta figura.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR), vigente a partir del 1° de enero de 2002, prácticamente no contuvo cambios de fondo respecto del régimen de JUBIFIS aplicable hasta el 31 de diciembre de 2001, salvo algunas excepciones. Una de ellas se refirió a que la obligación de presentar la declaración informativa sólo se aplicaba cuando se obtenía ingresos derivados de las inversiones en TERREFIPRES, y no como sucedía hasta el año 2001, que debía declararse cualquier inversión aun cuando no generara ingresos gravables.

Por otro lado, hubo cambios de forma: el primero de ellos se refiere al cambio de denominación para este tipo de inversiones (de JUBIFIS a territorios territorios fiscales preferentes TERREFIPRES), y el segundo, a la agrupación, en un solo conjunto de artículos, de las disposiciones aplicables tanto a personas físicas como a personas morales residentes en México que efectuaban este tipo de inversiones. (Capítulo 1, del Título VI de la LISR relativo a empresas multinacionales).

Un último cambio, éste sí de fondo, aunque no relacionado directamente con el régimen de TERREFIPRES, es aquel referido a las inversiones en acciones de empresas mexicanas en una persona moral ubicada en dichos territorios, y sobre las cuales se otorgaron ciertas facilidades para reubicar tales valores en una empresa residente en México del mismo grupo, mediante el pago de una tasa reducida de impuestos equivalente al 1.8% de su valor de mercado. Esta facilidad estuvo prevista para aplicarse exclusivamente en el año 2002 y efectivamente no se prorrogó para 2003.

Por lo que se refiere a los cambios introducidos a partir del 1° de enero de 2003, éstos fueron mínimos y consistieron básicamente en establecer que podrán no ser considerados como TERREFIPRES aquellas localidades incluidas en la lista contenida en la LISR, cuando celebraran con México un acuerdo amplio de información tributaria, y éste se cumpliera.

Ya para 2004, nuestra Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) utilizaba la denominación de Regímenes Fiscales Preferentes (REFIPRES). Para 2005, el *Decreto que otorga diversos beneficios fiscales*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero de ese mismo año, estableció, entre otros, un estímulo fiscal para la repatriación de capitales, respecto de ingresos, dividendos o utilidades provenientes de jurisdicciones de baja imposición fiscal (JUBIFIS) y de regímenes fiscales preferentes (REFIPRES), como una herramienta para promover el retorno al país de inversiones mantenidas en el extranjero por residentes en México. El estímulo consistía en considerar como ingreso gravable únicamente el 25% del monto total de los ingresos retornados al país; estableciéndose adicionalmente que este beneficio no sería aplicable tratándose de ingresos de procedencia ilícita.

Para 2006, en el Apéndice 1, Tercera Sección, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, regla: 3.24 a 3.24.11. De los regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales de la Resolución Miscelánea, publicada el 21 de abril de ese mismo año, se señalaba:

Para los efectos de los artículos 212 y 213 de la Ley del ISR, los contribuyentes que generen ingresos a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente, podrán determinar si esos ingresos están o no sujetos a regímenes fiscales preferentes, considerando la totalidad de las operaciones realizadas, en el ejercicio, por cada entidad o figura, en forma individual y por separado, salvo que consoliden para efectos fiscales en el país o territorio en que residan, en cuyo caso podrán hacerlo en forma consolidada. Los contribuyentes que ejerzan la opción a que se refiere el párrafo anterior, únicamente podrán disminuir las pérdidas fiscales generadas por una entidad o figura jurídica contra las utilidades fiscales de la propia entidad o figura que generó la pérdida.²¹

En el Apéndice 2, en la Sexta Resolución de Modificaciones a la Resolución Miscelánea para 2006 DOF 03/10/2006, se estableció:

Para los efectos de los artículos 212 y 213 de la Ley del ISR, no se consideran ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes los generados a través de entidades extranjeras que sean contribuyentes del ISR en el país en que estén constituidas tengan la administración principal de su negocio o su sede de dirección efectiva, cuando sus utilidades estén gravadas en ese país a una tasa del 22% o mayor, siempre que sean gravables todos sus ingresos, salvo los di-

²¹ Regla 3.24 a 3.24.11. De los regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales de la Resolución Miscelánea para 2006.

videndos percibidos de entidades que también sean residentes del mismo país, y sus deducciones hayan sido o sean realmente erogadas, aunque se acumulen o deduzcan, respectivamente, en momentos distintos a los señalados en los Títulos II y VI de la Ley del ISR.²²

En la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente para 2007,²³ en el Título VI. De los Regímenes Fiscales Preferentes y de las Empresas Multinacionales, se estableció la obligación de los residentes en México o los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, de pagar impuestos por los ingresos de fuente de riqueza ubicada en el extranjero sujetos a regímenes fiscales preferentes, que se generen directamente o los que se generan a través de entidades o figuras extranjeras en las que participan directa o indirectamente, en la proporción que les corresponda por su participación en el capital de dichas entidades jurídicas. Considerándose que se obtienen ingresos en dichos regímenes cuando no estén gravados en el extranjero o estándolo les corresponda un impuesto sobre la renta inferior al 75% del impuesto que se causaría y pagaría en México.

Asimismo, se considera que los ingresos están sujetos a un régimen fiscal preferente, cuando el impuesto sobre la renta efectivamente causado y pagado en el país o jurisdicción de que se trate, sea inferior por la aplicación de una disposición legal al impuesto causado y pagado en México. Tampoco se consideran ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes, cuando el país en donde se ubican los mismos, tenga en vigor un Acuerdo amplio de intercambio de información tributaria con México. Estableciendo la obligación de presentar una declaración informativa anual sobre los ingresos obtenidos en tales regímenes.

El 26 de marzo de 2009, se publicó el *Decreto que otorga diversos beneficios fiscales en materia del impuesto sobre la renta relativos a depósitos o inversiones que se reciban en México*, el cual abroga el Decreto publicado el 26 de enero de 2005; que aplica a los ingresos derivados de recursos mantenidos en el extranjero con anterioridad al 1º de enero de 2009, no deducidos por residentes en México, incluso si son sujetos a regímenes fiscales preferentes

Finalmente, en nuestra legislación del 2011 y a la fecha, los paraísos fiscales se encuentran regulados en el Título VI, denominado de los Regímenes Fiscales Preferentes y de las Empresas Multinacionales, Capítulo I. De los Regímenes Fiscales Preferentes, en los artículos 212, 213 y 214 de la

²² Sexta Resolución de Modificación a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2006, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de octubre de 2006.

²³ *Ley del Impuesto Sobre la Renta*, México, Editorial ISEF, 2007.

Ley del Impuesto Sobre la Renta;²⁴ en los cuales se establece que se trata de lugares en donde se paga un impuesto sobre la renta inferior al 75% de lo que se pagaría en el país.

Se señala, que los ingresos que se obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero (no son consideradas contribuyentes del ISR en el país en el que están constituidas y sus ingresos se atribuyen a sus socios, accionistas o beneficiarios), tendrán el tratamiento de este régimen aún cuando dichos ingresos no tengan un régimen fiscal preferente.

Como se desprende del texto de ley, en nuestra legislación hacendaria, no existe aún normatividad alguna que se aplique a los portales comerciales de internet, lo que continuará provocando que sigan siendo usados como paraísos fiscales y oficinas *off shore* virtuales.

México no está en la lista negra de la OCDE, no obstante, hay expresiones que lo califican como un paraíso fiscal, pero desde una perspectiva diferente. Así tenemos, que Ibarra Muñoz, expresa que “México es un paraíso fiscal con un modelo económico fallido”²⁵ porque la carga fiscal es muy reducida, hay falta de empleo y terrorismo fiscal, por lo que se requiere cambios tributarios de fondo para dar ingresos permanentes a los trabajadores que nos lleve en lo futuro a reconciliar los intereses del mercado con el gobierno, naturalmente, dice él, con la colaboración de autoridades, empresarios y trabajadores para lograr una mejor planeación.

Sólo diremos al respecto, por no ser objeto del presente, que coincidimos con el autor en la denominación pero no estamos totalmente de acuerdo en los motivos que expone para llegar a ella.

IV. CONCLUSIONES

Como podemos observar, no debemos confundir a los paraísos fiscales (lugares, territorios o países físicos o virtuales) con las oficinas *off shore* (empresas, sociedades y /o entidades financieras enclavadas o asentadas en un paraíso fiscal); pues quiérase o no, los primeros, han desarrollado una estructura legal tributaria de baja o nula imposición fiscal y, las segundas, se han constituido al amparo de dicha legislación, lo cual las convierte en entidades financieras físicas o jurídicas, perfectamente integradas en las es-

²⁴ *Ley del Impuesto Sobre la Renta*, México, Editorial ISEF, 2011 y 2013.

²⁵ IBARRA MUÑOZ, David, *México: paraíso fiscal con un modelo económico fallido*, México, UNAM, Boletín DGCS, núm. 266, 6 de mayo de 2011.

estructuras legítimas del comercio y las finanzas internacionales, y que han desarrollado una estrategia y estructura sofisticada de protección fina y más flexibles a costos, actuando conforme a los requisitos legales exigidos por cada país y con un uso de tecnología especializada; ambas al amparo estatal, político y legislativo.

Tampoco debe olvidarse, que los paraísos financieros pueden considerarse también, como válvulas de escape, de muchos sistemas fiscales, creados por los mismos Estados depredados como parte de una estrategia de planificación financiera nacional e internacional.

Asimismo, se debe altamente tomar en cuenta que el elemento corrupción o *cleptocracia* (término utilizado por el ilustre maestro y jurista Floris Margadant), ha incentivado el crecimiento de verdaderos jardines edenales particulares y el crecimiento de los paraísos fiscales territoriales y virtuales, anotados o no en la llamada *lista negra* de la OCDE.

Lo anterior, sirva de reflexión para encontrar, tal vez en el futuro, no necesariamente la extinción o disminución de tales territorios y sociedades, sino una estrategia diferente, nueva, real, para evitar que los recursos que a ellos llegan, sean de procedencia ilícita o de muy dudosa procedencia y, que a través de instrumentos legales se *blanqueen*.

Estamos conscientes que encontrar un nuevo sistema fiscal y financiero, donde tengan cabida estos entes y, que sirvan de verdaderas válvula de escape para la norma tributaria y no para actividades ilícitas, es un reto que sólo en sueños se puede aceptar, pero... tal vez... en algún momento... algún día... ¡por mi raza hablará el espíritu! y entonces, una política pública pertinente se dictará y la hará realidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA DE ESTUDIOS FISCALES DE LA CONTADURÍA PÚBLICA, A. C., *Operaciones entre partes relacionadas y paraísos fiscales*, México, Ed. Dofiscal Editores, 1998.

BETTINGER BARRIOS, Herbert, *Paraísos fiscales*, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2002.

Biblia católica, Génesis 2:8, España, Ediciones Paulinas y Verbo Divino, 1972.

COTA IZAGUIRRE, Eleazar, "Fiscalización de las empresas multinacionales: el caso de México", en *Difusión Fiscal*, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, julio de 1975.

GODEFROY, Thierry y LASCOUMES, Pierre, *El capitalismo clandestino: la obscena realidad de los paraísos fiscales*, España, Paidós, 2005.

GUTIERREZ GARCÍA, Manuel, *Operaciones entre partes relacionadas y paraísos fiscales*, México, Editorial Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, 1997.

IBARRA MUÑOZ, David, "México: paraíso fiscal con un modelo económico fallido", en *Boletín DGCS*, México, UNAM, núm. 266, 6 de mayo de 2011.

URBINA NANDAYAPA, Arturo, *Los delitos fiscales en México*, México, Editorial Gasca Siccó, 1997.

Legislación

Ley del Impuesto Sobre la Renta, México, Editorial ISEF.

Regla: 3.24 a 3.24.11. De los regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales de la Resolución Miscelánea para 2006.

Sexta Resolución de Modificación a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2006, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de octubre de 2006.

Cibergrafía

ALVA MATTEUCCI, Mario, *Los paraísos fiscales*, consultado el 12 de abril de 2011 en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/52763/los-paraisos-fiscales>

ATTAC, "Los paraísos bancarios y fiscales. Agujeros negros de las finanzas mundiales", en *Revista mensual de política y cultura*, consultado el 12 de abril de 2011 en: <http://elistas.net/lista/andalucialibre/archivo/indice/91/msg/136/>

IBAÑES, Enrique, *Paraísos fiscales*, consultado el 12 de abril de 2011, en: <http://www.eserp.es/art/ppv10.pdf>

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, *Delincuencia financiera y paraísos fiscales*, conferencia pronunciada el 31 de mayo del 2004 en las "Jornadas de Catalunya contra la delincuencia financiera y los paraísos fiscales", consultado el 22 de abril de 2011 en: <http://www.gestiopolis.com/Canales4/factoria/134.htm>

ORDOÑEZ GONCALVES, Luis, *Los paraísos fiscales*, consultado el 12 de abril de 2011 en: <http://www.xlugh.com/paraiso.php#PARAISOS%20FISCALES>

Plan de Acción para Luchar Contra la Delincuencia Organizada, aprobado por el Consejo Europeo el 28 de abril de 1997, consultado el 21 de abril de 2011, en: <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i154.pdf>

Hemerografía

ATTAC.ORG, "¿Qué es un paraíso fiscal?", en *Muy Interesante*, México, Ed. Televisa Internacional, 2007, núm. 2, 2007.

FERNÁNDEZ VEGA, Carlos, "México, atractivo para los paraísos fiscales", en *la Jornada*, sábado 9 de junio de 2007.

REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

REFLECTIONS ON CONSTITUTIONAL REFORM IN HUMAN RIGHTS

Luciano SILVA RAMÍREZ*

RESUMEN: En el presente trabajo el autor apunta ciertas implicaciones en torno a la reforma constitucional en derechos humanos, aprobada en junio de 2011. A través de un análisis conceptual, apoyándose en definiciones académicas e institucionales, se distingue entre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías. Asimismo, el autor reflexiona sobre el contenido del artículo 1 constitucional, donde quedan establecidas varias directrices en materia de derechos humanos, considerando las consecuencias en la jerarquía normativa y la interpretación judicial en el derecho interno. Finalmente, el autor hace un balance entre el contenido sustancial de la reforma y la problemática que suscitaría una interpretación integral con la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, derechos fundamentales, garantías, reforma constitucional, pro homine.

ABSTRACT: In this paper the author suggests some implications about constitutional reform in human rights, adopted in June 2011. Through a conceptual analysis, based on academic and institutional definitions, he distinguishes between human rights, fundamental rights and guarantees. Also, the author reflects on the content of Article 1 of the Constitution, where several guidelines are set out in human rights, considering the consequences in the hierarchy of norms and judicial interpretation in national law. Finally, the author makes a balance between the substance of the reform and the problems of a comprehensive interpretation to the Constitution.

KEYWORDS: Human Rights, Fundamental Rights, Guarantees, Constitutional Reform, pro homine.

* Presidente del Colegio de Profesores de Garantías y Amparo de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de derechos humanos, Derechos fundamentales y garantías*. III. *Derechos fundamentales y sus garantías*. IV. *Reflexiones de la reforma constitucional en derechos humanos (artículo 1º)*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Cabe mencionar que el tema de los derechos fundamentales del gobernado ha alcanzado gran relevancia en los últimos años, ya que si bien es verdad que se dio la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1789 a raíz de la Revolución Francesa, y que esta se incorporó a la Constitución de 1791, este catálogo había quedado en el olvido, incluso en la propia Francia que estableció una parte distributiva y orgánica de su Constitución producto de aquella revolución; destacando que nuevamente, hasta el siglo XX principalmente en Europa, se da la preocupación de defender los derechos del hombre, necesidad derivada de la Primera y Segunda Guerra Mundial, precisamente porque acababan de sufrir los atentados y vejaciones de esas contiendas; así países como Alemania e Italia afirman esa necesidad en sus Constituciones, de los derechos fundamentales y cómo garantizarlos, e incluso se cambia el sentido de proteger esos derechos contra la propia ley, “La vieja idea que domina todo el liberal siglo XIX, de la protección de la libertad por la ley, tiende a ser substituida por la idea experimental de la necesidad de protección de las libertades contra la ley; esta forma de defensa de los derechos fundamentales frente a las normas se ha encomendado a tribunales constitucionales en el continente europeo”¹; o bien como ha dicho Mauro Cappelletti respecto de la Declaración de Derechos Fundamentales:

son naturalmente, un importante elemento de la mayoría de las constituciones del siglo XX en especial de aquellas que surgieron como reacción contra los abusos y perversiones de los regímenes dictatoriales que llevaron a la Segunda Guerra Mundial. Así, la aplicación jurisdiccional de las nuevas declaraciones de derechos constituye hoy en día la parte más considerable, en veloz desarrollo, de la jurisdicción constitucional en países como la República Federal Alemana, Austria, Italia, y en menor medida, aunque cada vez en forma más clara Japón... –agregando– es notorio que el impacto del “Bill of Rights” sobre la ju-

¹ FAVOREU, Louis, *et al.*, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Editorial Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 666-667.

risdicción constitucional de los Estados Unidos, si bien existía ya anteriormente, ha alcanzado una mayor importancia tan sólo en los últimos treinta años.²

Al respecto, cabe señalar que aquí en México los derechos fundamentales del hombre siempre fueron motivo de preocupación por el poder constituyente tanto de la Constitución de 1857, como de la norma fundamental actual de 1917; elevándolos a rango constitucional, así como el mecanismo para garantizarlos, hacerlos efectivos, el juicio de amparo; en efecto, podemos decir que a partir de la Constitución liberal de 1857 en su parte dogmática se da un catálogo de derechos fundamentales del hombre. De ellos podríamos decir que son los protectores de la igualdad, de la libertad y seguridad jurídica; y comprendían: la irretroactividad de la ley; la garantía de que los actos de autoridad sólo se realicen por la autoridad competente; la inviolabilidad del domicilio; la obligación de los tribunales de administrar justicia pronta; la prohibición de juzgar y sentenciar a nadie por leyes que no sean anteriores al acto; la obligación de juzgar con leyes exactamente aplicables. En materia penal en especial: la prohibición de imponer penas de prisión por deudas de carácter puramente civil; la obligación de proveer auto motivado de prisión en un máximo de tres días; la prohibición de malos tratos, gabelas, contribuciones ruinosas, penas de mutilación, azotes y confiscación.

Además, a partir de esta Constitución de 1857, tenemos un control judicial, al otorgar a los tribunales del poder judicial de la Federación, la alta jerarquía del control de la constitucionalidad respecto de leyes contrarias a la misma mediante el juicio de amparo protegiendo garantías individuales, atento a lo establecido por el artículo 101 de dicha constitución, al expresar:

Artículo 101. Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren ó restrinjan la soberanía de los Estados.
- III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.

En esta norma suprema se da un gran avance en el control de la constitucionalidad de normas que violaran derechos fundamentales de los gobernados en nuestro país, que los estudiosos no han reparado en tan notable evolución; ya que, durante todo el siglo XIX permeó la vieja idea de que las

² FAVOREU Louis, *et. al.*, *op. cit.* pp. 614-615.

libertades eran protegidas por la ley, prevalecía la preponderancia del Legislativo sobre el Poder Judicial, su acto típico la ley debería ser observada fielmente a la letra, puesto que era voluntad de la soberanía popular, por ello fue que los constitucionalistas de esa época, entre otros, Vallarta y Lozano a pesar del control judicial de las leyes plasmado en el artículo 101, todavía argumentaban que la ley mientras no se aplicará no ofendía ni dañaba a nadie proscribiendo el amparo contra normas autoaplicativas; esto es explicable puesto que como se ha anotado es hasta el siglo xx, principalmente en Europa, después de la Primera y Segunda Guerra Mundiales, debido a las atrocidades y vejaciones de los regímenes dictatoriales de esa época cuando surge la preocupación de defender las libertades, los derechos fundamentales del hombre, los llamados derechos humanos contra la ley misma, creándose para ello los tribunales constitucionales; sin embargo, aquí en México como se ha mencionado desde la Constitución de 1857, se contempla todo un catálogo de derechos del hombre, pero además el instrumento para hacerlos efectivos, para protegerlos contra leyes y actos arbitrarios del poder público, mediante el amparo, encomendándole ese control de la constitucionalidad a los Tribunales del Poder Judicial de la Federación.

La norma fundamental de 1917 recoge dicho catálogo de derechos, denominándoles garantías individuales, perfeccionándolo y ampliándolo en algunos casos, dándole además un sentido de carácter social, consagrándose una serie de derechos inherentes a la persona humana destacando los de la vida, libertad, igualdad, seguridad jurídica, e incluso el derecho a la propiedad en un sentido eminentemente social; así también, nuevamente adopta el juicio de amparo elevándolo a rango constitucional para tutelar los derechos fundamentales, gozando al igual que las llamadas garantías individuales del principio de la supremacía de la Constitución, y en reciente reforma constitucional al Título Primero, Capítulo I, a ese catálogo de derechos les denomina “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

II. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

Previamente a abordar las múltiples definiciones de los derechos humanos, los derechos fundamentales y garantías, para mejor comprensión, es conveniente aludir a los conceptos de derecho natural, derechos civiles y derechos individuales por estar relacionados con el tema que nos ocupa, así tenemos que: derecho natural es el conjunto de normas jurídicas que tienen su fundamento en la naturaleza humana, esto es, de juicios de la razón práctica que enuncian

un deber de justicia; no como un derecho en sentido moral o un código ideal de normas, pues de este modo no sería derecho, sino moral, y sus normas no serían jurídicas, sino morales.

En tanto que los derechos civiles son prerrogativas básicas y libertades fundamentales, reconocidas y garantizadas a todo ser humano por el sólo hecho de serlo donde quiera que se encuentre y sin distinción de ninguna especie.

Los derechos individuales son facultades y libertades esenciales e inalienables del hombre, individualmente; considerando también que se les denomina hoy en día con la expresión derechos civiles, y en el ordenamiento constitucional mexicano al agruparlas bajo el rubro de garantías individuales. Los derechos individuales son derechos inalienables del hombre, es decir, inherentes a la persona humana o dentro del Derecho civil.

Respecto de los derechos humanos, derechos fundamentales y de las garantías se han dado un sinnúmero de conceptos y definiciones, así para el maestro Ignacio Burgoa Orihuela “los derechos humanos se traducen en imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona o ente auto teológico”.³

El Diccionario Jurídico Mexicano considera a los derechos humanos como “conjunto de facultades, prerrogativas, libertades, y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos todos los recursos y mecanismos de garantías de todos ellos, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”.⁴

En tanto que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos los ha definido como “el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.”⁵

Por lo que hace a los derechos fundamentales, Máximo Pacheco Gómez establece que son aquellos “que toda persona posee, no implica reivindicar una tabla interminable de derechos sin ningún control en su reconocimiento,

³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23 ed, Porrúa, México, 2001, p. 51.

⁴ Instituto de investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. D-E, 9º ed, Porrúa, México, 1996, pp. 57.

⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, consultado en: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

sino que se refiere solamente a los derechos más esenciales en relación con el pleno desarrollo de la dignidad humana”⁶.

En torno a las garantías individuales, a las que Ignacio Burgoa denomina garantías del gobernado refiere: “son en concreto medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre en primer término, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la Constitución y el sistema jurídico mexicano”⁷; y las clasifica desde dos puntos de vista a saber: uno que atiende a la índole formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual; y otro, que considera el contenido mismo de los derechos públicos individuales. La obligación estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual puede consistir, desde el punto de vista formal, en un hacer o en una abstención, o sea, que la garantía individual puede ser negativa o positiva. Atendiendo al contenido mismo del derecho subjetivo público, las garantías individuales pueden ser: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica.⁸

Alfonso Noriega Cantú señala que las garantías individuales son: “derechos naturales inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas que el Estado debe reconocer, respetar y proteger mediante la creación de un orden jurídico y social, que permita el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social”⁹.

Efraín Moto Salazar, nos indica que “las garantías individuales, son normas de que se vale el Estado para proteger los derechos públicos subjetivos. Esos derechos subjetivos públicos son las facultades reconocidas al individuo por la ley, por el sólo hecho de serlo, sin atender al sexo, edad o la nacionalidad”¹⁰.

De los conceptos y definiciones anotados, por nuestra parte, podemos concluir que los derechos humanos son los derechos fundamentales más preciados para el ser humano, como la vida, libertad, seguridad jurídica, propiedad e igualdad, plasmados a favor de las personas en la ley suprema de un Estado y en el Derecho internacional, en los tratados internacionales de la materia, para lograr su pleno desarrollo jurídico, político, económico,

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liberamicorum*, Héctor Fix-Zamudio, vol. I, p. 45, consultado en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>

⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, p. 162.

⁸ *Ibidem*, pp. 125, 126.

⁹ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, México, p. 67.

¹⁰ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, 34 ed., Porrúa, México, pp. 79-80.

social y cultural, debiendo ser promovidos, respetados y protegidos por todos los poderes públicos constituidos, organismos constitucionales autónomos, por cualquier autoridad administrativa y jurisdiccional, garantizados por los órganos y mecanismos establecidos para tal efecto en la Constitución y leyes secundarias de la materia.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS

Es dable mencionar que a menudo se confunden esos derechos públicos fundamentales de las personas, los derechos humanos, con el término de garantías individuales, quizá tal confusión deriva de que la palabra garantía tiene diferentes acepciones, puede significar tutela o protección jurídica, proviene del término anglosajón *warranty* o *warrantie*, que significa “acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*)”,¹¹ tan es así que nuestra Constitución, en su título Primero, capítulo I, a sus primeros 29 artículos los denominaba “Garantías Individuales”; no, cuestión diferente son los derechos fundamentales, los llamados derechos humanos, y la forma de garantizar, hacer efectivos esos derechos contra los actos arbitrarios del poder público, porque de nada serviría una Constitución escrita, rígida, suprema con un catálogo de derechos públicos subjetivos a favor del gobernado en su parte dogmática, si no se contara con el medio o instrumento para hacerlos efectivos, vendrían a ser letra muerta en la Constitución; de ahí que podemos decir que todo medio consignado en la Constitución para hacer efectivo, para asegurar el goce de un derecho se llama garantía; aquí en México como hemos advertido no tan sólo se elevaron a rango constitucional esos derechos fundamentales, las llamadas garantías individuales, hoy derechos humanos y sus garantías, sino que también el instrumento para garantizarlas, hacerlas efectivas el juicio de amparo, mecanismo de control de la constitucionalidad del ejercicio del poder, protegiendo derechos fundamentales, elevado a rango constitucional, tanto en la Constitución de 1857, como en la de 1917; por lo que podemos afirmar que en México se mantiene el control de la constitucionalidad del ejercicio del poder y de convencionalidad, de normas generales, actos u omisiones de cualquier autoridad (incluso la legalidad), mediante el juicio de amparo, protegiendo derechos fundamentales, los derechos humanos,

¹¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. 6ª ed., Porrúa. México, 2000. p. 181.

encomendando la Carta Magna ese control exclusivamente a los tribunales del Poder Judicial de la Federación, por mandato del artículo 103 constitucional.¹²

IV. REFLEXIONES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1º)

El 10 de junio del año 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de derechos humanos que modificó 11 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, por la extensión establecida para esta monografía, y en lo que interesa al tema que nos ocupa, es de destacar que se modificó el Título Primero, Capítulo Primero, que antes de la reforma aludida se denominaba “De las garantías individuales” hoy con motivo de dicha reforma “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, expresando en su artículo 1º, lo siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, san-

¹² “Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

cionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Como se observa, el precepto constitucional aludido no define que son los derechos humanos, ni hace una clasificación de esos derechos, por lo que dicha reforma resulta ambigua, ya que todo derecho es humano; de tal manera que lo conveniente desde un punto de vista jurídico constitucional es hablar de derechos fundamentales, es decir, de los derechos más preciados para el ser humano, entre otros la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad, y la seguridad jurídica, máxime que la Constitución también habla de derechos fundamentales, al referir a estos derechos, entre otros preceptos el 18¹³ y 20¹⁴ constitucionales; además, la expresión en sí misma “derechos humanos”, ha sido superada ya que, como hemos visto, surgió desde el siglo pasado debido a las atrocidades y vejaciones de los regímenes dictatoriales durante la Primera y Segunda Guerra Mundiales; incluso, dio margen a la discusión y polémica de la corriente iusnaturalista y iuspositivista en torno a estos derechos, porque para un gran sector de la doctrina deben ser reconocidos en la Constitución, en el derecho positivo, en tanto que para otro sector, deben ser otorgados por el Estado, en el ordenamiento supremo, para que no se trate de meras normas morales; de ahí, que si empleamos la denominación derechos fundamentales establecidos en la norma fundamental, así como en los tratados internacionales de la materia, se evita la confusión y discursiva sobre esos derechos, el choque a que sean reconocidos u otor-

¹³ “Artículo 18. ...

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución ...”

¹⁴ “Artículo 20. ...A...

^{1X}. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y”

gados, entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, que se advierte en nuestra Carta Fundamental, verbigracia en los artículos 33 y 107 de la Constitución, en donde en el primero de ellos refiere que las personas extranjeras "... gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución" y el segundo de los preceptos mencionados en su fracción I, señala que el amparo procede contra normas generales, actos u omisiones de la autoridad que viole los "derechos humanos reconocidos y garantías otorgadas para su protección por esta Constitución".

Igualmente, del artículo 1º en estudio en el segundo párrafo existe una contradicción con el primero, en virtud de que en éste refiere "en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte...", en tanto que en el segundo párrafo expresa: "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia"; más aún, en el citado artículo 103 constitucional, fracción I, menciona que el amparo procede cuando se violen derechos humanos reconocidos en la Constitución y garantías otorgadas para su protección en esta Constitución, así como por los tratados internacionales en que el Estado mexicano sea parte; como se observa el artículo 103 de la norma suprema que es el fundamento constitucional del amparo, restringe la tutela de derechos humanos, contrariando el artículo 1º, párrafo segundo, ya que los quejosos que promuevan este juicio no podrán invocar tratados internacionales sobre derechos humanos que amplíen o complementen los contemplados en la Constitución en que el Estado mexicano no sea parte¹⁵, ni los principios generales del Derecho internacional que son fuente esencial de los tratados sobre derechos humanos, menos aún las resoluciones y opiniones sobre la materia de los relatores de la ONU y otros organismos internacionales; máxime que existe una infinidad de tratados internacionales en la materia, lo que además de demostrar lo contradictorio de la reforma, denota una ambigüedad si consideramos que en el derecho internacional hay sinnúmero de tratados sobre derechos humanos en los que México no es parte, por ello estimamos conveniente que en la ley secundaria que ordena la parte transitoria de la reforma de 10 de junio de 2011 que nos ocupa, debe precisarse que se trata de los derechos humanos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo Adicional a

¹⁵SILVA RAMÍREZ, Luciano, *Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional al juicio de amparo (Artículos 103 y 107 constitucionales)*, en *Revista Cultura Jurídica*, Facultad de Derecho de la UNAM, núm. 2, abril-junio de 2011, p. 78.

la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como Protocolo de San Salvador, porque en estos instrumentos se aglutinan los derechos humanos que prácticamente se contemplan en los diversos tratados internacionales de la materia.

Por otra parte, también surge la problemática si esos derechos humanos corresponden, son inherentes a las personas, a los seres humanos, es decir, en su aspecto individual como personas físicas, las personas morales, ya sea de derecho privado, las personas morales de derecho público, no pueden ser titulares de éstos, hoy en día dichos entes son titulares de garantías constitucionales; lo que pudiera admitirse es que se respeten los derechos humanos de sus miembros, en lo individual, sin que ello implique que la persona colectiva sea titular de derechos humanos, puesto que tiene personalidad jurídica y patrimonio propios, de ahí, que desde un punto de vista estrictamente jurídico constitucional sea más técnico hablar de derechos fundamentales.

Asimismo, por lo que hace al segundo párrafo relativo a la interpretación conforme, y el principio pro persona; referente a que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, dará lugar a conflictos en virtud de que hay preceptos constitucionales que establecen limitaciones, restricciones a los derechos humanos, por ejemplo, el artículo 130 constitucional, que ordena la restricción del voto pasivo, es decir que los ministros de culto no podrán ser votados para un puesto de elección popular, lo que va en contra del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.5; o lo dispuesto en el artículo 41, fracción III, inciso a), de que ninguna persona ni los partidos políticos o candidatos a un cargo de elección popular podrá contratar propaganda en radio o televisión, lo que contraria el artículo 19-2 del mismo Pacto que establece la libertad de expresión, de difundir información e ideas de cualquier índole. Aquí debe prevalecer la restricción constitucional, porque el artículo 133 de la norma suprema no fue reformado y en él se contempla la teoría monista nacionalista, o sea, la prevalencia del derecho interno sobre el externo; de ahí, que en torno a los tratados internacionales, la Suprema Corte ha tenido que hacer malabarismos al interpretar el artículo 133 constitucional, como se desprende de los criterios siguientes:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es

la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.; sin embargo, este Tribunal

Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.”¹⁶

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “pacta sunt servanda”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.¹⁷

No obstante lo anterior, la Suprema Corte en la sesión del tribunal en pleno del 3 de septiembre de 2013, al resolver la contradicción de tesis 293/2011¹⁸ sustentada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y Séptimo Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito determinó que los tratados internacionales que contemplen derechos humanos celebrados por el Estado mexicano, gozan de rango constitucional, están a la par de la Constitución, excepto cuando se establezcan restricciones, limitaciones constitucionales, en donde debe prevalecer la Constitución, los tratados deben estar supeditadas a la Norma Suprema.

Además, el propio Pacto Internacional referido reconoce estas limitaciones, como es el caso de la libertad de expresión, que se puede limitar por

¹⁶ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Noviembre de 1999; p. 46.

¹⁷ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; p. 6.

¹⁸ Sesión del Tribunal Pleno de 3 de septiembre de 2013.

razones de orden público, por razones de seguridad, de salud, la moral, et-
cétera, de ahí que consideramos que debe prevalecer la restricción consti-
tucional sobre el tratado internacional de derechos humanos. Así también,
la interpretación conforme, de acuerdo a lo anotado sobre el principio *pro*
homine, sólo debe darse con la Constitución y no con los tratados interna-
cionales sobre derechos humanos que están supeditados a esta; incluso no
opera en otras normas secundarias.

Cabe advertir que la reforma constitucional a los derechos humanos ha
propiciado interpretaciones confusas al pretender dar eficacia horizontal a
los derechos humanos, es decir, frente a los particulares; sin embargo, no
debe perderse de vista que un derecho entraña una obligación, por lo que
más que hablar de eficacia de estos derechos frente a los particulares, debe-
mos hablar de deberes, obligaciones de las personas; máxime, que el artícu-
lo 1º, párrafo tercero expresamente impone exclusivamente a las autorida-
des la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos
humanos.

Finalmente es dable hacer notar que independientemente de la denomi-
nación derechos humanos, derechos fundamentales, garantías individuales,
garantías del gobernado o garantías constitucionales, de la naturaleza jurí-
dica de estos derechos, lo importante es contar con el medio, el instrumento
para hacerlos efectivos, el mecanismo de control de la constitucionalidad
del poder público, de normas, actos u omisiones de la autoridad que vio-
len derechos fundamentales, verbigracia, el juicio de amparo, el mecanismo
más eficaz que tenemos los gobernados para la tutela efectiva de esos de-
rechos, así como el órgano para conocer de dicho mecanismo, facultando
la Constitución Federal al Poder Judicial de la Federación, cuyo titular es
la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano judicial del control de la
constitucionalidad del poder político protegiendo derechos fundamentales,
precisamente mediante el amparo.

V. CONCLUSIONES

- 1.- La reforma al artículo 1º constitucional resulta ambigua al no dar una
definición de que son los derechos humanos, ni hacer una clasificac-
ción de estos.
- 2.- Por las razones anotadas en esta monografía a las que en obvio de re-
peticiones me remito, hubiese sido conveniente que la reforma cons-
titucional hablara de derechos fundamentales y no derechos humanos
y sus garantías.

- 3.- La reforma constitucional aludida es contradictoria, ya que en el párrafo segundo del artículo 1º relativo al principio *pro homine*, señala que la interpretación conforme que más beneficie a la persona será con la Constitución y tratados internacionales de la materia, sin que necesariamente el Estado sea parte de estos; y por otro lado el párrafo primero, refiere que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte, creando confusión, limitando la tutela de esos derechos.
- 4.- El artículo 103 constitucional, fundamento del amparo, restringe la tutela de los derechos humanos, contrariando el artículo 1º, párrafo segundo, ya que los quejosos no podrán invocar tratados internacionales en que el Estado mexicano no sea parte, ni los principios generales del derecho internacional que son fuente esencial de los tratados internacionales sobre derechos humanos, menos aún las resoluciones y opiniones sobre la materia de relatores de la ONU y otros organismos internacionales, al no tratarse de acuerdos internacionales celebrados por el estado mexicano conforme al 133 constitucional.
- 5.- La interpretación conforme más favorable a las personas, contemplada en el párrafo segundo del artículo 1º de la norma suprema, sólo debe darse con la Constitución y no con los tratados internacionales que están supeditadas a ésta, ni con normas secundarias.
- 6.- Deben prevalecer las restricciones establecidos en diversos preceptos constitucionales atento a la supremacía constitucional establecida en el artículo 133, amén de que dicho precepto establece la teoría monista nacionalista, es decir, la primacía del derecho interno sobre el internacional y dicho numeral no fue reformado para dar prevalencia al derecho externo cuyo sustento es la teoría monista internacionalista;
- 7.- La reforma constitucional multireferida además de ambigua, contradictoria, da lugar a interpretaciones confusas al pretender dar eficacia horizontal a los derechos humanos, es decir, frente a los particulares, a pesar de que el párrafo tercero del artículo 1º, expresamente impone exclusivamente a las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

VI. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23 ed, Porrúa, México, 2001.

-----, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. 6ª ed., Porrúa. México, 2000.

FAVOREU Louis, *et al.*, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Editorial Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. D-E, 9a ed, Porrúa, México, 1996.

MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, 34 ed., Porrúa, México.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, México.

SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, 2ª ed., Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2010.

Hemerografía y fuentes de internet

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liberamicorum*, Héctor Fix-Zamudio, vol. I, p. 45, consultado en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, consultado en: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

SILVA RAMÍREZ, Luciano, “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional al juicio de amparo (Artículos 103 y 107 constitucionales)”, en *Revista Cultura Jurídica*, Facultad de Derecho de la UNAM, núm. 2, abril-junio de 2011.

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

LA CONSTITUCIÓN RENOVADA: UN ANÁLISIS
CUANTITATIVO
(FEBRERO DEL 1917 – FEBRERO DEL 2014)

THE CONSTITUTION RENEWED: A QUANTITATIVE
ANALYSIS
(FEBRUARY 1917 – FEBRUARY 2014)

Guillermo TEUTLI OTERO*

RESUMEN: En este artículo, el autor busca explicar cuantitativamente cómo el así llamado constituyente permanente ha renovado casi todos los artículos de la Constitución, siendo válido afirmar que la Ley Fundamental de hoy no es la de 1917 y, por lo tanto, ya tenemos una nueva Constitución y un nuevo proyecto de país. De esta forma, el autor reflexiona sobre la sustitución de proyecto o modelo de desarrollo nacional, así como sobre la posibilidad –y necesidad– de convocar a un congreso constituyente original que provea de una nueva Constitución.

ABSTRACT: In this article, the author seeks to explain quantitatively how the so-called permanent constituent has renewed almost every article of the Mexican Constitution, to the point that it is valid to say that the Basic Law today is not the one of 1917 and, therefore, we have a new constitution and a new national project. Thus, the author reflects on the replacement of the national project or development model; as well as the possibility –and necessity– of convening an original constituent congress that provides a new Constitution.

PALABRAS CLAVE: Constitución mexicana de 1917, Constituyente permanente, renovación constitucional, reformas constitucionales, proyecto nacional, modelo de desarrollo.

KEYWORDS: Mexican Constitution of 1917, Constituent Assembly, Constitutional Renewal, Constitutional Amendments, National Project, Development Model.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *La definición original*. III. *El constituyente permanente*. IV. *La renovación constitucional desde lo cuantitativo*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. PRESENTACIÓN

Por más de la última década han sido constantes las voces que han insistido en la necesidad de llevar a cabo una “Reforma del Estado”. Una reforma que no debe basarse en la continua renovación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM o Constitución en adelante), sino en la emisión de una nueva. Su razonamiento parte de que la realidad mexicana de 1917 es diferente a la de finales del siglo pasado y principios del presente. Están convencidos que los años por venir exigen un nuevo documento constitucional como norma suprema de nuestro orden jurídico interno y base de otro proyecto de desarrollo.

En realidad, quienes pugnan por una nueva Constitución tienen dos plataformas: unos, la quieren modernizar en la democracia política y económica con sentido de justicia social, como sucedió a lo largo de 68 años. Los otros, la ven como base para un cambio en sus instituciones políticas y económicas a fin de responder mejor a un mundo neoliberal “internacionalizado”. Responder mejor a un proyecto nacional muy diferente al de 1917 que se ha venido impulsando desde 1985.

En estas páginas se reflexiona sobre esa sustitución de proyecto o modelo de desarrollo nacional; sobre la posibilidad –y necesidad– de convocar a un congreso constituyente original que provea de una nueva Constitución para esos efectos o si con los actuales mecanismos de reforma y adición, vía el constituyente permanente, se ha venido enfrentando el desafío y con ello se ha consolidado ya un nuevo proyecto o modelo de Estado debidamente inscrito en la Constitución.

En este estudio se explicará cuantitativamente como el constituyente permanente –durante 97 años y muy en particular en las tres últimas décadas– ha renovado casi todos los artículos de la Constitución. Lo ha hecho al grado que es válido afirmar que la Ley Fundamental de hoy no es la de 1917 y, por lo tanto, ya tenemos una nueva Constitución y un nuevo proyecto de país.

En este sentido, no sería equivocado afirmar que durante el siglo xx México ha tenido dos “revoluciones”. La primera empezó en 1910, y como requiere la definición, fue violenta y oficialmente terminó en 1917 con la emisión de una nueva Constitución. Una Ley Suprema que reflejó los idea-

les nacionales y de justicia social que dieron sentido a la Revolución y que fue emitida de un “solo golpe” por una asamblea constituyente original.

La segunda, (no violenta) producida por el constituyente permanente. Ésta empezó con los anunciados “cambios estructurales” a mediados de los años 80 y en el 2014 aún no ha terminado. Mantiene su propósito de la continua actualización para con ello la consolidar un nuevo proyecto y modelo de desarrollo nacional, en función de un mundo occidental en el que los Estados han sucumbido ante la hegemonía de las grandes empresas dueñas y dirigentes de la “globalización”.

Como se conoce, la Constitución de 1917 tiene en total 136 artículos. De febrero del 1917 (en realidad desde 1921 en que fue reformada por primera vez) hasta febrero del 2014, mediante 216 decretos, se han llevado a cabo 601 reformas a 109 artículos. Lo anterior significa que sólo 27 artículos permanecen con el texto original.

Visto de otra forma, el número de artículos se ha mantenido en 136, pero no es el caso respecto de su contenido. La diferencia cuantitativa es notable. Sin incluir los artículos transitorios en ambos casos, la Constitución de 1917 tiene un total de 21,173 palabras. La del 2014, tiene 67,350 palabras. ¿Es o no una nueva Constitución desde lo cuantitativo?

Sin embargo, y como es lógico, la intensidad de las reformas varió en lo que podríamos clasificar en dos etapas:

Una, la de los años de la consolidación de los ideales revolucionarios y del modelo de desarrollo “hacia adentro”, nacionalista, de economía cerrada y con amplia intervención del Estado, que va desde 1917 hasta 1984. En estos 67 años, la Constitución fue reformada en 242 ocasiones, alrededor del 40% del total de reformas.

Y, otra, que va desde 1985 hasta la actualidad (2014) y que dista de haber terminado, la del modelo neoliberal “hacia afuera”, internacionalista, de economía abierta y con una disminuida intervención directa del Estado. Aunque la indirecta, vía regulaciones, se ha incrementado. Un modelo más ad-hoc a las tendencias “globalizadoras” y promotoras de las ventajas comparativas a nivel internacional, que ha implicado grandes cambios estructurales. Cambios que se han reflejado en grandes reformas y adiciones constitucionales que han eliminado la buena parte de los principios fundamentales plasmados en el texto revolucionario del 1917.

En estos 29 últimos años, la Constitución tuvo 359 reformas, alrededor del 60% del total. Con estas reformas se ha consolidado un nuevo modelo de desarrollo orientado por una globalización que promueve la apertura comercial y

financiera. Que promueve un neoliberalismo basado en la política económica monetaria y la internacionalización del capital.

Luis Javier Garrido lo expresa muy bien en su artículo *El desmantelamiento de la constitución mexicana de 1917*:

En el periodo del Neoliberalismo se ha ido promoviendo la idea de que:

- a) Es necesario modificar los regímenes constitucionales de todos los países a fin de “adecuarlos” a la lógica del capital neoliberal del nuevo siglo,
- b) De que esto debe ser el resultado de acuerdos cupulares entre los principales partidos políticos, consensados al margen y lógicamente en contra de la sociedad, y
- c) Que la redacción del nuevo texto constitucional debe ser la obra de especialistas con conocimientos económicos y no de asambleas constituyentes integradas por representantes populares, los que a juicio de los organismos financieros internacionales son ignorantes en materia económica.

Este proceso, que se pretende de “modernización”, entraña por lo mismo profundas regresiones anacrónicas y una en particular: la de carácter antidemocrático”.

En la primera parte de este trabajo se hace una somera referencia a cómo corresponde y, sin duda, es el pueblo quien con su “soberanía popular”, emite una Constitución que define al Estado y sus límites; su forma de gobierno; quien decide quién va a ejercer el poder y cuál es el mecanismo para mantenerla actualizada. Se destacan apoyos teóricos, normas internacionales y legislaciones nacionales que defienden el poder de la “soberanía popular”.

En la segunda (II. El constituyente permanente), se explican los mecanismos establecidos por el constituyente original para mantener actualizados los textos constitucionales para que respondan bien a los requerimientos de un mundo que ha cambiado. Una situación difícil que enfrenta a “tradicionalistas” con “vanguardistas” que se consideran “modernizadores” con la misión de actualizar la Constitución en función de los tiempos de la globalización. No evalúan la conveniencia de ello, tampoco este trabajo. Se esbozan las ventajas y desventajas del constituyente permanente.

En la tercera (III. Los cambios constitucionales desde lo cuantitativo), se hace un análisis cuantitativo de las reformas y adiciones realizadas durante 97 años, hasta febrero del 2014. El análisis divide a las reformas según los dos diferentes modelos políticos y económicos que ha tenido el país a lo largo de esos años. En realidad los agrupa en dos periodos: antes y después del neoliberalismo, es decir, antes y después de 1985.

Este doble agrupamiento pretende demostrar, de una manera cuantitativa, aunque sin duda la más importante es la cualitativa, que las reformas, en una primera etapa, se orientaron a fortalecer las aspiraciones de justicia social y del nacionalismo que emanaron de la Revolución de 1910. Pero qué, en una segunda etapa, la del neoliberalismo, las reformas y adiciones, como ya dicho, se incrementaron enormemente al punto de poder afirmar que la Constitución del 2014 es otra respecto a la del 1917, de la misma manera que el proyecto nacional de desarrollo es también otro.

Al autor de estas líneas le queda muy claro que no es el número de reformas y adiciones el que justificaría afirmar que ya tenemos una Constitución nueva. Esta afirmación requiere de un análisis comparativo del contenido de las reformas y adiciones. Sólo así se podría constatar el cambio en la Ley Fundamental y afirmar que realmente tenemos otra.

Sin embargo, la gran cantidad de reformas y adiciones y la dimensión de este ensayo impiden el estudio comparativo de los contenidos, por lo que se hace meramente cuantitativo con el fin de inducir al lector en la reflexión de si tenemos una nueva Constitución o no. Un nuevo texto constitucional producto de un constituyente permanente que ha operado con diferente intensidad e intencionalidad durante las últimas décadas.

La intensidad se explica con el número de reformas y adiciones. La intencionalidad se refleja en el contenido promotor de un cambio en el proyecto y modelo de desarrollo. Como ya dicho, hasta 1985 fue un modelo “hacia adentro”. De 1985 a la fecha, la época del neoliberalismo, se ha venido instaurando un modelo “hacia afuera”.

Finalmente, a manera de conclusión, se hace una reflexión sobre si es posible o no, en el marco actual de la Constitución, convocar a un constituyente original para renovar la Constitución, y si resulta necesario o ha bastado con la acción del constituyente permanente para que tengamos una Constitución renovada, una nueva Constitución. Al final, se señala la perspectiva del autor.

II. LA DEFINICIÓN ORIGINAL

Generalmente, una Constitución es producto de un constituyente original que es el “propietario” de la soberanía. Una soberanía que desde finales del siglo XVIII dejó de pertenecer al poder real y pasó a ser “popular”, es decir, “propiedad” indiscutible del pueblo. Con este poder, la soberanía popular convertida en constituyente original, emite Constituciones en las que decide qué tipo de Estado (“conjunto de los órganos de gobierno de un país sobe-

rano”, según la Real Academia de la Lengua) y gobierno (“acción y efecto de gobernar o gobernarse”, según la misma fuente) quiere y cuáles son sus objetivos y estructuras. Decide también, con qué órganos del gobierno va a ejercer el poder soberano cuya propiedad nunca perderá el pueblo.

Vale aclarar que no es raro que se hable de soberanía y de poder como si fueran sinónimos. Quienes lo hacen pretenden que la soberanía y el poder sean uno mismo y, por lo tanto, les dan un trato similar. Sin embargo, son dos conceptos distintos. La pregunta a resolver es quién es el titular de la soberanía y quien ejerce el poder. La respuesta que se sustentará en estas páginas puede ser expresada en síntesis: la soberanía es del pueblo y el poder lo ejerce el Gobierno creado por el pueblo soberano que se lo puede quitar.

En razón de lo anterior, para evitar la tendencia a confundir soberanía y poder, se debe precisar que en la organización del Estado moderno hay dos momentos. Primero, el definido por el poder de la soberanía popular que le da el derecho a decidir la forma y organización del Estado, a decidir quien ejerce el poder y quien gobierna. Y, un segundo en que los poderes creados por el poder soberano ejercen el poder y gobiernan. Luego entonces, la soberanía popular decide quien pero no ejerce el poder.

El origen popular de la soberanía quedó consolidado con la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y la Revolución Francesa de 1789. Sin embargo, lo podemos rastrear desde la España del siglo XIII (siglos antes de que Rousseau escribiera su *Contrato social* en 1762).

En el siglo XIII, Alfonso X, Rey de Castilla también conocido como “El Rey Sabio” (1252-1284), en su original *Libro de las Leyes*, rebautizado en el siglo XIV como *Las siete partidas*, en la segunda analiza al poder temporal. En síntesis nuestra, lo razona así:

1. Es el pueblo –las gentes– las que invisten de poder al rey.
2. El poder del rey sólo tiene un fin lícito que es defender el bien común.
3. El rey no es dueño de las cosas particulares y no puede ejercer su poder arbitrario. Sólo lo ejerce cuando está facultado por la ley.
4. El rey es nombrado por todos o por la mayoría.
5. Si el rey abusa de su poder, el pueblo lo califica de tirano y lo puede destituir.

En sus *Seis libros de la República*, el francés Juan Bodino (1529-1596) explica como soberanía y poder no son lo mismo. La soberanía justifica al poder. De la soberanía emana el poder pero la soberanía no es un sinónimo del poder. El poder surge de un pacto entre los diversos componentes de la sociedad por el que deciden quién va a ejercer el poder y gobernar. Establece como condición para que el pacto funcione y la armonía social prevalezca,

que decidido el titular del poder, éste debe ser obedecido por todos. En el caso de una monarquía, el rey ejerce el poder soberano pero no la soberanía.

Siglos más tarde, después de la concentración del poder y de la soberanía en el rey, en los albores del surgimiento del Estado contemporáneo, en su *Cartas de tolerancia*, John Locke (1632-1704) afirmaba que la creación de un Estado no implicaba la transferencia de todos los derechos de los individuos a ese Estado. Los hombres no podían ser tan tontos como para preocuparse de los daños de los zorros y permitir ser devorados por los leones.

Así pues, al crear al Estado los individuos le transfieren solo una parte de sus derechos de manera a capacitarlo para lograr los fines que le han asignado. Si el Estado no cumple este objetivo, los individuos tienen el derecho de cambiarlo. Así, la legalidad del Estado reposa en el “consenso” de los individuos (entendiendo por consenso el voto mayoritario del pueblo) o, dicho de otra manera, en la soberanía popular. El Estado mantendrá el poder en tanto que obedezca la ley y mantenga la confianza de los ciudadanos.

El suizo Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), en su rebautizado *Contrato social*, tampoco confunde a la soberanía con el poder político. Defiende que la soberanía es la esencia que explica al poder político, pero no son lo mismo. Le quita el poder soberano al rey y se lo da al pueblo. Un pueblo que vivirá en un contrato social (expresado en una Constitución) que hace iguales a los hombres pero los someterá a un pacto y a un tercero que es el Estado.

Rousseau promueve la democracia directa. Será el pueblo, en asambleas periódicas, quien decida los fines y la organización del Estado y lo puede hacer porque el pueblo es el soberano. Sin embargo, el pueblo soberano tiene el poder de decidir pero no tiene todo el poder porque el pueblo no gobierna. El pueblo designa a los “comisarios”, que son los que gobiernan y a quienes puede destituir si considera que no actúan a favor del pueblo. De igual forma, reconoce que el pacto debe ser renovado continuamente por la vía de la democracia directa. Ésta será la forma para cambiar o actualizar al gobierno. Sin embargo, para el autor, es claro que si se quiere una institución duradera no se debe pensar en hacerla eterna.

Por su parte, el alemán Immanuel Kant (1724-1804), en *La metafísica de las costumbres*, sostiene que la soberanía es la esencia del poder pero no el poder mismo. La soberanía ya no radica en el rey y tampoco en el pueblo, ahora radica en la ley. Sólo la obediencia y el sometimiento a sus leyes pueden asegurar el Estado de Derecho y una convivencia social pacífica. El pueblo puede, sin embargo, cambiar su Constitución y las leyes para adecuarlas a sus fines pero, ya emitidas, no oponerse a ellas porque, en principio, están orientadas a la promoción del interés común.

También desde Alemania, Jorge Jellinek (1851-1911), en varias obras, particularmente en su *Teoría general del derecho político*, concibe a la soberanía como la negación de subordinación o limitación de un Estado por cualquier otro poder. A su vez, desde Francia, Fernando Lasalle (1825-1864), en su *¿Qué es la Constitución?*, se refiere a la soberanía como una potestad pública que se ejerce autoritariamente por el Estado sobre todos los individuos que forman parte del grupo social. Para este autor, el poder soberano implica que no exista ninguna potestad superior a la suya en el exterior y ninguna potestad igual a la suya en el interior.

Así pues, la soberanía es el poder absoluto que es ejercido por los “factores reales de poder” (la monarquía, el ejército, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía y los obreros). Las aspiraciones de estos grupos de poder son los que definen la Constitución efectiva que cuando inscrita en una hoja de papel se convierte en la Constitución escrita. Una Constitución que transforma esas aspiraciones en instituciones jurídicas y quien las contradiga y atenta contra ellas debe ser castigado. La soberanía se concibe, así, como un poder que es indivisible, imprescriptible, inalienable, intransmisible e ilimitado.

Esto último no es del todo cierto pues, como afirma el michoacano Felipe Tena Ramírez (1870-1956) en su *Derecho constitucional mexicano*, la soberanía tiene principalmente dos límites: a) producir un orden jurídico (la soberanía no puede conducir a la anarquía) y, b) el respeto a las relaciones internacionales. Otros autores, como el mismo Lasalle, le añaden —con tino— que debe reflejar los factores reales de poder porque de otra manera valdría lo que valga el papel en que esté escrita.

Para efectos de estas páginas, retenemos la coincidencia en que la soberanía tiene un origen popular y que de ella emana el poder y ella decide quien lo ejerce. Se coincide, también, en que quien ejerce el poder debe siempre hacerlo en pos del bien común y que, de no hacerlo, el pueblo soberano tiene el derecho a cambiar al titular de ese poder o a la forma de gobierno que no cumpla con la expectativa mayoritaria. El origen popular de la soberanía dará pie a su consideración como un derecho humano que, como todos los demás, es inalienable, indivisible, imprescriptible.

Ya en la época del constitucionalismo contemporáneo, la soberanía popular, en tanto que derecho humano, será reconocida en las leyes fundamentales de los países y en los instrumentos internacionales.

Es el caso de la Declaración de Virginia de 1776, base constitucional para convertir en Estado a la hasta entonces colonia británica. Es un documento que proclama la soberanía popular, todo el poder era originario y derivaba del pueblo. En su articulado, establece también las bases y fundamentos del

Gobierno, así como la prohibición de privilegios de nacimiento (igualdad ante la ley), la división de poderes, el juicio por jurados, entre otros.

Es pues, la soberanía popular la que decide la forma de gobierno y quién ejerce el poder de gobernar. El artículo 2 de dicha Declaración hace una intensa defensa de la democracia al establecer que todo poder reside en el pueblo y que los funcionarios son «sirvientes» del pueblo y en todo momento responsables ante el pueblo. En este contexto, la Declaración de Virginia retoma esa facultad y la ubica como un derecho humano.

Con el mismo sentido, esta facultad popular o derecho humano, será establecida en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776. En su introducción, la Declaración da plena validez a cambiar el estado político de las 13 colonias para, mediante una revolución, separarse de la metrópoli y constituirse como un Estado independiente:

Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario que un pueblo disuelva los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tome entre las naciones de la Tierra el puesto separado e igual al que las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación.

De igual manera, fortalece la soberanía popular al determinar en su Preámbulo:

...que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios, y que organice sus poderes en forma tal que a ellos les parezca más probable que genere su seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, aconsejará que los gobiernos establecidos hace mucho tiempo no se cambien por motivos leves y transitorios; y, de acuerdo con esto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a sufrir, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia mediante la abolición de las formas a las que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, que persigue invariablemente el mismo objetivo, evidencia el designio de someterlos bajo un despotismo absoluto, es el derecho de ellos, es el deber de ellos, derrocar ese gobierno y proveer nuevas salvaguardas para su futura seguridad.

En el mismo tenor, un par de años después, en agosto de 1789, la Revolución Francesa produjo la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que, en sus primeros tres artículos, reconocen el origen natural de los derechos del hombre así como el poder de la soberanía popular. La defensa de la soberanía popular se puede sintetizar:

- I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública.
- II. La fuente de toda soberanía reside esencialmente en la nación; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella.
- III. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.
- IV. La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos.

Finalmente, la soberanía popular aparece –aunque de manera implícita– en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, emitida en 1948, contiene un preámbulo y 30 artículos que expresamente señalan los derechos humanos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El preámbulo, en su tercer considerando, distingue al Estado de Derecho y a la soberanía popular como armas fundamentales para promover y proteger los derechos humanos. En este sentido, el Estado debe garantizar a sus ciudadanos gozar de sus derechos porque de otra manera podrían hacer valer “el supremo recurso de la rebelión”. El texto dice:

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Este considerando debe ser leído de manera armónica con el artículo 30 de la Declaración. Es decir, debe ser leído para poder responder ¿Cuándo se tendría que hacer uso de él?

Artículo 30.- Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

De ser así, el pueblo podría recurrir al “supremo recurso de la rebelión”. De lo hasta ahora visto vale enumerar algunas conclusiones antes de abordar el caso mexicano;

1. La soberanía es popular porque pertenece al pueblo.
2. Al ser popular, le da derecho al pueblo a decidir su forma de gobierno y a cambiarla de ser necesario.
3. La soberanía popular no gobierna, sólo decide la forma de gobierno y cuál es su organización.
4. Los poderes del gobierno ejercen el poder pero no ejercen la soberanía. Ésta es indelegable e inalienable.
5. El pueblo en tanto que soberano, no legisla ni administra ni juzga. Esto queda decidido en el pacto social que decide el pueblo soberano.
6. Un Pacto que se expresa en una Constitución con la que se funda y organiza al Estado para que ejerza el poder.
7. No se puede pensar que el pacto original deba ser intocado. Por el contrario, la evolución social hace que sea continuamente “renovado”, y esto se hace con los mecanismos que el mismo soberano popular estableció.
8. De esta manera, el poder soberano decidió crear un constituyente permanente que, como representante del pueblo, renueve constantemente la Constitución, sin tener que convocar al constituyente original.

Finalmente, en México también se acepta el principio de la soberanía popular y que ésta es inalienable. Así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en el Título Segundo, Capítulo I, “De la soberanía nacional y de la forma de gobierno”, establece en sus artículos 39, 40 y 41:

Artículo 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.

El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados...

Al interpretar de conjunto los artículos reseñados, se puede concluir que:

- a) La soberanía en México es del pueblo y no la delega, sólo la ejerce a través de los poderes de la Unión y los de los Estados en sus respectivas competencias.
- b) El pueblo mexicano, a través de su constituyente original, mayoritariamente decidió conformar una República, representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos unidos en una federación.
- c) Como se explica a continuación, la Constitución es producto de la decisión de la mayoría del pueblo y para que así siga, se prevé su actualización continua mediante la acción de un constituyente permanente. Por lo que se mantendrá siempre válida y positiva.
- d) Al ser una decisión producto de la mayoría no da pie al “supremo recurso de la rebelión”. Dicho de otra forma, no reconoce la existencia de un “derecho a la revolución”. Acepta que pueda haber una rebelión que le quite vigencia pero esta rebelión será hecha por una minoría por lo que en cuanto la mayoría retome el poder castigará a esa minoría autora de la rebelión.

A partir de este razonamiento se concluye que la Constitución es y será siempre una expresión mayoritaria y que al tener prevista la manera de reformarla o adicionarla no perderá su vigencia.

III. EL CONSTITUYENTE PERMANENTE

¿Se puede cambiar la Constitución? La premisa de arranque es que el proyecto original, es decir la Constitución original, obedece a la circunstancia histórica del momento que vive el pueblo. Sin embargo, ésta puede cambiar y por lo tanto no se debe considerar que la Constitución no es inmutable. Puede —y debe— ser actualizada para estar a tono con la evolución social. Con esta previsión, el constituyente original establece el mecanismo para llevar a cabo las actualizaciones necesarias y es lo que se conoce como el constituyente permanente.

La soberanía popular, por supuesto, retiene el poder de cambiar la forma y organización del Estado y gobierno. La cuestión a dilucidar es si para ello requiere de convocar a un constituyente original o lo puede hacer vía el constituyente permanente.

Para Fernando Serrano Migallón en *Cambio constitucional y vida política*, “la Constitución es un compendio de la vida de un pueblo un retrato de sus anhelos y el plan de su proyecto vital; la lectura del texto constitucional puede señalar por cuanto prescribe y por cuanto prohíbe, las principales luchas de un pueblo por su libertad y por su dignidad”.

Sin embargo, para el mismo autor, “del mismo modo en que la soberanía no puede traspasar las fronteras territoriales del Estado, tampoco puede traspasar los límites del tiempo ni pretender, siendo una norma humana, comportarse como una ley eterna. Cada generación, en cada momento histórico, tiene la facultad indeclinable de decidir por sí misma las normas bajo las que han de regirse sus relaciones sociales y políticas”. A lo que añade, “cada generación aprueba o recompone lo hecho por su antecesora y aún por los padres fundadores del Estado”.

Aunque en orden diferente, Jorge Carpizo en el prólogo a la obra de Victor Wong Meraz *Constitución mexicana reforma y mutación*, también reconoce que “una Constitución tiene que actualizarse, tiene que resolver los problemas políticos y sociales de una comunidad nacional que cambia y evoluciona constantemente. Así, realidad y norma constitucionales (sic) habrán de seguir senderos comunes, en un dialogo interminable de influencias mutuas”.

El mismo autor añade que “si la realidad desborda a la norma, si la vida rebasa su cauce normativo, ese orden será sustituido por otro que responda a las nuevas necesidades e ideales de esa vida, de esa comunidad, de esa población, de esa nación”. Y concluye que “el México de 1917 era muy

diferente al de 1940, 1960, 1980 o 2000” (a lo que podríamos agregar al México del 2014).

Sin embargo, como bien insiste Juan Rodríguez Pratts, en “La creación y el cambio de la Constitución y en general del Derecho”, artículo publicado en *¿Qué es la constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?*, hay que tener cuidado para no caer en un exceso, en una “verborrea legislativa. De ser el caso, como bien decía Guillermo Floris Margadant, el Derecho tiene una característica en común con la naturaleza, ambos tienden a la exuberancia, y entonces en lugar de hacer un gobierno de leyes que limite al poder y al abuso del poder, terminamos haciendo un gobierno que agobia mediante las leyes a los hombres, a la iniciativa personal, a la posibilidad de ejercer plenamente la libertad”.

Pero la capacidad de cambio tiene sus límites. Citado por Rodríguez Pratts, Juan Manuel Bautista Morales, *El gallo pitagórico*, advirtió que: “Señores, no es posible seguir incorporando fantasías a la Constitución”, es decir, la renovación debe tener como límite a la realidad social y a las armas de la sociedad para obtener sus fines.

La discusión sobre la actualización de la Constitución la explica correctamente Víctor Wong, en su libro *Constitución mexicana reforma y mutación* al afirmar que “la Constitución Mexicana de 1917 ha celebrado más de nueve décadas de vida, y frente a esto nos encontramos ante dos posturas: la primera es festejar esos (más de) 90 años, entendiendo que se requieren algunas reformas, con el objeto de que se actualice a su nueva realidad. La segunda y más radical consiste en la formulación de una nueva Carta Magna, ya que la actual se encuentra desfasada. Sin embargo, en cualquiera de las dos posturas, se requiere de un acuerdo político donde los actores estén comprometidos para la realización de un proyecto de gran envergadura” y con ello propone una nueva Constitución.

Lo cierto es que el sistema mexicano ha optado, más que por emitir una nueva Constitución, por actualizar la Ley Fundamental por la vía de las reformas y adiciones. Como se ve en la parte final de este ensayo, al realizar un análisis cuantitativo de las reformas constitucionales, es fácil constatar que, con excepción de 27 artículos, todos los demás han sido reformados y muchos en más de cinco veces. Constatar que gran parte de las reformas se llevaron a cabo en los años del neoliberalismo, a partir de 1985, y con particular concentración del 2000 al 2014. En este periodo se hicieron alrededor del 60% del total de reformas realizadas desde 1917. Esta situación, enriquecida con el análisis cualitativo de las reformas, nos haría ver que no es necesaria una nueva Constitución porque de hecho ya la tenemos.

Se ha dejado ya suficientemente establecido que la soberanía tiene un origen popular y que ella no ejerce el poder pero sí define, en una Constitución, la forma de gobierno y la forma de ejercer el poder. De igual forma, que el pueblo, en todo momento, mantiene su derecho original a cambiar la forma de gobierno o los titulares del poder si éstos no promueven su continuo bienestar.

Páginas atrás también se señaló que la Constitución original no es inmutable. Bien por el contrario, debe ser periódicamente actualizada para mantenerla a tono con la evolución social.

Wong nos recuerda que, “de acuerdo con Loewenstein, debe existir un método establecido de antemano para la adaptación pacífica de la Constitución a las cambiantes condiciones sociales y políticas: lo que este autor llama el método racional de la reforma constitucional para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución”. El problema radica en dar respuesta a dos preguntas:

- a) Si periódicamente la actualización del texto constitucional implica convocar al pueblo –a los ciudadanos– como constituyente original a realizar la reforma o si ésta puede ser hecha por el constituyente permanente, y
- b) Si el poder constituyente permanente es representante de la soberanía popular y qué tanto puede cambiar la Constitución original.

Respecto al inciso a), de entrada es preciso estar de acuerdo con Carl Schmitt que en su *Teoría de la Constitución* afirma que “el pueblo, como titular del poder Constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es... autoridad permanente... (sin embargo) necesita ser, en la democracia, capaz de decisiones y actuaciones políticas... es apto para decir sí o no a las cuestiones fundamentales de su existencia política... la debilidad consiste en que el pueblo ha de decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo...”.

Por lo tanto, la fuerza del pueblo, la soberanía popular vista en la primera parte de este ensayo, se muestra en la conformación de un constituyente original y, por voluntad del mismo expresada en la Constitución, se mantiene presente en un constituyente permanente al que asigna la misión de actualizar la Ley Fundamental.

En el caso mexicano, es preciso referirnos a los dos últimos artículos de la Constitución original. Los artículos son el 135 y el 136, sólo que para efectos del razonamiento que se expondrá, su análisis se hace cambiando su

orden numérico. En el Título Noveno, “De la Inviolabilidad de la Constitución”, su único artículo establece:

Artículo 136.- Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Es claro que el constituyente original sabía bien que reflejó en la Constitución el sentir mayoritario de la soberanía popular y que se impuso a las minorías. Acepta, sin embargo, que alguna de ellas pueda rebelarse e imponerse alterando la forma de gobierno. También es claro su sentir de que esto sólo representaría una situación temporal pues, al final, el sentir mayoritario se impondrá y devolverá vigencia a la Constitución que, como ya se dijo, refleja el sentir de la mayoría popular.

De ser lo contrario, sería aceptar que esa minoría tiene el derecho jurídico reconocido de poder constituirse como constituyente original e imponerse a la mayoría, y cambiar la forma de gobierno. En el marco de la democracia actual, nada de esto puede ser aceptable. La Constitución original representa el triunfo de un proyecto mayoritario que decidió cómo se debe ejercer el poder en beneficio prioritario de esa mayoría.

Sin embargo, es un proyecto que no es inmutable. El constituyente original mexicano (por razones de espacio sólo se hará referencia a la Constitución del 1917), tuvo claro que la Constitución debería ser periódicamente actualizada. En razón de lo anterior, diseñó el mecanismo para adicionar o reformar la Constitución. Así, en el Título Octavo, “De las Reformas de la Constitución”, establece:

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

Con este mecanismo de reforma o adición, el constituyente original se aseguró que la Constitución siempre seguirá reflejando los intereses de la mayoría y no perderá su actualidad. De frente al artículo 135, es posible concluir que la soberanía popular que lo creó, de acuerdo con el artículo 39, se reservó su indiscutible derecho a cambiar la Constitución pero mediante el mecanismo que ella misma estableció que es el constituyente permanente. Un poder que, como se explica más adelante, son los poderes de la Unión y de los Estados en “sus respectivas competencias”.

¿Hasta dónde llega la facultad del constituyente permanente? ¿Puede cambiar todo y toda la Constitución? Como se demostrará en el análisis cuantitativo, el permanente puede cambiar cualquier precepto constitucional y en el sentido que considere conveniente. Quizá lo único que no puede cambiar es con un solo decreto y en un solo momento toda la Constitución. Lo puede hacer pero con varios decretos y en varios momentos. Y, excepto por 27 artículos de 136, es lo que ha hecho.

Vale señalar que en la actualidad se reflexiona sobre si el poder constituyente permanente en verdad refleja a la soberanía popular y puede sustituirse a un constituyente original. Quienes hacen el cuestionamiento explican que el artículo 39 habla del constituyente original que es el pueblo y es el “propietario” de la soberanía popular. Explican también, que el constituyente original se equivocó al aprobar el artículo 41 que establece el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión... y por los de los Estados...

Y, sin embargo, este artículo y el 135 son la base legal que permite a los poderes constituidos convertirse en el poder constituyente permanente a través del cual “el pueblo ejerce su soberanía en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución...”.

Al constituyente permanente se le han hecho históricamente fuertes críticas. La primera y más fuerte es que está conformado por miembros de los poderes constituidos, ya federal ya locales, que no fueron elegidos para reformar la Constitución. Son representantes de sus respectivos distritos electorales o entidades federativas y fueron elegidos para hacer leyes secundarias que permitan el cumplimiento de las normas constitucionales pero no para modificar la Constitución misma. Esto, según afirman, sólo lo debería hacer el pueblo vía la democracia directa.

Las críticas al constituyente permanente se han recrudecido cuando sus miembros han actuado en defensa de intereses partidarios que pudieran no representar el sentir mayoritario de la población. La forma cómo recientemente, en los últimos meses del 2013 y los primeros del 2014, se aliaron representantes de partidos de diferente ideología para aprobar algunas refor-

mas de las llamadas “estructurales” avivó mucho el cuestionamiento sobre la conformación y actividad del poder constituyente permanente.

De hecho, este cuestionamiento ha también producido la polémica de si existe o debiera existir una manera para convocar al constituyente original y que sea éste quien reforme, adicione o emita una nueva Constitución. Quienes así opinan, pretenden interpretar al actual artículo 39 de la Constitución como la base para convocar un constituyente original que emita una nueva Constitución.

En este sentido, ha sido común en los últimos 15-20 años, escuchar que es urgente la necesidad de contar con una nueva Constitución. Se afirma que una Constitución, hecha en tres meses hace 97 años, que lleva más de 600 reformas y adiciones y que está produciendo el país en que vivimos lleno de desigualdades sociales, hace evidente la necesidad de cambiarla y actualizarla o, de plano, de emitir una nueva.

Cuando se constatan los resultados referidos al bienestar común, es indudable que resulta válido cuestionar si la Constitución que tenemos es la que deberíamos tener. A casi 100 años de su vigencia y de las promesas sociales ahí escritas, lo cierto es que más de la mitad de la población vive en la pobreza. Sus indicadores de salud, vivienda, educación, alimentación, distribución del ingreso, entre otros, realmente son decepcionantes si los comparamos con el concepto de democracia que la misma Constitución en su artículo 3º establece: "...considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".

A casi 100 años distancia, entre los propósitos y las realidades es posible estar de acuerdo con quienes promueven una nueva Constitución. Con un texto que asegure la permanente mejora democrática, que ponga al Estado al servicio del desarrollo y promueva el bienestar y la felicidad de su población. ¿Pero es indispensable convocar al constituyente original? ¿Los desequilibrios son culpa de la Constitución o de quienes han ejercido el poder que la soberanía popular les dio? ¿Una nueva Constitución permitirá en “automático” corregir esos desequilibrios? Este autor cree que no.

En realidad, para cambiar la Constitución e imponer un nuevo modelo de desarrollo, no ha sido necesario ni una revolución ni un constituyente original. Para eso ha estado el constituyente permanente, cuyos resultados cuantitativos y cualitativos nos indican que la Constitución de febrero del 1917 es diferente a la Constitución de febrero del 2014, como se demuestra a continuación.

IV. LA RENOVACIÓN CONSTITUCIONAL DESDE LO CUANTITATIVO

Se advierte, como ya se dijo en la presentación de este ensayo, que el amplio número de reformas y adiciones y la limitada extensión de este estudio, impiden el análisis cualitativo de las reformas que se han hecho a la Constitución desde 1917. Un análisis que, sin duda, es más importante. Pero, en todo caso, el aspecto cuantitativo cumple bien el propósito de contestar si la Constitución de hoy es igual a la de 1917.

De ahí que las reformas constitucionales, por lo menos buena parte de las operadas a partir de 1985, se inscriban en el proceso de consolidación de un nuevo modelo de desarrollo. Un nuevo modelo cuya base de partida es “borrar del mapa” las políticas sociales y de desarrollo económico con justicia social que quedaron inscritas en el texto y en la voluntad constitucional de 1917. Políticas que imperaron a lo largo de casi todo el siglo xx y que el país presumió ante el mundo occidental por ser el primero que a nivel de la Ley Fundamental otorgaba garantías sociales.

A partir de la mitad de la década de los años 80, el país trastocó los principios y valores nacionales inmersos como aspiraciones sociales plasmados en el orden jurídico de la Constitución de 1917. Un mexicano de los no lejanos años setenta, incluso de los 80, no se habría imaginado nunca:

- Que un mexicano podría tener dos o más nacionalidades;
- Que el presidente podría ser hijo de personas nacidas en el extranjero naturalizadas mexicanas;
- Que el ejido se podría privatizar;
- Que las iglesias serían reconocidas jurídicamente por el Estado;
- Que la inversión extranjera entraría libremente y casi sin condiciones;
- Que la doctrina Estrada iba a ser olvidada;
- Que la autosuficiencia alimentaria y el campo dejarían de ser una prioridad;
- Que nuestra Constitución y nuestras leyes secundarias estarían dictadas o se reformarían a causa de una soberanía exterior expresada en tratados internacionales;
- Que el Estado dejaría de ser empresario y disminuiría su condición histórica como el principal canal de movilidad social del país;
- Que el Estado privatizaría el ferrocarril, los puertos, los aeropuertos y que renunciaría a su participación directa en las telecomunicaciones;

- Que se abandonarían las políticas de fomento industrial a favor de un libre comercio internacional.
- Que las principales empresas industriales y comerciales, serían extranjeras y obedecerían, sin cortapisas, a las políticas de sus matrices y aprovecharían la transición mexicana para sentar las bases para lucrar sin preocuparse del desarrollo social del país;
- Que la banca sería principalmente extranjera así como gran parte del sector financiero y que sus centros de decisión estarían fuera de nuestras fronteras.
- Que se permitiría la inversión privada las industrias petrolera y eléctrica.

Sin embargo, todo esto es realidad. Una realidad que casi en todos los casos, significó una reforma constitucional que contradujo, sin piedad, al constituyente del 17 y al constitucionalista Schmitt, quien doctrinalmente estableció que toda Constitución es reformable excepto en sus principios fundamentales.

Sin la menor duda, la globalización ha promovido un nuevo orden constitucional mexicano. Esta afirmación se demuestra a continuación. El análisis es cuantitativo y se divide en dos etapas: la del desarrollo nacionalista “hacia adentro”, de 1917 a 1985, y la del crecimiento económico neoliberal “hacia fuera” de 1985 a la fecha (febrero del 2014).

Como ya se afirmó en la presentación de este ensayo, si bien el número de artículos se ha mantenido en 136, no así su contenido. Sin incluir los artículos transitorios, la Constitución de 1917 tiene un total de 21,173 palabras. La del 2014, tiene 67,350 palabras. ¿Es o no una nueva Constitución desde lo cuantitativo?

Por su parte, los siete cuadros inscritos al final de este ensayo, son prueba evidente que la Constitución del 2014 es otra. Una que ha sustituido a la de 1917 y son prueba evidente que no se requiere de un constituyente original. El permanente ya ha hecho su tarea y nos guste o no, es una nueva Constitución la que nos rige.

En el primer cuadro, se hace una síntesis de las reformas y adiciones durante los últimos 97 años. Es demasiado claro: de las 601 reformas y adiciones a la Constitución desde 1917 a la fecha, 359 (alrededor del 60%) fueron hechas en los 29 años del periodo neoliberal, contra 242 (alrededor del 40%) que fueron realizadas en los casi 68 años del desarrollo “hacia adentro”.

Por su parte, en el cuadro dos se enumeran los artículos que después de 97 años no han sido reformados. Hay 27 que nunca han sido “tocados” y entre

ellos “hay de todo”, desde el artículo 47 que establece que el “Estado de Nayarit tendrá la extensión territorial y límites que comprende actualmente el territorio de Tepic”, hasta, por su importancia, los numerales 39 y 40. Éstos referidos a defender la soberanía popular y la forma republicana, federal, representativa y democrática de gobierno.

Algo similar se puede afirmar respecto al 9º y 10º que garantizan el derecho de petición y asociación, o del 12 y 13 que defienden la ignorancia de los títulos hereditarios o el enjuiciamiento por tribunales especializados. Igual con el 136 que, como ya referido, mantiene la vigencia de la Constitución.

El cuadro tres nos señala a los artículos que sólo han sido cambiados de una a cuatro veces en el periodo de 97 años. Estamos hablando de 66 artículos que han sufrido 254 reformas. De éstas, 57 fueron hechas durante el periodo “hacia adentro” y 197 obedecieron a los requerimientos de la apertura económica y al desarrollo “hacia afuera”.

A su vez, el cuadro cuatro, señala los artículos que han sufrido entre cinco y nueve reformas. En total son 26 artículos que en conjunto han pasado por 169 reformas. De estas, 63 corresponden al periodo “hacia adentro” y 106 al periodo “hacia fuera”.

Destaca el caso del artículo 3º referente a la educación que hasta 1986 sólo se había reformado tres veces y de ahí a la fecha lo ha sido seis veces. Igual caso para los artículos 18, 20, 28, 41 y 78, relativos respectivamente a la legalidad del proceso judicial y la implantación del sistema penal acusatorio, a la libre competencia, a la competitividad y la redefinición de los sectores estratégicos y prioritarios en los que sólo el Gobierno podía participar, o a la participación política vía los partidos políticos y la regulación del INE o a facultar a la Comisión Permanente del poder Legislativo para autorizar licencias al presidente de la República. Vale señalar que todos estos nuevos contenidos no estaban en la Constitución del 17. Así que los numerales pudieran coincidir pero los contenidos no. Esto es lo que hace que tengamos una nueva Constitución.

Todos estos artículos, en general, fueron reformados entre 7 y 9 veces, de las que seis lo fueron durante los últimos 28 años del periodo “hacia afuera”.

El cuadro cinco nos enumera los artículos que han sido reformados en más de 10 ocasiones. En total son 16. Han sido reformados en 278 ocasiones, lo que en sí representa casi la mitad del total de reformas constitucionales de los últimos 97 años. De este total, 122 reformas fueron hechas entre 1017 y 1985, y 156 lo fueron de 1986 a la fecha, en el periodo del neoliberalismo.

Destaca y por mucho el artículo 73 que ha sido reformado 71 ocasiones y jefatura el record. De éstas, 32 fueron hasta 1985 y 39 después. Este artículo es particularmente importante porque establece las facultades del Congreso

Federal. Debe ser leído en armonía con el 124, que establece que las facultades que no estén expresamente otorgadas a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Por lo tanto, cada adición a este artículo significa una atribución más al Congreso Federal y una atribución menos a los Estados. Es el medidor del federalismo y el propulsor del centralismo. En sus 71 reformas pasó de 31 a 51 fracciones, lo que nos da idea de las restricciones al federalismo.

En el mismo caso está el artículo 116 que durante el periodo “hacia adentro” nunca fue reformado y de 1985 a febrero del 2014 ha sido reformado 11 veces. El artículo se refiere al orden político interno de las entidades federativas y no ha tenido la intención de impulsar su gestión autónoma, o “soberana”, diría la Constitución, sino la preeminencia del gobierno central.

Idéntico caso es el del artículo 122 que debe sus 11 reformas al periodo neoliberal. En esas reformas, el Distrito Federal pasó (no sé bien a qué) tener un jefe de gobierno y unos jefes delegacionales que son producto de sendas elecciones y toda una estructura administrativa que se duplica y traslapa. Adicionalmente, está en proceso de lograr su propia Constitución y, entonces, declararse como un Estado más de la Federación. Algo muy lejano a lo previsto en la Constitución de 1917.

El cuadro seis nos enumera las reformas, siempre para el periodo analizado, detalladas por periodo sexenal. Se constata que los 13 presidentes del desarrollo “hacia adentro” realizaron 213 reformas. Hubo como en el caso de Emilio Portes Gil o Adolfo Ruiz Cortines que solo impulsaron dos reformas en su sexenio, o el de Pascual Ortiz Rubio que lo hizo en 4 ocasiones.

Por su parte, los seis presidentes del neoliberalismo han realizado 401 reformas. El que menos fue Carlos Salinas de Gortari con 55 y el que más Felipe Calderón Hinojosa con 110. Pero, es de señalar que Enrique Peña Nieto en sus primeros 14 meses y medio, ya propuso 62 reformas que han sido aprobadas y “sigue la mata dando”. Es probable, casi seguro, que rebase al presidente Calderón.

Finalmente, el cuadro siete presenta al listado total de los artículos de la Constitución y detalla cuántas reformas ha tenido cada uno de ellos y en que periodo de desarrollo.

V. CONCLUSIÓN

No es muy larga. La cantidad de reformas y adiciones a la Constitución de 1917 permiten afirmar que tenemos una nueva Constitución; que no es necesario convocar a un constituyente original que no está previsto en la

Constitución vigente. Hay que aceptar que el constituyente permanente es “todopoderoso” para actualizar el texto de la Ley Fundamental y asegurar que se corresponda con la realidad social actual. Puede no gustarnos lo que hace y decide, pero es el representante de la soberanía popular y mientras constitucionalmente no sea modificado, es el medio que el constituyente original diseñó para actualizar la Constitución y es el válido. Con su labor, particularmente de los últimos 29 años, ya tenemos una nueva Constitución.

CUADRO 1: REFORMAS A ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES POR NÚMERO Y POR MODELO DE DESARROLLO

SÍNTESIS GENERAL 1917-2014				
Según número de reformas	Total artículos	Total reformas	Desarrollo hacia adentro 1917-1984	Desarrollo hacia afuera 1985-2014
Sin reformas	28			
De una a cuatro	66	154	57	97
De cinco a nueve	26	169	63	106
Más de 10	16	278	122	156
Total	136	601 (sin incluir 13 reformas a transitorios)	242	359

CUADRO 2: ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES SIN REFORMA 1917-2014

8°	47	81	124
9°	50	86	125
12	57	87	126
13	62	91	128
23	64	118	129
38	68	120	132
39	80	121	136

CUADRO 3: ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES CON DE UNA A CUATRO REFORMAS
1917-2014

Artículo	Total de reformas	Desarrollo hacia adentro 1917-1984	Desarrollo hacia afuera 1985-2014
1o	3	0	3
2o	1	0	1
5o	4	2	2
7o	1	0	1
10	1	1	0
11	1	0	1
14	1	0	1
15	1	0	1
17	3	0	3
19	4	2	2
24	2	0	2
25	4	1	3
26	4	1	3
29	4	1	3
30	4	3	1
31	4	0	4
32	3	2	1
33	1	0	1
34	2	2	0
35	4	0	4
36	3	0	3
37	4	1	3
40	1	0	1
42	2	2	0
44	1	0	1
46	3	0	3
48	1	1	0
49	2	2	0
51	2	2	0
53	2	1	1
56	4	1	3

58	3	2	1
59	2	1	1
61	1	1	0
63	3	1	2
66	2	0	2
67	1	1	0
69	4	1	3
70	1	1	0
71	2	0	2
72	2	1	1
75	1	0	1
77	2	0	2
84	4	2	2
85	3	1	2
88	2	1	1
90	3	1	2
92	2	1	1
95	4	1	3
96	2	1	1
101	3	0	3
103	2	0	2
106	2	0	2
108	4	1	3
109	1	1	0
112	1	1	0
113	2	1	1
114	1	1	0
117	4	4	0
119	3	0	3
127	3	1	2
130	1	0	1
131	2	2	0
133	1	1	0
134	2	1	1

135	1	1	0
66	154	57	97

CUADRO 4: ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES, DE CINCO A NUEVE REFORMAS
1917-2014

Artículo	Total reformas	Desarrollo hacia adentro 1917-1984	Desarrollo hacia fuera 1985-2014
3°	9	3	6
6°	5	1	4
16	6	1	5
18	7	2	5
20	7	1	6
21	5	1	4
22	5	1	4
28	8	2	6
41	7	1	6
43	6	5	1
45	6	6	0
52	8	7	1
54	8	3	5
55	7	4	3
60	6	2	4
65	6	1	5
78	7	1	6
82	7	3	4
83	5	3	2
93	6	2	4
98	5	3	2
99	6	1	5
100	5	2	3
102	7	2	5
104	8	4	4
110	7	1	6
26	169	63	106

CUADRO 5: ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES CON MÁS DE 10 REFORMAS
1917-2014

Artículo	Total reformas	Desarrollo hacia adentro 1917-1984	Desarrollo hacia fuera 1985-2014
4°	13	4	9
27	19	13	6
73	71	32	39
74	16	6	10
76	13	6	7
79	12	6	6
89	17	7	10
94	12	7	5
97	10	5	5
105	11	1	10
107	15	7	8
111	10	4	6
115	14	8	6
116	11	0	11
122	11	0	11
123	23	16	7
16	278	122	156

CUADRO 6: REFORMAS CONSTITUCIONALES POR MODELO DE DESARROLLO Y PERIODO PRESIDENCIAL
1917-2014

Modelo “hacia adentro” 1917-1985		Modelo “hacia afuera” 1985-2014	
Álvaro Obregón	8	Miguel de la Madrid Hurtado	66
Plutarco Elías Calles Campuzano	18	Carlos Salinas de Gortari	55
Emilio Portes Gil	2	Ernesto Zedillo Ponce de León	77
Pascual Ortiz Rubio	4	Vicente Fox Quesada	31
Abelardo L. Rodríguez	22	Felipe de Jesús Calderón Hinojosa	110
Lázaro Cárdenas Del Río	15	Enrique Peña Nieto	62 al 10 de febrero de 2014
Manuel Ávila Camacho	18		

Miguel Alemán Valdés	20		
Adolfo Ruiz Cortines	2		
Adolfo López Mateos	11		
Gustavo Díaz Ordaz	19		
Luis Echeverría Álvarez	40		
José López Portillo Y Pacheco	34		
Total (incluye reformas a 13 transitorios)	213		401

CUADRO 7: ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES POR NÚMERO DE REFORMA Y MODELO DE
DESARROLLO
1917-2014

Artículo	Sin Reformas	Total Reformas	Desarrollo hacia adentro 1917-1984	Desarrollo hacia afuera 1985-2014
1°		3	0	3
2°		1	0	1
3°		9	3	6
4°		13	4	9
5°		4	2	2
6°		5	1	4
7°		1	0	1
8°	0			
9°	0			
10		1	1	0
11		1	0	1
12	0			
13	0			
14		1	0	1
15		1	0	1
16		6	1	5
17		3	0	3
18		7	2	5
19		4	2	2
20		7	1	6
21		5	1	4
22		5	1	4
23	0			

24		2	0	2
25		4	1	3
26		4	1	3
27		19	13	6
28		8	2	6
29		4	1	3
30		4	3	1
31		4	0	4
32		3	2	1
33		1	0	1
34		2	2	0
35		4	0	4
36		3	0	3
37		4	1	3
38	0			
39	0			
40		1	0	1
41		7	1	6
42		2	2	0
43		6	5	1
44		1	0	1
45		6	6	0
46		3	0	3
47	0			
48		1	1	0
49		2	2	0
50	0			
51		2	2	0
52		8	7	1
53		2	1	1
54		8	3	5
55		7	4	3
56		4	1	3
57	0			
58		3	2	1
59		2	1	1
60		6	2	4
61		1	1	0
62	0			
63		3	1	2
64	0			

65		6	1	5
66		2	0	2
67		1	1	0
68	0			
69		4	1	3
70		1	1	0
71		2	0	2
72		2	1	1
73		71	32	39
74		16	6	10
75		1	0	1
76		13	6	7
77		2	0	2
78		7	1	6
79		12	6	6
80	0			
81	0			
82		7	3	4
83		5	3	2
84		4	2	2
85		3	1	2
86	0			
87		1	0	1
88		2	1	1
89		17	7	10
90		3	1	2
91	0			
92		2	1	1
93		6	2	4
94		12	7	5
95		4	1	3
96		2	1	1
97		10	5	5
98		5	3	2
99		6	1	5
100		5	2	3
101		3	0	3
102		7	2	5
103		2	0	2
104		8	4	4
105		11	1	10

106		2	0	2
107		15	7	8
108		4	1	3
109		1	1	0
110		7	1	6
111		10	4	6
112		1	1	0
113		2	1	1
114		1	1	0
115		14	8	6
116		11	0	11
117		4	4	0
118	0			
119		3	0	3
120	0			
121	0			
122		11	0	11
123		23	16	7
124	0			
125	0			
126	0			
127		3	1	2
128	0			
129	0			
130		1	0	1
131		2	2	0
132	0			
133		1	1	0
134		2	1	1
135		1	1	0
136	0			
Total	27	601	242	359

VI. BIBLIOGRAFÍA

Libros

AA.VV., Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, 8ª ed., México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-LXII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor. VII t.

BARTLETT DÍAZ, Manuel, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa.

BÉJAR FONSECA, José Luis, *La transición constitucional en México*, México, Ed. Novum, 2012.

BODINO, Juan, *Seis libros de la República*, s.p.i.

CABALLERO, Ángel, *Constitución y realidad constitucional*, México, Porrúa-Itesm, 2005.

CARRÉ DE MALBERG, Raymundo ¿Qué es la Constitución?, s.p.i.

JELLINEK, Jorge *Teoría general del Derecho político*, s.p.i.

Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1909.

LOCKE, John, *Cartas de Tolerancia*, s.p.i.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*. Madrid, Ed. Alianza, 1982.

ROUSSEAU, Juan Jacobo *Contrato social*, s.p.i.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, México, Ed. Porrúa.

WONG MERAZ, Víctor, *Constitución mexicana reforma y mutación*, México, Porrúa, 2010.

Artículos

GARRIDO, Luis Javier, “El desmantelamiento de la constitución mexicana de 1917”, en *¿Qué es la Constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?*, México, Ed. Porrúa, 2002.

RODRÍGUEZ PARTS, Juan José, “¿Qué es la Constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?”, en *¿Qué es la Constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?*, México, Porrúa, 2002.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando, “Cambio constitucional y vida política”, en *¿Qué es la Constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?*, México, Porrúa, 2002.

Documentos

Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, emitida en
1948.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de febrero del
2014.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAPHIC REVIEW

CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *El Derecho civil en México. Dos siglos de historia*, México, Editorial Porrúa, 2013.

El libro que aquí se reseña lleva por título: *El Derecho civil en México. Dos siglos de historia*, y se divide en dos partes: la primera, intitulada: “El Derecho civil en la época independiente. Formación de las instituciones jurídicas en la materia” y, la segunda: “El Derecho civil en la época revolucionaria mexicana, hacia una socialización de la norma jurídica”.

En el prólogo escrito por el doctor Eduardo Luis Feher Trenchiner se señala que el propio título de la obra nos invita a acercarnos al estudio del Derecho civil desde dos puntos históricamente determinados: por un lado, la formación de las instituciones y; por otro, la socialización de la norma jurídica. Los doscientos años del Derecho civil en México a los que se refiere el libro retoman tanto los antecedentes de las culturas prehispánicas como, evidentemente, las provenientes del Derecho romano. Según el doctor Feher, el libro ofrece; por una parte, una visión panorámica de la llegada del Derecho civil a nuestro país resaltando lo complejo que resultó aplicar la legislación española en tierras novohispanas y; por otra, un análisis del proceso de descodificación vivido en nuestros días. En este sentido, comparto lo expresado en el prólogo del libro: la autora ha fotografiado la historia con fineza, objetividad, imparcialidad y autoridad.

La primera parte de la obra, la que se ocupa de la formación de las instituciones jurídicas civiles, se divide en siete apartados. El primero, titulado: “El concepto de Derecho civil y las compilaciones del Derecho romano”, plantea el problema que representa determinar la definición, contenido y naturaleza del Derecho civil. Al respecto, se analizan sucintamente tres cuestiones sumamente interesantes: *i*) que aun cuando en sus orígenes (en el *ius civile* romano) el Derecho civil era visto como un todo integral, paulatinamente se ha desmembrado dando lugar a ramas autónomas e independientes; *ii*) que existe cierta unanimidad en aceptar como contenidos del Derecho civil todo lo que alude a la persona, los bienes, los hechos y actos jurídicos, el

patrimonio, los derechos reales, las obligaciones, el derecho de familia y las sucesiones; y *iii*) que al Derecho civil se le ha encomendado una función muy particular dentro del sistema jurídico: la de ser norma complementaria frente a las demás ramas o materias jurídicas. Finalmente, se exponen algunos temas por lo que hace a la complicación del Derecho romano.

El segundo apartado lleva por título: “La primera codificación del mundo. El Código Civil de los franceses”. En él describe, por una parte, el proceso de creación del denominado Código Napoleón y, por otra, la estructura que este tuvo en la regulación de la persona, los bienes, la familia y las sucesiones. Ahí, se apunta una idea fundamental para entender la naturaleza y alcances de muchas de nuestras instituciones jurídicas: ese código tuvo influencia, primero, en diversos países de Europa donde Napoleón gozaba de autoridad y, posteriormente, en los países de tradición escrita o codificada como el nuestro.

El tercer apartado intitulado: “Organización jurídica de algunas culturas de la Época Prehispánica”, tiene como objetivo analizar el desarrollo jurídico de algunas culturas prehispánicas, tales como: la olmeca, la maya y la azteca; destacando, en todo caso, lo relativo a la estructura y organización social, las instituciones o figuras jurídicas de mayor importancia y la regulación de la tierra.

En el cuarto apartado que se titula: “La llegada del Derecho civil a México”, se aborda uno de los temas centrales para la historia del Derecho mexicano, el concerniente al proceso de recepción por parte de los pueblos indígenas del Derecho de la corona española. A consecuencia de la Conquista, asegura la doctora Castañeda Rivas, se produce un encuentro de dos formas de pensamiento: una civilización neolítica con predominio azteca en su aspecto jurídico y una civilización hispánica que se caracterizaba porque su sistema jurídico integraba algunos postulados romanos, germánicos, canónicos y aquellos provenientes de la monarquía. El descubrimiento, conquista y colonización de nuestro territorio generaron un nuevo Derecho, el Derecho indiano al cual le siguió el novohispánico. En ese apartado también se enlista la legislación española aplicada en el territorio de la Nueva España destacándose, desde luego, las Siete Partidas de Alfonso X “El sabio”.

En el apartado quinto intitulado: “El Derecho civil en México, durante la colonia. La imposición estrictamente española”, la autora refiere que durante los primeros años de vida de la Nueva España las cuestiones legales derivadas de la Conquista y de la colonización tuvieron que resolverse de

manera casuística, dado que la forma de vida del pueblo conquistado no siempre estaba prevista en los ordenamientos del pueblo español. Esta forma de aplicar el derecho hizo urgente la necesidad de recopilar las normas indianas y ponerlas en orden. Es así como surge la Recopilación de Leyes de las Indias. En esa recopilación se incluyó, por ejemplo: lo relacionado a la propiedad inmobiliaria, el contrato de mandato, el de seguro, fletamento, algunas reglas especiales tanto para los contratos celebrados con los indios como para la sucesión de estos, la forma de transitar de la poligamia aborigen a la monogamia cristiana, los impedimentos para contraer matrimonio, etc.

En el apartado sexto que tiene por título: “El Derecho civil, de la dominación española a la independencia”, se enlistan algunos ordenamientos jurídicos posteriores al movimiento de independencia, tales como: el Código Civil de Oaxaca (1825-1827), las Leyes de Reforma (1857-1859), el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California (1870) y el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California (1884), entre otros.

El apartado séptimo titulado: “El Derecho civil en México durante el siglo XIX”, comienza con una afirmación del todo clarificante para comprender el por qué de la estructura y sistematización del Derecho mexicano: la decisión de elaborar códigos locales históricamente se debe, por un lado, al poder político y económico imperante en la Nueva España y, por otro, a la irrupción producida por el Código Civil francés en los países de tradición jurídica escrita.

En ese apartado la doctora Castañeda Rivas menciona que la Constitución de 1824 no plasmó la facultad para el poder legislativo federal de dictar la codificación civil con carácter general, razón por la cual dicha atribución quedó reservada a los congresos locales. Así las cosas, se inició la codificación en nuestro país de donde se desatacan: el Código Civil de Oaxaca (1827 y 1829) (el primero en la región de Iberoamérica), el de Zacatecas (1831) y el de Jalisco (1833).

También se abordan las Leyes de Reforma producto del triunfo de los liberales frente a los conservadores en la disputa que se inició con la Revolución de Ayutla. De esas leyes la autora se refiere particularmente a dos: a la Ley del Matrimonio Civil y a la Ley Orgánica del Registro Civil. En virtud de la primera se le da el carácter de contrato civil al matrimonio para contraponerlo o distinguirlo del acto religioso y, de la segunda, el Estado

toma el control de los registros de nacimiento, matrimonio y fallecimiento de las personas.

Finalmente, se exponen algunos datos históricos del proyecto de Código Civil de Justo Sierra, del Código Civil del Imperio ordenado por Maximiliano de Habsburgo y de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884.

La segunda parte del libro, aquella que trata la socialización de la norma jurídica, se divide en seis apartados. El primero, que siguiendo el orden de la obra es en realidad el octavo, se titula: “Trascendencia y alcances del movimiento revolucionario”. En él se plasman ciertas ideas en relación a la Revolución Mexicana de 1910. La doctora Castañeda Rivas sostiene que una revolución siempre involucra una noción de cambio ligado con la violencia, pues implica derribar a las autoridades políticas para sustituirlas por otras. Aun cuando la Revolución de 1910 buscó beneficios económicos, sociales, políticos, electorales, etcétera, es difícil percibir quiénes fueron los vencedores o los vencidos, ya que la pérdida de vidas, el gasto en armamento y la ausencia del Estado de Derecho evidencian en sí mismo una pérdida. Con estas ideas la autora prepara al lector para el estudio de los siguientes temas.

El noveno apartado de la obra que lleva por título: “El Derecho civil después de la Independencia”, está destinado, precisamente, a estudiar algunas de las consecuencias jurídicas que tuvo el movimiento de independencia. Ahí, se sostiene que concluido el movimiento liberatorio la actividad legislativa del nuevo Estado se centró en el Derecho constitucional y administrativo, el Derecho civil sólo se modificó en cuanto a la igualdad de los habitantes, y la abolición de la esclavitud y de algunos fueros y privilegios de acuerdo con la propia declaración de independencia. A falta de una nueva legislación las relaciones civiles continuaron regidas con base en las normas aplicables durante la Colonia. Es así como el Derecho privado de la época colonial sobrevivió hasta el último tercio del siglo XIX, época de la consolidación del proceso codificador.

En el décimo apartado titulado: “Derecho civil en la época revolucionaria”, después de exponer las causas que detonaron el movimiento revolucionario, la autora se aboca al estudio del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928 que, a decir de ella, es la legislación más importante de la época en la materia civil. En este sentido, alude a la comisión redactora que con una visión revolucionaria y socializante pretendía cambiar las visiones

de los códigos decimonónicos. En otras palabras, se destierra para siempre el aspecto individualista de la materia civil para crear normas de corte social.

En ese apartado también se hace referencia a los antecedentes del llamado Código de 1928, su publicación, su inicio de vigencia, las opiniones de los miembros de la comisión redactora, el entorno histórico y la exposición de motivos.

A propósito del análisis que hace la autora de la exposición de motivos, me permito citar algunas ideas que comparto con ella: *i*) el cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el Derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan; *ii*) es infundada la opinión de quienes sostienen que el Derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares cuando no se afecta de manera directa a la sociedad, pues son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social; *iii*) indudablemente, el legislador de 1928 se inspiró en las ideas de Léon Duguit que por primera vez en la historia puso en blanco y negro las transformaciones del Derecho privado a partir del Código Napoleón. Léon Duguit revoluciona el Derecho para darle un corte eminentemente social; y *iv*) con las ideas de Duguit se crea la idea socializadora del Derecho y la función social, que cada individuo debe cumplir en su entorno de acuerdo al rol que desempeña dentro de la sociedad.

En el apartado undécimo intitulado: “Estructura del Código Civil para el Distrito Federal, del año 2000”, la doctora Castañeda Rivas vierte un pensamiento sumamente profundo y contundente sobre la realidad legislativa del Distrito Federal, el cual suscribo plenamente: la Asamblea Legislativa se ha dedicado a innovar, en ocasiones, para hacerse notar frente a los medios de comunicación masiva, pero sin un plan sobre dónde estamos y cuál es el tipo de sociedad para las generaciones venideras. Se hace a un lado nuestra realidad social introduciendo algunas cuestiones contrarias a la idiosincrasia mexicana, tal es el caso de: la sociedad de convivencia, las reglas que desnaturalizan la separación de bienes en el matrimonio, la forma en que se viola la vida del *nasciturus*, la reasignación sexo-genérica, el divorcio sin expresión de causa, la maternidad subrogada, etc.

El apartado duodécimo que lleva por título: “Descodificación del Derecho civil”, refiere el proceso de descodificación expuesto en los primeros apartados del libro. Se sostiene que la especialización ha llegado a todas

las materias del Derecho, que en nuestros días nos encontramos inmersos en leyes especiales. En materia civil, por ejemplo, del Código Civil se ha separado la normativa aplicable a los derechos de autor, condominios, contratos laborales, menores, violencia familiar, juegos y apuestas, protección al consumidor, etc.

Finalmente, el apartado decimotercio titulado: “Propuestas”, contiene, como su nombre lo indica, las propuestas de la autora al respecto del análisis hecho en la obra. De ellas solamente destaco la siguiente: no podemos continuar imitando disposiciones de otras latitudes, el legislador debe hacer un diagnóstico de la realidad social, hacer un estudio de campo y saber qué necesidades de justicia tiene el destinatario de la norma.

Concluyo estas líneas citando a la autora: “al aprender del pasado y reflexionar con la pasión de las enseñanzas, conocimientos y experiencias que nos ha dejado la historia, nos percatamos de la necesidad de un cambio de actitud en todos los ámbitos, circunstancia fundamental para aspirar a mejores leyes para y por los mexicanos; y qué mejor oportunidad que después de la conmemoración el Bicentenario de la Independencia de México para hacer un alto en el camino, y reflexionar dónde estamos, y hacia dónde pretendemos llegar, no tanto para bien nuestro, sino de las generaciones venideras”.

José Antonio SÁNCHEZ BARROSO
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

SECCIONES DE LA REVISTA

Sección monográfica. Este apartado presenta artículos dedicados al análisis de un tema específico vinculado con eventos jurídicos y políticos ocurridos en el periodo que abarca la publicación, y que son escritos por especialistas en la materia de que se trata.

Artículos. Se incluyen trabajos relevantes dedicados a varios temas jurídicos y políticos.

Análisis de jurisprudencia constitucional. Sección dedicada al estudio de algunos de los casos más relevantes que los órganos de control de constitucionalidad han conocido y resuelto en el periodo inmediato anterior al que abarca la publicación.

CRITERIOS EDITORIALES PARA LA PRESENTACIÓN DE COLABORACIONES

1. Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos. El idioma oficial de la revista es el español. Se consideran inéditos aquellos que ya hayan sido publicados en otros idiomas y se traduzcan por primera vez al español.
2. Los trabajos deberán entregarse impresos y en versión electrónica en las oficinas de la Revista, acompañados de los correspondientes archivos en *CD-ROM* (cada disco debe estar debidamente etiquetado, señalando el nombre del autor, el título del artículo y la fecha de entrega).
3. Los trabajos que se presenten en las oficinas de la Revista deberán estar impresos en hojas tamaño carta (sólo por una cara), márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros e izquierdo y derecho de 3 centímetros, capturados en el procesador de textos *Word* con interlineado de 1.5 y escritos con letra Times New Roman de 12 puntos justificada, sin división silábica y numeración en todas las hojas.
4. La extensión de los textos deberá ser preferentemente de veinticinco a treinta cuartillas. No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
5. Cada trabajo deberá ir acompañado de lo siguiente: *a)* un resumen en español de 70 a 100 palabras; *b)* un *abstract* en inglés de 70 a 100

palabras; *c*) la traducción al inglés del título; *d*) cinco palabras clave, en español y en inglés, que identifiquen el contenido del artículo; y *e*) un sumario.

6. En la elaboración de notas a pie de página se sugiere utilizar la siguiente presentación:

¹ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, IIJ-UNAM, p. 21.

² BOBBIO, Norberto, “De la ideología democrática a los procedimientos universales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año xxxv, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 309.

³ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 27.

⁴ *Idem.*

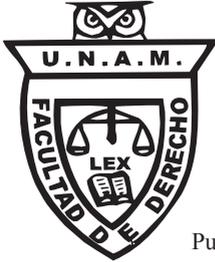
⁵ *Ibidem*, p. 33.

Además de los criterios antes mencionados deberán observarse supletoriamente los “Criterios Editoriales de la Facultad de Derecho de la UNAM” disponibles en la página web://www.derecho.unam.mx

Las palabras en otro idioma deberán ir en itálicas o cursivas. De igual manera deberán usarse cursivas para destacar alguna palabra (no usar mayúsculas). La impresión en papel de cuadros, esquemas, diagramas, tablas y gráficas deberá ir colocada en el lugar exacto que les corresponde; es preferible que los archivos de esos elementos estén por separado y perfectamente identificados. Si es necesario incluir notas en alguno de estos elementos, deberán señalarse con asterisco.

1. Todo trabajo deberá contener la dirección del autor, a efecto de mantener correspondencia con él. Asimismo, se indicará la institución donde labora, su cargo académico, teléfono y correo electrónico.
2. Todo material que cumpla con estos criterios será sometido a dictamen doble ciego. Una vez que se acepte un trabajo, los autores deberán ceder el derecho de autor a la *Revista de la Facultad de Derecho de México*. A cada autor se le enviarán dos ejemplares de la misma con sus respectivos sobretiros.
3. Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Facultad de Derecho de la UNAM, Av. Universidad núm. 3000, Col. Universidad Nacional Autónoma de México, C. U., Del. Coyoacán, C.P. 04510, México, D.F., teléfono: fax (52) (55) 56-22-20-53 o al correo electrónico: revista dereco

Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXIV, año 2014, núm.261, editado por la Facultad de Derecho de la UNAM, se terminó de imprimir en el mes de Mayo de 2014, en los talleres de impresión Comunicación Gráfica, S.A. de C.V., Tel. 56923202 y 56923397 icomgraf@terra.com.mx En las páginas interiores se usó papel cultural de 90 grs. y en los forros cartulina sulfatada de 12 pts. La edición consta de 1,000 ejemplares.



REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO

Publicación Semestral

Suscripción y Ventas:
Revista de la Facultad de Derecho.
Biblioteca "Antonio Caso", 2do Piso
Facultad de Derecho
Av. Universidad No. 3000, Col. Copilco
CP 04510, Delegación Coyoacán
Tel/Fax 56 22 20 53
e-mail: revista@derecho.unam.mx

SUSCRIPCIÓN ANUAL / ANNUAL SUSCRPTION

PAÍS	UN AÑO	DOS AÑOS
<input type="checkbox"/> México	<input type="checkbox"/> \$ Mx \$ 180.00	<input type="checkbox"/> \$ Mx \$ 300.00
<input type="checkbox"/> Resto del Mundo	<input type="checkbox"/> \$ Us \$ 20.00	<input type="checkbox"/> \$ Us \$ 35.00

Nombre / Name _____
Dirección / Address _____
CP / Zip Code _____ Fecha / Date _____
País / Country _____ Ciudad / City _____
Tel: _____ e – mail: _____

DEPÓSITO BANCARIO / BANK DEPOSIT

- En México

Solicitar número de referencia bancaria al teléfono al (01 55) 56 22 20 53 para poder realizar depósito bancario, o escribir a: revista@derecho.unam.mx

- En el extranjero

Canadá y Sudamérica:

J P MORGAN CHASE

Número de cuenta: 001-01693118, SWIFT: TCBKUS44

ABA TRANSFERENCIAS: 113-000-609

ABA CHEQUES: 111-001-150

A nombre de: UNAM – FAC. de DERECHO

Estados Unidos:

J P MORGAN CHASE

Número de cuenta: 001-01693118, SWIFT: TCBKUS44

Si la transferencia es realizada en el territorio estadounidense

únicamente deberá considerar el número de ABA

del banco que debe ser: 021000021

A nombre de UNAM - FAC. de DERECHO

Europa:

J. P. MORGAN CHASE BANK

Número de cuenta: 001-01693118, SWIFT: CHA SUS33

Domicilio: P. O. Box 2558 Main Street Houston

Teléfono: 001-713-216-6324

Moneda: Dólares Americanos

Si la transferencia proviene de cualquier parte de Europa el código identificador

ABA del banco debe ser: 021000021

A nombre de: UNAM – FAC. de DERECHO

Favor de enviar copia de la ficha de depósito por fax / Please send the payment copy by fax

