00_Preliminares.indd 1 06/01/16 5:46 p.m.

# Revista de la Facultad de derecho de México

Tomo LXV, número 264 | Julio-Diciembre 2015

Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho

00_Preliminares.indd 3 06/01/16 5:46 p.m.

*Lic. Guadalupe Juárez Quezada*
**Editora**

*Lic. Rafael Caballero Hernández y Mtro. Manuel de J. Jiménez Moreno*
**Editores adjuntos**

*Lic. Claudio Vázquez Pacheco*
**Diseño editorial y forros**

*Lic. Andrea Lemus Rodríguez*
**Edición técnica**

D. R. ©2015, Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

ISSN: 1870-8722.

*La Revista de la Facultad de Derecho de México* es una publicación semestral editada por la Facultad de Derecho de la UNAM, ubicada en Circuito Universitario s/n, edificio "E", Ciudad Universitaria, delegación Coyoacán, C. P. 04510, México D.F. e-mail: <revista@derecho.unam.mx>, tel.: 5622-2053 y 5622-2021. Certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del título No. 04199808141353000012. Los autores son responsables de su contribución. Se permite la reproducción parcial o total del contenido otorgando el crédito correspondiente a la fuente. De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente los autores. El hecho de su publicación no implica de ninguna manera que esta Revista se solidarice de su contenido.

Impreso y hecho en México.

00_Preliminares.indd 4 06/01/16 5:46 p.m.

## Revista de la Facultad de Derecho de México

*Dra. María Leoba Castañeda Rivas*
**Directora de la Facultad de Derecho de la UNAM**

*Dr. Eduardo Luis Feher Trenschiner*
**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 Fuentevilla*
*Dra. Olga Islas de González Mariscal*
*Dr. José de Jesús Ledesma Uribe*
*Dra. María Elena Mansilla y Mejía*
*Dr. Rolando Tamayo y Salmorán*
*Dr. Diego Valadés*

### consejo editorial

*Dr. Rosalío López Durán*
*Lic. Alberto J. Montero*
*Dr. Russell Cerón Grajales*
*Lic. Leonardo Vargas Sepulveda*
*Dr. Miguel Carbonell*
*Dr. Hugo Carrasco Iriarte*
*Dr. Edgar Corzo Sosa*
*Dra. Mónica González Contró*
*Dra. Patricia Kurczyn Villalobos*
*Dr. Carlos H. Reyes Díaz*
*Dr. Pedro Salazar Ugarte*

00_Preliminares.indd 6 06/01/16 5:46 p.m.

# ÍNDICE

## DERECHO FAMILIAR

DERECHO FAMILIAR JURISPRUDENCIAL MEXICANO . . . . . 13
*Julián Güitrón Fuentevilla*

EL DERECHO FAMILIAR . . . . . 63
*José Barroso Figueroa*

EL MATRIMONIO Y DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL . . . . . 119
*Ignacio Soto Sobreyra y Silva*

## HISTORIA DEL DERECHO

EL CÓDIGO DE FEDERICO . . . . . 153
*Eduardo Luis Feher Trenschiner*

EL SISTEMA PENAL EN EL PORFIRIATO (1877-1911).
DELINCUENCIA, PROCESO Y SANCIÓN . . . . . 165
*Sergio García Ramírez*

DREYFUS. HISTORIA DE UNA INJUSTICIA . . . . . 213
*Consuelo Sirvent Gutiérrez*

## ARTÍCULOS

LA ENSEÑANZA APRENDIZAJE POR COMPETENCIA . . . . . 243
*María Leoba Castañeda Rivas*

EL PRINCIPIO **PRO PERSONA** Y LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS: ALCANCES Y PERSPECTIVAS . . . . . 267
*Rodrigo Brito Melgarejo*

El derecho a la alimentación en México . . . . . 287
*Luis Escobar Aubert*

La Corte Penal Internacional y la reforma al artículo 21 constitucional . . . . . 303
*Raúl Armando Jiménez Vázquez*

Didáctica del Derecho . . . . . 335
*José de Jesús Ledesma Uribe*

Sócrates y el peligro de asumir radicalmente valores . . . . . 381
*Rosalío López Durán*

Los estímulos fiscales: mecanismo para la equidad de género . . . 415
*Margarita Palomino Guerrero*

Formación deontológica del alumno de Derecho . . . . . 443
*Miguel Eduardo Morales Lizarraga*

Juicio en línea justo . . . . . 473
*Alicia Rendón López y Ángel Sánchez*

La protección de inversiones y su rol en el comercio internacional . . . . . 503
*Carlos H. Reyes Díaz*

La clonación terapéutica . . . . . 523
*Reyna Sánchez Sifriano*

"Derecho romano" ¿Obra romana, bizantina o alto medieval? . . . 557
*Rolando Tamayo y Salmorán*

La "trinidad" del orden jurisdiccional y la justicia adminstrativa en Francia . . . . . 581
*Guillermo Teutli Otero*



00_Preliminares.indd 8 06/01/16 5:46 p.m.

La reforma energética y la industria nacional . . . . . 623
*Jorge Witker*

## VARIA

Alfonso Noriega Cantú: la justicia en la bonhomía . . . . . 641
*Fernando Serrano Migallón*

Derecho agrario, los derechos humanos
y trabajo infantil en el campo . . . . . 655
*Mireille Rocatti*

Reflexiones en torno a la trasparencia en
el artículo 6° de la Constitución Política
de los Estados Unidos Mexicanos . . . . . 667
*Armando Soto Flores*

Entrevista con Manuel Atienza . . . . . 677
*María de la Luz González Covarrubias, Rafael Caballero Hernández y*
*Manuel de J. Jiménez Moreno*

## Normas para la presentación de originales

Secciones de la Revista . . . . . 687

Criterios editoriales para la presentación de colaboraciones . . 687



00_Preliminares.indd 9 06/01/16 5:46 p.m.

00_Preliminares.indd 10 06/01/16 5:46 p.m.

# Derecho familiar

## Family law

00_Preliminares.indd 11 06/01/16 5:46 p.m.

00_Preliminares.indd 12 06/01/16 5:46 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# DERECHO FAMILIAR JURISPRUDENCIAL MEXICANO

## MEXICAN FAMILY LAW JURISPRUDENCE

JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA[1]

RESUMEN: Las resoluciones con fuerza obligatoria emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia familiar tienen como objetivo principal proteger a todas y cada una de las distintas familias que habitan en el país, a sus miembros y sus derechos fundamentales. En el desarrollo de este estudio, el autor nos vincula a las diferentes resoluciones emitidas por el Máximo Órgano Jurisdiccional del país, comparándolo con lo que hay en los Estados, para concluir que el Derecho Familiar Jurisprudencial Mexicano es una realidad y que gracias a él, podemos tener la seguridad de que no habrá violaciones a los Derechos Humanos Fundamentales Familiares en ninguna entidad de la República.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Familiar Jurisprudencial mexicano; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Derecho Familiar; control de constitucionalidad.*

---

[1] Doctor en Derecho, graduado en la Universidad Nacional Autónoma de México. 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. Doctor Honoris Causa por la Universidad Interamericana de Morelos. Presidente y fundador del Colegio Nacional de Estudios Superiores en Derecho Familiar, A. C., en 1973. Presidente del Comité Científico Internacional para la Organización de los Congresos de Derecho Familiar. Profesor invitado de tiempo completo en 1984, de l'Université de Paris XII Val de Marne, France. Autor de los Códigos Familiares de Hidalgo (1983), Zacatecas (1986), Autor de los Códigos Familiar y de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos; Michoacán (2004), Morelos (2006), San Luis Potosí (2008), Yucatán (2012) Sonora, (2013), Sinaloa (2013) y de los proyectos de Código Familiar y de Procedimientos Familiares para el estado de Durango (2014). Asesor en la elaboración de la legislación familiar salvadoreña (1988) y la panameña (1994). Autor de varias obras de Derecho Familiar y Derecho Civil y del Tratado de Derecho Civil de veinte volúmenes, publicado por la Casa Editorial Porrúa. Senador de la República de la

01-Güitron-RevFac264.indd 13 06/01/16 12:58 p.m.

Abstract: Legally binding resolutions issued by the Mexican Supreme Court of Justice in family matters are aimed to protect each and every one of the different families living in the country, their members and their fundamental rights. In the development of this study, the author analyzes the various resolutions issued by the highest judicial court to conclude that the Mexican Jurisprudencial Family Law is a reality and thanks to him, we can be sure that fundamental rights can be guaranteed in any state of the Republic.

Keywords: *Mexican Family Law; Jurisprudence; Supreme Court of Justice; Judicial review.*

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de Derecho Familiar de Julián Güitrón Fuentevilla. III. Diversos significados de la palabra jurisprudencia. IV. ¿Cuándo es obligatoria la Jurisprudencia en México? V. Sistemática jurídica de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A) Definición de Sistema. VI. ¿Quiénes pueden dictar y sentar Jurisprudencias obligatorias, amplias y restringidas? VII. Derecho Familiar Jurisprudencial Mexicano. VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

Uno de los objetivos que persigue esta investigación es demostrar que las resoluciones con fuerza obligatoria emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Derecho Familiar, tienen como objetivo principal proteger a todas y cada una de las distintas familias que habitan en el país, así como a sus miembros. La gran preocupación del Máximo Órgano Jurisdiccional en Derecho Familiar es que las sentencias emitidas por el Pleno y por sus diferentes Salas, tengan como común denominador

LXI Legislatura. Presidente del Tribunal Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, de octubre del 2012 al 2018. A partir del año 1988, colaborador en la edición matutina del periódico El Sol de México, la columna denominada "Derecho Familiar", publicada los domingos y reproducida en los 70 diarios de la Organización Editorial Mexicana. Desde el 2009, conductor y responsable del programa "Derecho Familiar", transmitido por el Canal Judicial.



01-Güitron-RevFac264.indd 14 06/01/16 12:58 p.m.

que los Derechos Humanos Fundamentales consignados en la Carta Magna se respeten, se corrijan sus violaciones y en un momento dado que por las disposiciones obligatorias de la Suprema Corte, que siendo el Derecho Familiar una materia local, las diferentes legislaturas de los Estados de la República, modifiquen, rectifiquen, reformen o adicionen sus cuerpos normativos para estar acordes con el mandato de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto a lo que las Constituciones Locales y los Códigos Civiles o los Códigos Familiares en sus respectivas entidades hayan dicho o legislen, para que no se violen esos Derechos Fundamentales.

La denominación que le hemos dado a este trabajo de Derecho Familiar Jurisprudencial Mexicano, tiene como principal sustento que se conozcan, que se sepa, que se apliquen los criterios de esas normas obligatorias en todo el país, respecto a lo que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De lo que sigue vigente en algunas entidades de la República que violan flagrantemente la Constitución, la Corte debe corregir y dictar las sentencias correspondientes.

En el desarrollo de este estudio nos vincularemos a las diferentes resoluciones emitidas por el Máximo Órgano Jurisdiccional del país, comparándolo con lo que hay en los Estados, para concluir que el Derecho Familiar Jurisprudencial Mexicano es una realidad y que gracias a él, podemos tener la seguridad de que no habrá violaciones a los Derechos Humanos Fundamentales Familiares en ninguna entidad de la República.

## II. Concepto de Derecho Familiar de Julián Güitrón Fuentevilla

Para ratificar la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, como un tercer género distinto al público y al privado, que además su característica principal ordenada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es que todas las normas de Derecho Familiar y Procesal



01-Güitron-RevFac264.indd 15 06/01/16 12:58 p.m.

Familiar que rigen en el país en los 31 estados de la República y en el Distrito Federal, son de orden público e interés social; para ahondar en esta materia transcribiremos a continuación el concepto que someto a la consideración de quienes me hacen el honor de leer estas líneas o de escuchar esta Conferencia Magistral.

> El *Derecho Familiar*, "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 los aspectos 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 cónyuges, 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



01-Güitron-RevFac264.indd 16 06/01/16 12:58 p.m.

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,



01-Güitron-RevFac264.indd 17 06/01/16 12:58 p.m.

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 establecen 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



01-Güitron-RevFac264.indd 18 06/01/16 12:58 p.m.

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.[2]

## III. Diversos significados de la palabra jurisprudencia

### 1. Etimológico

Etimológicamente la palabra *jurisprudencia* deriva del "latín clásico *iurisprudentia-ae*, compuesta de *ius iuris,* derecho, y *prudentia- ae*, prudencia. Esta palabra, de tradición multisecular, se entiende en sen-

[2] Güitrón Fuentevilla, Julián, *Compendio de t*érminos de Derecho Civil, México, Editorial Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 169 y ss.



01-Güitron-RevFac264.indd 19 06/01/16 12:58 p.m.

tido amplio como ciencia del derecho. Aplicación e interpretación de las leyes hechas por los tribunales.

La primera parte de esta palabra deriva de *ius iuris,* derecho, y la segunda de *prudentia-ae*, prudencia, virtud cardinal, sabiduría, que a su vez procede del verbo *pro video* (*participio providens-ntis*), de pro, preposición que significa delante de, frente a, y del verbo *video- es-ere,* ver, observar. El sufijo ia (ια) significa conocimiento o estado. Debe notarse que en latín clásico, la palabra *prudens-prudentis* tiene significado de experto, conocedor.

Para entender correctamente la tradición semántica de esta palabra, es preciso recordar la clásica definición de *iurisprudentia* que dice*: Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, es decir, la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo e injusto. Estamos ante uno de los conceptos de más alta raigambre en el derecho occidental y por ello, aunque hoy está restringido a la interpretación que los tribunales hacen de la ley, no es posible que un jurista o un abogado desconozcan su milenaria trayectoria, restringiéndose sólo al artículo 192 de la Ley de Amparo. El tener conocimiento de su historia le permitirá ampliar el vocablo *jurisprudencia* en sus variadas secciones con exactitud y elegancia".[3]

Del concepto anterior, es importante subrayar que en su esencia habla de la prudencia, expresión que significa aplicar con cuidado las leyes. Igualmente que siendo sinónimo de la prudencia la sabiduría, es importante que quienes tienen la responsabilidad de administrar justicia, lo hagan honrando la esencia de esta palabra, ser un jurista que se expresa con prudencia. Además parafraseando lo transcrito debemos entender además que *prudens-prudentis* tiene como contenido ser experto, conocedor y saber las leyes.

Lo que debe entenderse desde el punto de vista semántico de la palabra *jurisprudencia* es como expresión clásica conocer las cosas

[3] SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Etimología jurídica*, 6ª ed., México, 2011, pp. 306 y 307.



01-Güitron-RevFac264.indd 20 06/01/16 12:58 p.m.

divinas y las humanas, además que es la ciencia de lo justo y de lo injusto. En este sentido lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho y realiza día a día, es vigilar con su experiencia, con su conocimiento, que los Derechos Humanos Fundamentales consignados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se cumplan.

## 2. Gramatical

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra jurisprudencia que deriva del latín *iuris prudentia,* es la "ciencia del derecho. Conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de las sentencias concordes".[4]

En este concepto se insiste en sus raíces latinas pero además gramaticalmente se da este enfoque siempre llevado hacia Tribunales, hacia sentencias, hacia la solución de problemas jurídicos.

En esta misma concepción gramatical, encontramos la opinión de Julio Casares quien fuera miembro de la Real Academia Española y en su *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, afirma que la Jurisprudencia, además de ser ciencia del Derecho, es la manera de enseñar la doctrina que deriva de las decisiones que ha tomado la autoridad, del gobierno, que también se puede entender como la norma de un juicio que se funda en precedentes y "que suple omisiones de la ley".[5]

## 3. Jurídico

La proliferación de conceptos, definiciones, reflexiones y pensamientos respecto a la jurisprudencia desde el punto de vista del

[4] *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª ed., Madrid, t. II, 1984, p. 805.

[5] Cásares, Julio, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*. 2ª ed., Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 1971, p. 494.



01-Güitron-RevFac264.indd 21 06/01/16 12:58 p.m.

Derecho es muy importante y entre los autores investigados encontramos la reflexión de Guillermo Cabanellas, que nos parece muy acertada, sobre todo porque resume en pocas líneas todo este bagaje y sus consecuencias tan importantes desde el punto de vista jurídico. Para este jurista, la Jurisprudencia es:

La ciencia del derecho. El derecho científico. La ciencia de lo justo y de lo injusto, según parte de la definición Justinianea, que luego se analiza. La interpretación de la ley hecha por los jueces. Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. La interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una Nación establece en los asuntos que conoce. La práctica judicial constante. Arte o hábito de interpretar las leyes. La Academia agrega una acepción pedagógica: "enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales". Y otra de jurisprudencia analógica: "norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos".[6]

Como lo expresamos nos parece que es una definición, un concepto muy completo al vincularlo específicamente al Derecho y ahora llevado hasta México, citaremos la opinión de Juan Palomar de Miguel quien en una de sus obras al referirse al concepto de Jurisprudencia y concretarlo a México, dice que esta palabra contiene como esencia la "obligatoriedad que alcanza un asunto jurídico después de haber sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los tribunales colegiados de circuito, una vez satisfecho los requisitos legales".[7] Este mismo autor proyecta su investigación al Derecho mexicano y al respecto dice que la Jurisprudencia es "alcanzar un asunto jurídico, resuelto por la Suprema Corte de

---

[6] CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 12ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, t. IV, 1979, p. 55.

[7] PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Editorial Porrúa, t. II, 2000, p. 885.



01-Güitron-RevFac264.indd 22 06/01/16 12:58 p.m.

Justicia de la Nación o por los Tribunales Colegiados de Circuito, el carácter de obligatorio, una vez satisfechos los requisitos legales".[8]

Esta cita nos permite ver más adelante lo que vamos a desarrollar en cuanto a la obligatoriedad, específicamente que las diferentes clases de resoluciones de la Corte obligan a todos, por eso es tan importante hacer esta investigación, profundizar en sus raíces latinas, en sus orígenes, para darnos cuenta que desde la época de Justiniano cuando se hablaba de la ciencia de lo justo y de lo injusto, hasta ahora en el siglo XXI, concretamente el Máximo Órgano Jurisdiccional de México, es el señero, es el que apunta el camino, el que nos dice por dónde ir en el caso específico del Derecho Familiar, para resolver las controversias de lo más importante que tenemos los mexicanos que es la familia. Esas soluciones deben ser resueltas, mediadas, acordadas, de manera que sea lo más justo para quienes participan en un conflicto de esta magnitud.

En esta materia es importante acotar el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que desde nuestra perspectiva en sus resoluciones en Derecho Familiar, se le puede calificar como Jurisprudencia analítica, porque "cuando sobre una materia –Derecho Familiar– se realiza un estudio amplio acerca de una institución o problema jurídico sobre los fallos judiciales, surge ya la jurisprudencia analítica, que muestra las tendencias interpretativas, contradicciones a veces, y debilidades que la doctrina no deja de denunciar. Tales trabajos son de suma utilidad a los prácticos y encuentran una forma incipiente en la alfabetización de no pocas correcciones que publican sentencias de los tribunales superiores. Pero en los tribunales han juzgado de relieve y utilidad el análisis jurisprudencial, como revelan el fichero de sentencias y el fichero judicial entre registros análogos".[9]

---

[8] *Loc. cit.*

[9] Cabanellas de la Torre, Guillermo, *op. cit.*, p. 56.



01-Güitron-RevFac264.indd 23 06/01/16 12:58 p.m.

### 4. Histórico

La principal fuente de información para esta definición, la encontramos en el Derecho Romano, del que ya hicimos algunas referencias pero que específicamente en la obra que hemos investigado de Derecho Civil de Miguel Ángel del Arco Torres y Manuel Pons González, afirman que desde el punto de vista histórico "en el Derecho Romano, Jurisprudencia era la ciencia del Derecho; y conocida es la definición de las fuentes romanas como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.* Era sinónimo de *prudentia iuris,* es decir el conocimiento y valoración de lo justo y lo injusto. Así, pues, en rigor jurisprudencia *lato sensu* es conocimiento del Derecho".[10]

## IV. ¿Cuándo es obligatoria la jurisprudencia en México?

En el momento en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpreta las leyes y se satisfacen los criterios jurídicos reiterados, firmes, razonados, de ejecutoriedad, en un mismo sentido o contradictorios y con certidumbre el Máximo Órgano Jurisdiccional mexicano ordena y por medio de la Jurisprudencia, realiza y ratifica la esencia del *ius cogens* y del *ius imperium*.

### 1. Nueva Ley de Amparo

En este sentido la Nueva Ley de Amparo ordena en el artículo 194: "Se entiende como superior jerárquico de la autoridad responsable, el que de conformidad con las disposiciones correspondientes ejerza sobre ella poder o mando para obligarla a actuar o dejar de actuar en la forma exigida en la sentencia de amparo, o bien para cumplir esta última por sí misma.

---

[10] Del Arco Torres, Miguel Ángel y Pons González, Manuel, *Diccionario de Derecho Civil*, Granada, Editorial Comares, 1998, p. 779.



01-Güitron-RevFac264.indd 24 06/01/16 12:58 p.m.

La autoridad requerida como superior jerárquico, incurre en responsabilidad por falta de cumplimiento de las sentencias, en los términos que las autoridades contra cuyos actos se hubiere concedido el amparo".[11]

## v. Sistemática jurídica de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

### 1. Definición de sistema

Para definir la sistemática, la primera interrogante que planteamos es conocer la palabra sistema. Ésta "deriva del griego *güv* (con) y *eptni* (establecer), que significa poner junto, es decir: gustnud (conjunto).[12] Sistema debe entenderse, como el "conjunto ordenado de normas acerca de determinada materia. Conjunto de cosas que contribuyen a determinado objeto".[13] Según Anatol Rapoport, "sistema debe entenderse como 'algo que se compone de un conjunto (finito o infinito) de entidades entre las que se da una serie de relaciones especificadas, por lo que es posible deducir unas relaciones de otras o, de las relaciones entre las entidades, el comportamiento o la historia del sistema".[14]

### 2. Nuevo concepto de Sistemática Jurisprudencial Mexicana

Para nosotros, la sistemática de la Jurisprudencia mexicana, es el conjunto de sentencias obligatorias, absolutas, totales, sin restric-

[11] Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo*, México, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, p. 121.

[12] *Diccionario de Ciencias Sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos/UNESCO, t. II, 1976, p. 879. Citado por Güitrón Fuentevilla, Julián, *Tratado de Derecho Civil*, México, Editorial Porrúa t. II, 2014, p. 179

[13] *Diccionario Enciclopédico Básico Salvat Uno*, Barcelona, Salvat Editores, 1981, p. 1305. Citado por Güitrón Fuentevilla, Julián, *idem.*

[14] Güitrón Fuentevilla, Julián. *Tratado de Derecho Civil*. México, Editorial Porrúa, t. II, 2014, p. 180.



01-Güitron-RevFac264.indd 25 06/01/16 12:58 p.m.

ciones emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las de la Primera o Segunda Sala de la misma, las de los Tribunales Colegiados de Circuito.

También forman parte de esta sistemática, las resoluciones restringidas en su obligatoriedad, emitidas por el Poder Ejecutivo Federal a través del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; las del Poder Ejecutivo del Distrito Federal por medio del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Pleno y también el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

### 3. Fundamentos jurídicos

Además se fundamenta en el artículo 192 de la nueva Ley de Amparo, reglamentaria de los numerales 103 y 107 constitucionales; el precepto citado ordena:

> Las ejecutorias de amparo deben ser puntualmente cumplidas. Al efecto, cuando cause ejecutoria la sentencia en que se haya concedido el amparo, o se reciba testimonio de la dictada en revisión, el juez de distrito o el tribunal unitario de circuito, si se trata de amparo indirecto, o el tribunal colegiado de circuito, tratándose de amparo directo, la notificarán sin demora a las partes.
>
> En la notificación que se haga a la autoridad responsable se le requerirá para que cumpla con la ejecutoria dentro del plazo de tres días, apercibida que de no hacerlo así sin causa justificada, se impondrá a su titular una multa que se determinará desde luego y que, asimismo, se remitirá el expediente al tribunal colegiado de circuito o a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el caso, para seguir el trámite de inejecución, que puede culminar con la separación de su puesto y su consignación.
>
> Al ordenar la notificación y requerimiento a la autoridad responsable, el órgano judicial de amparo también ordenará notificar y requerir al superior jerárquico de aquélla, en su caso, para que le ordene cumplir con la ejecutoria, bajo el apercibimiento que de no demostrar que dio la orden, se le impondrá a su titular una multa en los términos señalados en esta Ley, además de que incurrirá en las mismas responsabilidades de la autoridad responsable. El Presiden-



01-Güitron-RevFac264.indd 26 06/01/16 12:58 p.m.

te de la República no podrá ser considerado autoridad responsable o superior jerárquico.

El órgano judicial de amparo, al hacer los requerimientos, podrá ampliar el plazo de cumplimiento tomando en cuenta su complejidad o dificultad debiendo fijar un plazo razonable y estrictamente determinado. Asimismo, en casos urgentes y de notorio perjuicio para el quejoso, ordenará el cumplimiento inmediato por los medios oficiales de que disponga.[15]

## 4. Cuatro partes de la sistemática

La sistemática jurídica propuesta por nosotros, se divide en cuatro grandes partes.

### a) Primera parte

La primera, se refiere a las Jurisprudencias obligatorias emitidas por el Pleno de la Suprema Corte, si se dictan cinco ejecutorias en el mismo sentido no interrumpidas, de acuerdo al artículo 193 de la Ley de Amparo y que aquéllas hayan sido aprobadas por la llamada mayoría calificada que es la aprobación de ocho o más Ministros de la Corte, integrantes de su Pleno.

### b) Segunda parte

La segunda parte de esta sistemática, sigue los mismos lineamientos del anterior pero se proyecta a las dos Salas integrantes del Órgano Jurisdiccional citado, exigiendo también cinco ejecutorias en el mismo sentido sin interrupción con la mayoría calificada, en el caso concreto de que sean cuatro o cinco Ministros quienes lo hagan en su carácter de miembros integrantes de cada Sala.

---

[15] Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, pp. 119 y 120.



01-Güitron-RevFac264.indd 27 06/01/16 12:58 p.m.

### c) Tercera parte

En tercer lugar, a diferencia de los métodos anteriores en la contradicción de tesis es suficiente para su obligatoriedad para todos los Tribunales de la República Mexicana, una sola resolución que resuelva la denuncia de contradicción de tesis que hubieren hecho el Pleno, la Primera o la Segunda Sala o las tesis emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito.

### d) Cuarta parte

En cuarto lugar, tenemos la reiteración de tesis que exigen cinco criterios de cinco ejecutorias no interrumpidas por alguna en contrario, exigiendo para el Plena la mayoría calificada de ocho Ministros como mínimo; para las Salas, cuatro de las cinco Ministros y en la reiteración de tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito, que estos sean por unanimidad. Para los lectores interesados en esta materia y dadas las restricciones del espacio, pueden informarse detenidamente en los artículos 215 al 230 de la nueva Ley de Amparo, en el caso concreto, la comentada por el extraordinario jurista Edgar Corzo Sosa.[16]

## VI. ¿Quiénes pueden dictar y sentar Jurisprudencias obligatorias, amplias y restringidas?

### 1. Jurisprudencia obligatoria amplia

En primer lugar, la Jurisprudencia obligatoria amplia, sólo puede ser emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Pleno, las Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito por unanimidad, para que queden obligados todos los Tribunales de México.

---

[16] *Ibidem*, pp. 128 y ss.



01-Güitron-RevFac264.indd 28 06/01/16 12:58 p.m.

### 2. Jurisprudencia obligatoria restringida

La Jurisprudencia restringida, involucra en primer lugar, al Poder Ejecutivo Federal a través del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; en segundo, al Poder Ejecutivo del Distrito Federal por medio del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Pleno y también del Distrito Federal, su Tribunal Superior de Justicia; los cuales como dijimos tienen una obligatoriedad restringida en sus resoluciones.

## vii. Derecho Familiar Jurisprudencial Mexicano

Las resoluciones obligatorias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Derecho Familiar, han creado una nueva sistemática de las instituciones de esta disciplina, que se han iniciado con la definición de Derecho Familiar, que por sus características es de orden público e interés social, es el parámetro y el fundamento de nuestras afirmaciones que el Máximo Órgano Jurisdiccional de México está corrigiendo las injusticias, los errores de las legislaturas locales, las ignorancias, las ocurrencias y las lagunas legales de quienes por muy diversas razones de buena o de mala fe, mantienen en sus normas de Derecho Familiar incluidas en todas y en cada una de sus legislaciones civiles y familiares locales, normas del Código Napoleón de 1804 y en el mejor de los casos reformadas, adicionadas, modificadas y copiadas de cuerpos normativos extranjeros, que no se adaptan a la realidad familiar mexicana, a nuestra idiosincrasia, usos, hábitos, costumbres, principios políticos, religiosos, culturales y familiares, y que en pleno siglo XXI, las familias mexicanas están en evolución, no en crisis, razones éstas más que suficientes para incorporar en las leyes mencionadas, todas y cada una de las sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que satisfaciendo los requisitos legales, tienen el carácter de obligatorias para los Tres Poderes Federales de la Nación, los locales, todas las autoridades y cada una de las familias mexicanas y sus integrantes.



01-Güitron-RevFac264.indd 29 06/01/16 12:58 p.m.

## 1. Concepto de Derecho Familiar de la Suprema Corte

> En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.[17]

La definición anterior tiene semejanzas importantes a la nuestra, que durante décadas hemos sostenido, que ratifica "la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, como un tercer género distinto al público y al privado, que además su característica principal ordenada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es que todas las normas de Derecho Familiar y Procesal Familiar que rigen en el país en los 31 estados de la República y en el Distrito Federal, son de orden público e interés social; para ahondar en esta materia transcribiremos a continuación el concepto que someto a la consideración de quienes me hacen el honor de leer estas líneas.

## 2. Concepto de Derecho Familiar de Julián Güitrón Fuentevilla

Para nosotros el Derecho Familiar, "es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus

[17] Registro No. 162604. Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Marzo de 2011, p. 2133 Tesis: I.5o.C. J/11 Jurisprudencia. Materia(s): Civil. DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.



01-Güitron-RevFac264.indd 30 06/01/16 12:58 p.m.

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 los aspectos 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, la mayoría de edad y el patrimonio familiar entre otras".[18]

## 3. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ordena que en cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo, no existe razón de índole constitucional para no reconocerlo

> Las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica. El derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener

[18] Güitrón Fuentevilla, Julián *et al.*, *Compendio de términos de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 169 y ss.



01-Güitron-RevFac264.indd 31 06/01/16 12:58 p.m.

acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan los siguientes: (1) beneficios fiscales; (2) beneficios de solidaridad; (3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; (4) beneficios de propiedad; (5) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y (6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros. En este sentido, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran "ciudadanos de segunda clase", lo cual esta Primera Sala no comparte. No existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. Los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de "separados pero iguales". La exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.[19]

---

[19] Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.



01-Güitron-RevFac264.indd 32 06/01/16 12:58 p.m.

El mandato constitucional ratifica que no existen razones jurídicas para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, porque además, excluirlas de la institución matrimonial las priva de beneficios propios de las parejas casadas heterosexuales como son los fiscales, los laborales, los de propiedad, la seguridad social, los beneficios migratorios para cónyuges extranjeros y cuando uno de ellos fallece. Resalta la Jurisprudencia citada que no ha sido la ley sino los prejuicios y la discriminación de personas del mismo sexo lo que ha impedido su reconocimiento jurídico.

---

Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

Tesis de jurisprudencia 46/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de junio de dos mil quince. Esta tesis se publicó el viernes 19 de junio de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 22 de junio de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013. Registro: 2009406. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, Junio de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a./J. 46/2015 (10a.), p. 534.



01-Güitron-RevFac264.indd 33 06/01/16 12:58 p.m.

### 4. Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional

> Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer". Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.[20]

---

[20] Época: Décima Época. Registro: 2009407. Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 19 de junio de 2015 09:30 h. Materia(s): (Constitucional, Civil). Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.)

Primera sala. Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien



01-Güitron-RevFac264.indd 34 06/01/16 12:58 p.m.

La Primera Sala ha determinado en la Jurisprudencia citada, que la finalidad del matrimonio no es la procreación y diferencia las preferencias sexuales, de la procreación, considerando que esta última viola el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque discrimina por inclinación sexual y por ello, ha resuelto que cualquier Código Civil local o Familiar de la República que prohíba el matrimonio de personas del mismo sexo es inconstitucional.

---

formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

Tesis de jurisprudencia 43/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de junio de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de junio de 2015 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 22 de junio de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.



01-Güitron-RevFac264.indd 35 06/01/16 12:58 p.m.

## 5. Pensión por viudez. El artículo 95, fracción III, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del estado de Nuevo León, al exigir más requisitos para el viudo en relación con los exigidos a la viuda para ser beneficiarios de aquélla, transgrede los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación

> El referido dispositivo legal prevé la existencia del derecho a la pensión por viudez para el cónyuge supérstite, sea mujer o varón; sin embargo, en su fracción III señala para el hombre la obligación de acreditar dos requisitos más, a saber: 1) su avanzada edad (60 años o más) o su incapacidad total y permanente para trabajar; y, 2) la dependencia económica de la servidora pública o pensionista. Por tanto, la decisión del legislador de imponer mayores exigencias para el viudo en relación con las previstas para la viuda, transgrede los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, establecidos en los artículos 1o. y 4o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al otorgar un trato disímil a los beneficiarios de la pensión atendiendo exclusivamente a su sexo, toda vez que dicha distinción no se encuentra justificada en razones objetivas, situación que además genera una discriminación de género, pues de igual forma el varón integra una familia con la pensionada, razón por la cual no debe tratársele de forma desigual o discriminatoria, imponiéndole mayores requisitos para poder tener derecho a la pensión por viudez correspondiente.[21]

[21] TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 299/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 6 de mayo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Meza Pérez. Secretaria: María Inocencia González Díaz. Amparo en revisión 449/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 30 de junio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretario: Edgar Humberto Muñoz Castillo. Amparo en revisión 446/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 15 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretaria: Mariana Alejandra Ortega Sepúlveda. Amparo en revisión 499/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 8 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretaria: Mariana



01-Güitron-RevFac264.indd 36 06/01/16 12:58 p.m.

En esta resolución de los Tribunales Colegiados de Circuito, se discrimina al hombre en el caso de que sea su cónyuge la que muera y que la pensión por viudez le corresponda a él. Es inconstitucional y se transgreden los Derechos Fundamentales de igualdad y no discriminación, cuando para otorgarle a él la pensión al haber muerto su cónyuge, no se justifica que se le exijan más requisitos para tener derecho a la pensión que en caso contrario son más simples para la cónyuge, si ella hubiera quedado viuda.

### 6. Alimentos. Cuando no se allegaron los elementos suficientes al juicio para determinar la procedencia de ese derecho o fijar el monto de la pensión por ese concepto, el juzgador debe suplir, incluso, la falta de reclamación de ese derecho y los argumentos que tiendan a constituirlo, así como recabar las pruebas necesarias al respecto (legislación del Distrito Federal)

> De la interpretación sistemática de los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se desprende que en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de los derechos de alimentos, los tribunales del orden familiar deben decretar todas las medidas precautorias que salvaguarden su supervivencia, la integridad física y su desarrollo emocional y la aplicación de todos los derechos que sobre el particular se establecen en la Constitución General de la República, y en las convenciones internacionales, leyes federales y locales, por ser ese derecho de orden público; además, dentro de esa atribución se encuentra la de suplir la deficiencia de los argumentos que se le

---

Alejandra Ortega Sepúlveda. Amparo en revisión 134/2012. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretario: Edgar Humberto Muñoz Castillo.

2002590. IV.3o.A. J/12 (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, p. 1827.



01-Güitron-RevFac264.indd 37 06/01/16 12:58 p.m.

> planteen a favor del acreedor alimentario y, en su caso, oficiosamente, recabar todas las pruebas que le beneficien, entre éstas, las relativas a la procedencia de la acción de alimentos y a la fijación de la pensión correspondiente, independientemente de que en la demanda la parte actora no haya reclamado como prestación accesoria a la acción principal, el pago de una pensión alimenticia o, reclamándola, no se aporten pruebas o en caso de que las aportadas no fueren suficientes para colmar la finalidad perseguida (tener noticia de los ingresos del deudor o su capacidad económica y las necesidades del acreedor); por consiguiente, al establecer el legislador la facultad contenida en los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no fijó límites para su ejercicio, con la única salvedad de que sea el acreedor alimentario el beneficiado.[22]

La Jurisprudencia emitida por Tribunales Colegiados de Circuito, respecto a alimentos, obligan a decretar las medidas preventivas que aseguren la supervivencia, la integridad física y el desarrollo emocional en cuanto a los alimentos, aun cuando no se hubieran aportado las pruebas o no hubieren sido las suficientes para lograr la pensión.

---

[22] TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 9903/2001. 4 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Israel Flores Rodríguez. Amparo directo 364/2006. 17 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Pablo Issac Nazar Calvo. Amparo directo 289/2007. 9 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ana Lilia Osorno Arroyo. Amparo directo 538/2007. 13 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Amparo directo 648/2007. 17 de enero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretario: Ivar Langle Gómez. Nota: Por ejecutoria de fecha 3 de febrero de 2010, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 453/2009 en que participó el presente criterio.

169756. I.3o.C. J/50. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Mayo de 2008, p. 827.



01-Güitron-RevFac264.indd 38 06/01/16 12:58 p.m.

## 7. Alimentos. Requisitos que deben observarse para fijar el monto de la pensión por ese concepto (legislaciones del Distrito Federal y del estado de Chiapas)

> De lo dispuesto en los artículos 308, 309, 311 y 314 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos 304, 305, 307 y 310 del Estado de Chiapas, se advierte que los legisladores establecieron las bases para determinar el monto de la pensión alimenticia, las cuales obedecen fundamentalmente a los principios de proporcionalidad y equidad que debe revestir toda resolución judicial, sea ésta provisional o definitiva, lo que significa que para fijar el monto de esta obligación alimentaria debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades reales del deudor para cumplirla, pero, además, debe tomarse en consideración el entorno social en que éstos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades que representa la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del acreedor, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el status aludido; de ahí que no sea dable atender para tales efectos a un criterio estrictamente matemático, bajo pena de violentar la garantía de debida fundamentación y motivación consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, eventualmente, hacer nugatorio este derecho de orden público e interés social.[23]

---

[23] Contradicción de tesis 26/2000-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 4 de abril de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. Tesis de jurisprudencia 44/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintitrés de mayo de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

189214. 1a./J. 44/2001. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Agosto de 2001, p. 11.



01-Güitron-RevFac264.indd 39 06/01/16 12:58 p.m.

La Primera Sala del Máximo Órgano Jurisdiccional ha emitido una Jurisprudencia en la que ordena que en la pensión alimenticia deben cumplirse los principios de proporcionalidad y equidad, aun cuando sea una pensión provisional o definitiva. El criterio no debe ser estrictamente matemático sino atender a las cuestiones de orden público e interés social que representa la familia y sus miembros.

## 8. Primera Sala resuelve contradicción de tesis relacionada con la obligación del Juez de escuchar a los menores de edad dentro de un procedimiento

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió la contradicción de tesis 256/2014, a propuesta del Ministro José Ramón Cossío Díaz. El punto a resolver es si la obligación del juez de escuchar a los menores de edad dentro de un procedimiento constituye una regla irrestricta en cualquier juicio y, en su caso, si la conveniencia de escucharlos depende o no de la edad biológica del niño o niña en cuestión.

Al resolver el punto de contradicción, la Primera Sala determinó que, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores de edad tienen derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afectan y que es obligación de los juzgadores darle el debido cauce a su participación durante los procedimientos jurisdiccionales, sin que su participación pueda estar predeterminada por una regla fija en razón de su edad.

En este sentido, los ministros de la Primera Sala resolvieron que todo operador jurídico –y en particular el juzgador– debe posibilitar el ejercicio de los niños a ser escuchados. Sin embargo, de conformidad con la resolución, la participación de los niños no constituye una regla irrestricta en todo procedimiento jurisdiccional, pues resulta fundamental que el ejercicio de este derecho se realice en sintonía con la plena protección del niño, atendiendo a las circunstancias del caso y a su interés superior, lo que necesariamente involucra una valoración de parte del juez. Así, el juez debe evitar la práctica desmedida o desconsiderada de este derecho de participación, lo que podría acontecer si los derechos del menor no



01-Güitron-RevFac264.indd 40 06/01/16 12:58 p.m.

> forman parte de la *litis,* si el propio menor ha manifestado su deseo de no intervenir o hacerlo a través de sus representantes, si se pretende entrevistarlo más veces de las necesarias, o de si de cualquier manera pudiera ponerse en riesgo su integridad física o psíquica.
>
> El juzgador, por lo tanto, debe procurar el mayor acceso al niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso, y la excepción a ello debe estar debidamente fundada y motivada.
>
> De esta manera, la Primera Sala remarcó que el derecho de los menores de edad a participar en los procedimientos referidos no puede estar predeterminada por una regla fija en razón de su edad, ni aun cuando esté prevista en la ley, pues atendiendo al principio de autonomía progresiva, la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio.[24]

Los Jueces Familiares están obligados a escuchar a los menores de edad en los juicios que los afecten y no debe ser la edad de los menores la regla que determine su participación. Ratificó la Primera Sala que la edad biológica no guarda necesariamente una correlación con la madurez del menor, por lo que debe ser escuchado porque además, así lo ordena el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

### 9. Alimentos. Los exconcubinos tienen derecho a alimentos después de terminada la relación de concubinato, en los mismos términos que lo tienen los excónyuges (legislaciones de Tamaulipas, Guerrero y Distrito Federal, aplicadas en los casos contendientes)

> La obligación alimenticia tiene como base la solidaridad que debe manifestarse entre las personas con algún vínculo familiar, la cual

---

[24] Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

Contradicción de tesis 256/2014. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región. Ponente: México, Distrito Federal. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión correspondiente al veinticinco de febrero de dos mil quince.



01-Güitron-RevFac264.indd 41 06/01/16 12:58 p.m.

> puede subsistir una vez disuelta la relación familiar, en virtud de la imposibilidad de uno de los miembros del grupo de allegarse alimentos por sí mismo. A su vez, dado que la familia, más que un concepto jurídico es un concepto sociológico, queda claro que el concubinato constituye una relación familiar. En tal sentido, debe concluirse que los ex concubinos tienen derecho a una pensión alimenticia ya que se constituyó, de hecho, una relación familiar. Ahora bien, en tanto los códigos civiles de Tamaulipas, Guerrero y del Distrito Federal, aplicados en los casos contendientes, no prevén disposiciones expresas para el trámite de los alimentos en caso de terminación del concubinato, deberán aplicarse las reglas generales que regulan dicha institución alimenticia, así como los requisitos y límites que se establecen para el caso del divorcio. Así, para la procedencia de la pensión alimenticia entre ex concubinos, deberá atenderse a las posibilidades del deudor alimenticio, las necesidades del acreedor, la capacidad para trabajar de éste y su situación económica. Este derecho subsistirá por el tiempo que duró la relación de concubinato y en tanto el acreedor no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona.[25]

La Jurisprudencia emitida por la Primera Sala en cuanto a la pensión alimenticia para los exconcubinos, es semejante a la que se aplica a los excónyuges. Debiendo otorgarse los alimentos considerando que la familia concubinaria deriva de un hecho jurídico que la constituye y por ello se le aplican las reglas, principios y límites del divorcio.

---

[25] Contradicción de tesis 148/2012. Suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos por la competencia y en cuanto al fondo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Tesis de jurisprudencia 83/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de agosto de dos mil doce.

2003218. 1a./J. 83/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, Abril de 2013, p. 653.



01-Güitron-RevFac264.indd 42 06/01/16 12:58 p.m.

## 10. Pensión alimenticia provisional. Cuando se reclama como consecuencia de una relación concubinaria, su concesión no exige la entrega de copias certificadas de actas del estado civil (legislación del estado de Veracruz)

El artículo 233 del Código Civil para el Estado de Veracruz otorga a los concubinos el derecho a recibir alimentos en los mismos términos que los cónyuges, siempre que satisfagan los requisitos establecidos en el artículo 1568 del citado Código, esto es, que hayan convivido bajo un mismo techo, como marido y mujer, durante tres años o por menos tiempo si han tenido hijos y hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Es en este contexto normativo como debe interpretarse el artículo 210 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, que sólo regula expresamente las condiciones para otorgar la pensión alimenticia provisional cuando se reclama como consecuencia del vínculo matrimonial o de parentesco con el deudor alimentario, ya que la ausencia de reglas aplicables tratándose del concubinato no debe frustrar la eficacia de la regulación sustantiva en la materia o provocar resultados contrarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por ello, cuando se reclama la indicada medida cautelar como consecuencia de una relación concubinaria, su concesión no exige la entrega de las copias certificadas de las actas del estado civil a que se refiere el mencionado artículo 210, sino que es suficiente que quien reclama alimentos afirme cumplir con los requisitos previstos en el artículo 1568 aludido y aporte elementos para sostener su dicho, como las actas de nacimiento de los hijos o algún otro medio probatorio tendente a acreditar la convivencia. Lo anterior, porque las posiciones de acreedor y deudor alimentario no dependen de que las relaciones familiares respectivas deriven de documentos públicos inscritos en el Registro Civil, pues afirmar lo contrario implicaría admitir un esquema asimétrico con juicios cualitativamente distintos en los que los concubinos se verían obligados a seguir un proceso civil sin medidas cautelares. Ello soslayaría la igualdad sustantiva con que la regulación civil trata las relaciones matrimoniales y concubinarias en este punto



01-Güitron-RevFac264.indd 43 06/01/16 12:58 p.m.

> y no guardaría la debida congruencia con los imperativos de no discriminación y protección a la familia derivados de los artículos 1o. y 4o. constitucionales.[26]

En esta Jurisprudencia emitida por la Primera Sala en relación a la pensión alimenticia en el concubinato, ratifica que no debe discriminarse a las parejas concubinarias, porque se violarían los Derechos Humanos consignados en los artículos 1º y 4º constitucionales. Que es absurdo exigir copias certificadas de actas del estado civil de los hijos para acreditar el tiempo de la convivencia para que haya concubinato. Este tipo de normas le dan plena vigencia a los Derechos Humanos en el siglo XXI.

### 11. Concubinato. Como no existe régimen patrimonial dentro de esta figura jurídica, cuando se plantea la liquidación de los bienes incorporados o adquiridos en dicha relación, ésta no se rige por ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio (legislación del Distrito Federal)

> Ciertamente la legislación civil aplicable no prevé normas expresas para determinar la existencia de un régimen patrimonial dentro del concubinato, y tampoco señala fórmulas para la liquidación de los bienes que se incorporen o adquieran durante su subsistencia; en consecuencia, dado que los preceptos respectivos sólo aplican con relación a los nexos que derivan de esa unión, como los alimentos y los derechos hereditarios, no son aplicables al concubi-

---

[26] Contradicción de tesis 163/2007-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Civil del Séptimo Circuito. 9 de abril de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Tesis de jurisprudencia 49/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha catorce de mayo de dos mil ocho. 168449. 1a./J. 49/2008. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 61.



01-Güitron-RevFac264.indd 44 06/01/16 12:58 p.m.

nato las disposiciones relativas al matrimonio en tratándose de su liquidación, ante la inexistencia de un régimen patrimonial en tal institución reconocida como unión voluntaria. De consiguiente, la liquidación de bienes que se plantee con motivo de la terminación de un concubinato no procede conforme a un régimen patrimonial, atento a que los artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quáter y 291 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, de ningún modo estatuyen algo a ese respecto, y así, no le son aplicables los preceptos que rigen exclusivamente para el matrimonio. Por tanto, no es posible incorporar derechos no reconocidos legalmente a dicho concubinato, precisamente porque los preceptos que se refieren a la liquidación del patrimonio en un matrimonio sólo aplican en dicho acto jurídico, como contrato civil, que no son adquiribles ni accesibles al concubinato, concluyéndose que en éste no existe régimen patrimonial, al no preverlo de tal modo la legislación civil para el Distrito Federal.[27]

---

[27] Contradicción de tesis 1/2014. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de junio de 2014. Mayoría de nueve votos de los Magistrados Luis Gilberto Vargas Chávez, Daniel Patiño Pereznegrón, José Leonel Castillo González, Adalberto Eduardo Herrera González, Ma. del Refugio González Tamayo, María Concepción Alonso Flores, Gonzalo Arredondo Jiménez, Virgilio Solorio Campos y Carlos Arellano Hobelsberger. Disidentes: Walter Arellano Hobelsberger, Gilberto Chávez Priego, Víctor Francisco Mota Cienfuegos, Ismael Hernández Flores e Indalfer Infante Gonzales, de los cuales únicamente los tres últimos formularon su voto particular. Ponente: Virgilio Solorio Campos. Secretario: José Jiménez Sarmiento.

Tesis y/o criterios contendientes:

El sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el juicio de amparo directo D.C. 868/2012; y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en la misma materia y circuito, al resolver el juicio de amparo directo D.C. 752/2012-13.

Esta tesis se publicó el viernes 29 de agosto de 2014 a las 8:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 1 de septiembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época. Registro: 2007293. Instancia: Plenos de Circuito



01-Güitron-RevFac264.indd 45 06/01/16 12:58 p.m.

La esencia de esta resolución ratifica que a los bienes propios de los concubinos, cuando se separan no se les pueden aplicar los regímenes patrimoniales matrimoniales porque la ley ha sido omisa al respecto, por lo que cada quien será dueño de lo propio. Sin embargo, esta resolución apunta a que en un futuro no lejano se regulará jurídicamente la liquidación de los bienes en un concubinato.

## 12. Interés superior del niño tratándose de la adopción por matrimonios entre personas del mismo sexo

> La protección al interés superior de los niños y las niñas consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un principio que exige su cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales y si bien es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ello, no permitirle adoptar. Cualquier argumento en esa dirección implicaría utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1o. constitucional que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias, lo que además sería contrario a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4o. constitucional y los derechos de los menores. Así pues, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pues sostener que

---

Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 9, Agosto de 2014, Tomo II. Materia(s): Civil. Tesis: PC.I.C. J/4 C (10a.), p. 1177.



01-Güitron-RevFac264.indd 46 06/01/16 12:58 p.m.

> las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, en razón del derecho a una familia, deben protegerse.[28]

La resolución de Jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte, ratifica que matrimonios de personas del mismo sexo pueden adoptar atendiendo al interés superior del niño, argumentando que la orientación sexual de una persona o de una pareja no debe considerarse por ese solo hecho como degradante y nocivo para el desarrollo del menor. Estas familias están protegidas por el artículo 4º constitucional, así como los Derechos de los Menores. La ley debe escoger a los adoptantes que ofrezcan las mejores condiciones y satisfagan los requisitos legales para el cuidado y desarrollo de los menores. Razonadamente el Pleno ha resuelto que es una falacia afirmar que las familias homoparentales no sean una opción mejor de vida para los menores.

## 13. Divorcio. La compensación económica por razón de trabajo que establece el artículo 277 del Código Familiar para el estado de Michoacán, permite reclamar hasta el 50% del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio y no sólo los logrados mientras subsistió la cohabitación

> El matrimonio, como acto jurídico, tiene diversos efectos en relación con las personas que lo celebran, los cuales generan ciertos derechos y deberes jurídicos correlativos entre los cónyuges. Uno de

---

[28] Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador General de la República. 16 de agosto de 2010. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el cuatro de julio en curso, aprobó, con el número 13/2011, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a cuatro de julio de dos mil once.

161284. P./J. 13/2011. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 872.



01-Güitron-RevFac264.indd 47 06/01/16 12:58 p.m.

ellos es el atinente al sostenimiento de las cargas familiares que, por lo general, se satisface con la contribución económica que hagan los cónyuges al sostenimiento del hogar; sin embargo, hay ocasiones en que uno de los consortes decide dedicarse al desempeño del trabajo doméstico y, en su caso, al cuidado de los hijos, sacrificando así la posibilidad de recibir una remuneración por no ocupar ese tiempo en el ámbito laboral, lo que genera una desigualdad entre los bienes adquiridos por los cónyuges. Por ello, el legislador trató de igualar dicha situación equiparando el trabajo del hogar como una contribución económica tal como lo dispone el artículo 153 del Código Familiar para el Estado de Michoacán. Así, en el caso de que uno de los consortes quiera disolver el matrimonio y entable una demanda de divorcio, éste no quedará desprotegido, toda vez que el legislador contempló el trabajo realizado en el hogar y dispuso en el artículo 277 de la legislación familiar en comento, la denominada compensación económica por razón de trabajo, que le da derecho a cualquiera de los cónyuges que se encuentre en estado de desventaja a equilibrar la referida situación de desigualdad, otorgándole la posibilidad de reclamar hasta el cincuenta por ciento del valor de los bienes adquiridos durante el tiempo que duró el matrimonio, y no de los logrados solamente durante el tiempo en que cohabitaron, toda vez que el derecho-deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares existe en razón del matrimonio y se extingue junto con éste. Derivado de lo anterior, resulta claro que el hecho de que los cónyuges dejen de cohabitar no extingue el derecho-deber de contribuir al sostenimiento del hogar, toda vez que se trata de un derecho-deber independiente y no correlativo, tal como se desprende de la interpretación del artículo 263 de la codificación familiar del Estado. Por ende, si uno de los consortes contribuyó al mismo con trabajo en el hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, se trata de actividades que debió realizar durante la vigencia del matrimonio y no sólo en el tiempo en que cohabitaron, ya que el vivir juntos es un derecho-deber independiente y no correlativo al de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, por lo que no es obstáculo el hecho de que no vivan juntos para que uno de ellos se dedique preponderantemente al hogar y al cuidado de los hijos y el otro siga aportando dinero al mismo. Además, estas actividades



01-Güitron-RevFac264.indd 48 06/01/16 12:58 p.m.

> no necesariamente deben ser las únicas que realice, pero sí que lo haga en mayor medida.[29]

La compensación económica que en Jurisprudencia obligatoria ha resuelto la Primera Sala de la Suprema Corte, ratifica que el cónyuge que se haya dedicado al cuidado del hogar y en su caso, al de sus hijos, tiene derecho a reclamar hasta el 50% del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio por uno de los cónyuges y no solo los que hubieren acumulado durante su cohabitación. Es notable el razonamiento de la Corte a favor de quien por su trabajo no se desarrolló profesionalmente, pero su presencia en el hogar fue definitiva para consolidar esa familia.

## 14. Acreditación de causales cuando no existe consentimiento para divorciarse de uno de los cónyuges, vulnera derecho al libre desarrollo de la personalidad: Primera Sala

> En sesión de 25 de febrero del año en curso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió, por mayoría de votos, la contradicción de tesis 73/2014, a propuesta del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, cuyo tema se refiere a si es constitucional el régimen de disolución del matrimonio con-

---

[29] Contradicción de tesis 541/2012. Suscitada entre el Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región. 17 de abril de 2013. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que se refiere a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos en cuanto al fondo. Disidente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Jorge Roberto Ordóñez Escobar.

Tesis de jurisprudencia 50/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha ocho de mayo de dos mil trece. Época: Décima Época. Registro: 2004222. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 50/2013 (10a.), p. 492.



01-Güitron-RevFac264.indd 49 06/01/16 12:58 p.m.

templado en las legislaciones de Morelos y Veracruz que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento para divorciarse de parte de los contrayentes.

Al resolver la contradicción, la Primera Sala determinó que tratándose de divorcio necesario, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las citadas legislaciones al exigir la acreditación de causales, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al determinar lo anterior, se expuso que en el ordenamiento mexicano el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros.

Por lo expuesto, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las citadas legislaciones (artículo 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz) que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por lo mismo, son inconstitucionales.

Razón por la cual, los jueces de esas entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno.

Sin embargo, se subrayó que no obstante el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencia con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante.[30]

---

[30] Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Contradicción de Tesis 73/2014 entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región. Publicada el 16 de febrero del 2015.



01-Güitron-RevFac264.indd 50 06/01/16 12:58 p.m.

La Primera Sala de la Suprema Corte resolvió por mayoría de votos que es inconstitucional exigir la acreditación de causales cuando no existe consentimiento para divorciarse de uno de los cónyuges, porque esto vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ratificó que los Jueces no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal; lo que convierte en inconstitucionales los Códigos Civiles y Familiares locales del país, si exigen acreditar las causales; quedando a salvo y debe ser garantizado por el Juez Familiar, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias, los alimentos, la liquidación de la sociedad conyugal y otras situaciones semejantes.

El propósito de esta investigación que a pesar de su importancia, la hemos reducido a estas líneas, radica en acreditar jurídica y legislativamente que el Derecho Familiar Jurisprudencial mexicano es una realidad en el siglo XXI, y que en un lapso breve los 24 Códigos Civiles locales del país que todavía incluyen todas las normas de Derecho Familiar en su contenido y la gran mayoría le dan el tratamiento de Derecho Privado particular, con fundamento en la autonomía de la voluntad, tendrán que cambiar y adaptarse al nuevo camino construido por el Máximo Órgano Jurisdiccional mexicano, para que todas las familias mexicanas estén debidamente protegidas con las normas de vanguardia y principios fundamentales que mantengan la unidad familiar y su protección adecuada.

En cuanto a los 8 Códigos Familiares vigentes en los estados de la República que le han dado un enfoque diferente y sobre todo, al legislar dándole al Derecho Familiar su verdadera naturaleza jurídica como un tercer género distinto al Derecho Público y al Derecho Privado, que además y así lo ha reiterado en los últimos 15 años la Suprema Corte de Justicia de la Nación, todas las normas de Derecho Familiar que regulan sus instituciones son de orden público e interés social también tendrán que hacer las reformas y adiciones correspondientes.



01-Güitron-RevFac264.indd 51 06/01/16 12:58 p.m.

Las resoluciones obligatorias del Poder Judicial Federal mexicano en Jurisprudencias emitidas por el Pleno, la Primera y Segunda Salas de la misma, los Tribunales Colegiados, los Plenos de Circuito, las Contradicciones de Tesis, las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad en Derecho Familiar, obligarán en un futuro próximo a que todo el Derecho Familiar, si bien es de carácter local, incluya en sus legislaciones todas las resoluciones emitidas por la Suprema Corte que siempre persiguen y logran la protección jurídica, económica, cultural, social, personal, de las mujeres, de los hombres, de las niñas y niños, de las personas de la tercera edad y de quienes padecen discapacidades o adicciones, porque el propósito fundamental de nuestro Máximo Órgano Jurisdiccional mexicano, es que las familias mexicanas sigan siendo, sea cual fuere el acto jurídico, el hecho jurídico o el hecho material que las origine, el sustento de la sociedad y del Estado.

A propósito, durante el desarrollo de esta investigación, no hemos mencionado el Código Civil Federal, que en sus primeros ochocientos artículos, regula el Derecho Familiar, que como es bien sabido, no tiene ninguna aplicación práctica ni teórica, porque su competencia es local y el Derecho Familiar Federal no existe, excepto lo que ha sido el contenido de este artículo, que fundamento los logros y las resoluciones obligatorias emitidas por el Máximo Órgano Jurisdiccional mexicano para proteger a todas las familias del país.

## VIII. Bibliografía

Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo*, México, Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

Güitrón Fuentevilla, Julián *et al.*, *Compendio de términos de Derecho Civil*, México, Editorial Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

Güitrón Fuentevilla, Julián, *Tratado de Derecho Civil*, México, Editorial Porrúa, t. II, 2014.



01-Güitron-RevFac264.indd 52 06/01/16 12:58 p.m.

## 1. Diccionarios especializados

Cabanellas de la Torre, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 12ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, t. IV, 1979, p. 55.

Cásares, Julio, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*. 2ª ed., Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 1971.

Del Arco Torres, Miguel Ángel y Pons González, Manuel, *Diccionario de Derecho Civil*. Granada, Editorial Comares, 1998.

*Diccionario de Ciencias Sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos/ UNESCO, t. II, 1976.

*Diccionario de la Lengua Española*. 20ª ed., Madrid, t. II., 1984, p. 805.

*Diccionario Enciclopédico Básico Salvat Uno*, Barcelona, Salvat Editores, 1981.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Etimología jurídica*, 6ª ed., México, SCJN, 2011.

Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Editorial Porrúa, t. II, 2000.

## 2. Jurisprudencias

Registro No. 162604 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Marzo de 2011 Página: 2133 Tesis: I.5o.C. J/11 Jurisprudencia Materia(s): Civil DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 309/2010. **********. 10 de junio de 2010. Unanimidawd de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Amparo en revisión 257/2010. 11 de noviembre de 2010. Unanimidad



01-Güitron-RevFac264.indd 53 06/01/16 12:58 p.m.

de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Amparo directo 733/2010. 25 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco. Incidente de suspensión (revisión) 356/2010. 9 de diciembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ra-



01-Güitron-RevFac264.indd 54 06/01/16 12:58 p.m.

món Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

Tesis de jurisprudencia 46/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de junio de dos mil quince. Esta tesis se publicó el viernes 19 de junio de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 22 de junio de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013. Registro: 2009406. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario. Judicial de la Federación .Libro 19, Junio de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a./J. 46/2015 (10a.) Página: 534.

Época: Décima Época. Registro: 2009407. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 19 de junio de 2015 09:30 h. Materia(s): (Constitucional, Civil). Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.)

PRIMERA SALA. Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez



01-Güitron-RevFac264.indd 55 06/01/16 12:58 p.m.

Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

Tesis de jurisprudencia 43/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de junio



01-Güitron-RevFac264.indd 56 06/01/16 12:58 p.m.

de dos mil quince.Esta tesis se publicó el viernes 19 de junio de 2015 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 22 de junio de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 299/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 6 de mayo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Meza Pérez. Secretaria: María Inocencia González Díaz. Amparo en revisión 449/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 30 de junio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretario: Edgar Humberto Muñoz Castillo. Amparo en revisión 446/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 15 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretaria: Mariana Alejandra Ortega Sepúlveda. Amparo en revisión 499/2011. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 8 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretaria: Mariana Alejandra Ortega Sepúlveda. Amparo en revisión 134/2012. Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León y otras. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Cantú Cisneros. Secretario: Edgar Humberto Muñoz Castillo.

2002590. IV.3o.A. J/12 (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, p. 1827.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 9903/2001. 4 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Israel Flores Rodríguez. Amparo directo 364/2006. 17 de



01-Güitron-RevFac264.indd 57 06/01/16 12:58 p.m.

agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Pablo Issac Nazar Calvo. Amparo directo 289/2007. 9 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ana Lilia Osorno Arroyo. Amparo directo 538/2007. 13 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Amparo directo 648/2007. 17 de enero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretario: Ivar Langle Gómez. Nota: Por ejecutoria de fecha 3 de febrero de 2010, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 453/2009 en que participó el presente criterio.

169756. I.3o.C. J/50. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Mayo de 2008, p. 827.

Contradicción de tesis 26/2000-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 4 de abril de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. Tesis de jurisprudencia 44/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintitrés de mayo de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

189214. 1a./J. 44/2001. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Agosto de 2001, p. 11.

Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretaria**:** Luz Helena Orozco y Villa.



01-Güitron-RevFac264.indd 58 06/01/16 12:58 p.m.

Contradicción de tesis 256/2014. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región. Ponente:México, Distrito Federal. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión correspondiente al veinticinco de febrero de dos mil quince.

Contradicción de tesis 148/2012. Suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos por la competencia y en cuanto al fondo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Tesis de jurisprudencia 83/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de agosto de dos mil doce.

2003218. 1a./J. 83/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, Abril de 2013.

Contradicción de tesis 163/2007-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Civil del Séptimo Circuito. 9 de abril de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Tesis de jurisprudencia 49/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha catorce de mayo de dos mil ocho. 168449. 1a./J. 49/2008.

Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Noviembre de 2008.



01-Güitron-RevFac264.indd 59 06/01/16 12:58 p.m.

Contradicción de tesis 1/2014. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de junio de 2014. Mayoría de nueve votos de los Magistrados Luis Gilberto Vargas Chávez, Daniel Patiño Pereznegrón, José Leonel Castillo González, Adalberto Eduardo Herrera González, Ma. del Refugio González Tamayo, María Concepción Alonso Flores, Gonzalo Arredondo Jiménez, Virgilio Solorio Campos y Carlos Arellano Hobelsberger. Disidentes: Walter Arellano Hobelsberger, Gilberto Chávez Priego, Víctor Francisco Mota Cienfuegos, Ismael Hernández Flores e Indalfer Infante Gonzales, de los cuales únicamente los tres últimos formularon su voto particular. Ponente: Virgilio Solorio Campos. Secretario: José Jiménez Sarmiento.

Tesis y/o criterios contendientes:

El sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el juicio de amparo directo D.C. 868/2012; y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en la misma materia y circuito, al resolver el juicio de amparo directo D.C. 752/2012-13. Esta tesis se publicó el viernes 29 de agosto de 2014 a las 8:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 1 de septiembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época. Registro: 2007293. Instancia: Plenos de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 9, Agosto de 2014, Tomo II. Materia(s): Civil. Tesis: PC.I.C. J/4 C (10a.).

Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador General de la República. 16 de agosto de 2010. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secre-



01-Güitron-RevFac264.indd 60 06/01/16 12:58 p.m.

taria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el cuatro de julio en curso, aprobó, con el número 13/2011, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a cuatro de julio de dos mil once.

161284. P./J. 13/2011. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011.

Contradicción de tesis 541/2012. Suscitada entre el Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región. 17 de abril de 2013. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que se refiere a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos en cuanto al fondo. Disidente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Jorge Roberto Ordóñez Escobar.

Tesis de jurisprudencia 50/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha ocho de mayo de dos mil trece. Época: Décima Época. Registro: 2004222. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 50/2013 (10a.).

Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Contradicción de Tesis 73/2014; entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región. Publicada el 16 de febrero del 2015.

Contradicción de tesis 541/2012. Suscitada entre el Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de



01-Güitron-RevFac264.indd 61 06/01/16 12:58 p.m.

la Décima Región. 17 de abril de 2013. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que se refiere a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos en cuanto al fondo. Disidente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Jorge Roberto Ordóñez Escobar.

Tesis de jurisprudencia 50/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha ocho de mayo de dos mil trece. Época: Décima Época. Registro: 2004222. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 50/2013 (10a.), p. 492.

Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Contradicción de Tesis 73/2014

entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región.Publicada el 16 de febrero del 2015.



01-Güitron-RevFac264.indd 62 06/01/16 12:58 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# EL DERECHO FAMILIAR

# FAMILY LAW

JOSÉ BARROSO FIGUEROA[1]

RESUMEN: A través de un estudio dogmático, el autor realiza un repaso, desde la teoría civilista, sobre aspectos fundamentales del Derecho familiar. Partiendo de la definición de Derecho familiar, se indaga sobre su problemática como disciplina autónoma del Derecho civil. Considerando la teoría y la opinión de varios especialistas en la materia, el autor construye una tesis propia sobre la autonomía del Derecho familiar basándose en su naturaleza. Finalmente, se acota el contenido esencial de esta rama del Derecho.

PALABRAS CLAVE: *Derecho familiar; Derecho civil; derecho privado; disciplina autónoma; concepto jurídico.*

ABSTRACT: Through a dogmatic study, the author takes a look from the civilian theory on fundamental aspects of family law. Starting from the definition of family law, inquires into the problem of family law as an autonomous discipline. Considering the theory and the opinion of several experts, the author constructs a thesis of the family law's autonomy based on their nature. Finally, the content of this branch of law is noted.

KEYWORDS: *Family law; Civil right; Private law; Autonomous discipline; Legal concept.*

SUMARIO: I. Concepto de Derecho Familiar. II. El problema de la Autonomía del Derecho Familiar. III. Tesis del autor sobre la autonomía del Derecho de Familia. IV. Contenido del Derecho Familiar.

[1] Profesor de la Facultad de Derecho y la de la Divisón de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM.

02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 63 05/01/16 1:27 p.m.

## I. Concepto de Derecho Familiar

Podemos definir al Derecho Familiar,[2] diciendo que es "la disciplina que estudia la evolución y problemática de la familia, así como el conjunto de normas de orden público e interés social, que regulan tanto en sus aspectos personales como patrimoniales, la organización, el funcionamiento y la disolución de aquella".[3] Cabe recordar que del Derecho familiar existen múltiples definiciones.[4]

---

[2] Para nosotros es irrelevante la cuestión de si esta rama del Derecho debe intitularse Derecho Familiar o bien Derecho de Familia, de modo que emplearemos indistintamente una u otra denominación.

[3] Hemos querido ofrecer una definición clara y sencilla del Derecho Familiar, como es la anotada. No la creemos exenta de objeciones, porque como ya decían los antiguos, definir es peligroso. De las varias definiciones de Derecho Familiar que conocemos, las dos siguientes han influido en la conformación de nuestro concepto:

Julián Bonnecase define al Derecho Familiar en los siguientes términos: "Conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia". Bonnecase, Julián, *La filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, Puebla, Editorial José Ma. Cajica Jr., 1945, p. 33.

Enrique Díaz de Guijarro ofrece la siguiente definición de Derecho de Familia: "Es el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales". Díaz de Guijarro, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Tipográfica Editora, 1953, p. 293.

[4] A manera de ejemplo y entre otras muchas podemos citar:

Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro definen al Derecho de Familia "como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación". Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Harla, 1994, p. 10.

Para Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez el Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado e interés público que autónomamente regulan a la familia y las relaciones personales y patrimoniales



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 64 05/01/16 1:27 p.m.

A diferencia de otras definiciones, la nuestra no toma como punto de partida al *parentesco*, dando así amplia cabida a la tutela, cuya regulación ha correspondido siempre (y corresponderá en lo futuro) al Derecho Familiar (la tutela no constituye propiamente una relación familiar, si bien, es un substituto de aquella, como afirma Lehmann,[5] pues se configura sobre el modelo de la patria potestad; esto último, aún tratándose de la tutela de mayores).

---

entre sus miembros, y otras personas relacionadas". DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2004, pp. 19-20.

Javier Tapia Ramírez conceptúa al Derecho Familiar como el conjunto de normas, de orden público e interés social, que regula la organización y desarrollo integral de la familia (aspecto objetivo), así como las relaciones jurídicas familiares (derechos, deberes y obligaciones personales y patrimoniales), que se originan entre el Estado y los miembros que la integran, y de éstos entre sí (aspecto subjetivo). C*fr.* TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2013, p. 18.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez define al "Derecho de la Familia", como "la parte del Derecho Civil que regula la constitución, la organización y la extinción de la familia, así como las relaciones jurídicas entre quienes la integran". DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, México, Porrúa, 2008, p. 64.

Según Manuel Albaladejo, "el derecho de Familia puede definirse como el conjunto de normas que regulan las instituciones familiares, principalmente el matrimonio y la filiación, y las relaciones jurídicas que de ellas se derivan". ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 12ª ed., Edisofer, 2013, p. 11.

El maestro Ignacio Galindo Garfias estima que "El Derecho de Familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes y facultades, deberes entre consortes y parientes". GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil Parte General. Personas. Familia*, 26ª.ed., México, Porrúa, 2009, p. 459.

Augusto César Belluscio señala que el Derecho de Familia es "El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares". BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, t. 1, Parte General. Matrimonio, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 29.

Conceptúa al Derecho Familiar Flavio Galván, diciendo que es "la rama del Derecho Privado, considerada de interés público, que tiene por objeto inmediato, directo y exclusivo a la familia, en cuanto a su origen, organización y disgregación". GALVÁN RIVERA, Flavio, *El concubinato en el vigente Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 2003, p. 69.

[5] *Cfr*. LEHMANN, Heinrich, *Derecho de Familia*, vol. IV, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1953, p. 11.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 65 05/01/16 1:27 p.m.

Pero efectuaremos, así sea someramente, una breve glosa del concepto de Derecho Familiar,[6] que hemos proporcionado:

1. El Derecho de Familia indaga y analiza el origen y evolución de la familia, a fin de comprender cabalmente la problemática que la afecta y, de esta suerte, estar en condiciones de plantear las mejores soluciones a sus conflictos y ofrecer las orientaciones más adecuadas para su futuro desarrollo.
2. El Derecho de Familia estudia, además, el conjunto de normas reguladoras del cuerpo familiar; estas normas, en la legislación vigente en el Distrito Federal, se encuentran insertadas casi totalmente dentro del Código Civil, aunque también podemos encontrarlas en otros ordenamientos, con carácter complementario. Estas normas tienen como específica característica la de ser, por mandato legal, de orden público e interés social (art. 138 ter. CCDF), lo cual significa que por regla general tienen carácter imperativo, es decir, su cumplimiento no puede, salvo permisión legal, ser evadido por acuerdo entre partes y además que existe un interés general en su efectiva aplicación.
3. El Derecho de Familia se ocupa tanto de los aspectos personales como de los patrimoniales que atañen a la familia. Sin desconocer la importancia preponderante, que fuera de toda duda corresponde al aspecto personal de las relaciones familiares, es necesario también considerar los aspectos de índole patrimonial, que tienen que ver con temas tan interesantes como son, por ejemplo, el sostenimiento económico

[6] Emplearemos la palabra *Derecho*, así con mayúscula, cuando lo aludamos en sentido objetivo, como conjunto de normas (*verbigracia*: *Derecho Familiar, Derecho Mexicano*, estudiante de *Derecho* y con minúscula, si lo utilizamos en sentido subjetivo, es decir, como facultad derivada de la norma (por ejemplo: tengo *derecho* a ser escuchado; el hijo menor de edad tiene *derecho* a percibir alimentos). La anterior, salvo que se trate de transcripciones, en cuyo caso respetaremos la ortografía original.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 66 05/01/16 1:27 p.m.

de la familia, los regímenes patrimoniales del matrimonio y el patrimonio familiar, por citar sólo los más destacados.

4. La normatividad contenida en el Derecho Familiar está referida a tres grandes campos:

   a) El de la organización de la familia, que se relaciona con el estudio del matrimonio, el concubinato y los vínculos parentales en sus diferentes especies (la consanguinidad, la afinidad y la adopción).

   b) El del funcionamiento de la familia, que analiza de qué manera el matrimonio y los vínculos parentales se concretan como derechos y obligaciones de y entre los miembros de la familia, que éstos pueden ejercitar o bien deben dar cumplimiento, según se trate de los primeros o de las segundas.

   c) Dentro del espacio dedicado al funcionamiento de la familia, tiene cabida el análisis de los efectos de los vínculos familiares, así como también el de sus substitutivos, como es el caso de la tutela y la curatela.

   d) Finalmente, el concerniente a la disolución de la familia, que posee como aspecto medular lo relativo a la disolución del matrimonio, el concubinato e, incluso, la sociedad de convivencia. Incluimos también aquí a la nulidad del matrimonio porque igualmente extingue a la familia, aunque no es una forma de disolución del mismo, sino el reconocimiento que desde un inicio, o sea a su celebración, no fue válido.

Abundaremos sobre el ámbito reservado al Derecho de Familia, cuando desarrollemos, dentro de este mismo capítulo, el tema intitulado "Contenido del Derecho Familiar".



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 67 05/01/16 1:27 p.m.

## II. El problema de la Autonomía del Derecho Familiar

Hace ya casi medio siglo, en un artículo que resultó ser precursor en México y que publicara la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM,[7] planteé la cuestión relativa a la autonomía del Derecho de Familia. Formulaba entonces las siguientes interrogantes: ¿este conjunto articulado de normas que regula las relaciones emergentes de la organización familiar ha alcanzado autonomía con relación al Derecho Civil?; ¿es ya el Derecho Familiar una rama del conocimiento jurídico al lado del Derecho Mercantil, el de Trabajo o el Agrario, por ejemplo?, o bien, ¿todavía integra una unidad con el Derecho Civil?

Hoy, en 2015, todavía el problema permanece en el tapete de las discusiones y aun se aducen argumentos en pro y en contra de que el Derecho de Familia se convierta dentro de la Ciencia Jurídica, en una parcela autónoma y por ende distinta del Derecho Civil.

Como ya lo hicimos en 1967, hoy debemos comenzar por la punta, observando de qué manera fue que se gestó y evolucionó tan prolongado debate:

La cuestión relativa a la adecuada ubicación del Derecho de Familia dentro de la sistemática general del Derecho y su posible independencia respecto del Derecho Civil, cobra especial relieve a partir de las ideas de Antonio Cicu, expuestas principalmente en dos muy trascendentales obras: *El Derecho de Familia* y *La Filiación.*[8] Expresa el notable profesor de la Universidad de Bolonia, su disentimiento con

[7] *Cfr.* Barroso Figueroa, José, "La autonomía del Derecho de Familia", *Revista de la Facultad de Derecho de México*. núm. 68, t. XVIII, octubre-diciembre 1967, p. 807-843.

[8] En el "Prefacio del autor a la edición española" de *La Filiación* declara Cicu que los principios básicos que en su sentir gobiernan al Derecho de Familia, los expuso inicialmente en el discurso inaugural que leyera en la Universidad de Macerata el 23 de noviembre de 1913, intitulado "El espíritu del Derecho de Familia" y los amplió e ilustró más tarde en su obra *El Derecho de Familia*.

En *La Filiación* se reproduce el curso de Derecho Civil que impartiera en la Universidad Católica de Milán, durante el segundo semestre de 1926-1927.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 68 05/01/16 1:27 p.m.

la tradicional postura de incluir al Derecho de Familia como parte del Derecho Privado, pues a aquél Derecho ya no pueden aplicarse los principios y conceptos jusprivatistas.[9] Parte Cicu de la determinación de la posición que tiene el individuo frente al Estado, afirmando que ésta es siempre de dependencia, pues si el Derecho se produce y actúa por el Estado, el individuo que estuviera fuera del Estado estaría también fuera del Derecho; aclara que no debe confundirse este aspecto, enteramente jurídico, con el político, en el que se desenvuelven dos teorías opuestas y extremas, la que afirma la autonomía del individuo frente al Estado y la que estima a aquél enteramente inmerso en éste, con una intermedia que considera al hombre en parte autónomo y en parte sujeto al Estado. Así pues jurídicamente el hombre está siempre dentro del Estado.

Después de este planteamiento se propone Cicu distinguir entre Derecho Público y Derecho Privado, para lo cual expresa que el conflicto entre individuo y Estado se plantea y resuelve dentro de éste, y "no implica una afirmación del individuo contra o sobre el Estado, sino que se nos presenta en los siguientes términos: ¿interesa al Estado considerar como fines suyos, y por consiguiente, elevar a fines superiores todos los fines individuales, o, por el contrario, le interesa dejar al individuo una más o menos amplia esfera de libertad individual en la cual él mismo sea dueño de fijarse y realizar sus fines particulares? La distinción entre derecho público y derecho privado resulta, por tanto, de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado: posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado".[10] Toda relación jurídica tiene como elementos constitutivos el *interés* y la *voluntad*. En el Derecho Privado el interés que entra en juego es el interés individual de quienes intervienen en la relación jurídica de que se trate; cada quien persigue su propio interés y manifiesta

[9] *Cfr.* CICU, Antonio, *La Filiación*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, p. 9.
[10] *Ibidem*, p. 11.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 69 05/01/16 1:27 p.m.

su autónoma voluntad, con fines distintos y opuestos. En la relación de Derecho Público no es admisible que el interés del individuo se oponga al del Estado, porque el de éste es superior; en el individuo su interés es interés no propio como entidad independiente, sino considerado como parte orgánica, como miembro del Estado; sólo hay aquí un interés, el superior del Estado, y voluntades convergentes a su satisfacción.

A continuación Cicu se aboca al estudio de la naturaleza de las relaciones familiares y advierte que si se analizan las relaciones del Derecho de Familia en su estructura, se verá que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a esos intereses. Es más, la subordinación de intereses individuales a un interés unitario, es aún más evidente que en el Derecho Público: si tomamos como ejemplo las relaciones entre los cónyuges, nos percataremos qué estos no pueden regular los derechos y deberes dimanantes de ellas, ni limitarlos mediante condiciones o pactos; tal se debe a que el Derecho no toma en consideración los fines que los esposos, considerados como individuos particulares, puedan proponerse, sino que él mismo señala los fines, subordinando la voluntad de aquellos.

¿Cómo ubicar al Derecho de Familia en la sistemática del Derecho? Afirma Cicu que en el Derecho de Familia las relaciones jurídicas tiene las características de las de Derecho Público: interés superior unitario y voluntades convergentes a su satisfacción. Son pues relaciones orgánicas.

Vista la estructura de las relaciones que se dan en el Derecho de Familia, pugna con los más elementales criterios de sistematización jurídica su inclusión en el campo del Derecho Privado. Con todo lo anterior, continua Cicu, no se quiere afirmar que el Derecho de Familia deba incluirse dentro del Derecho Público, porque este Derecho es del Estado y de los demás entes públicos; la familia no es ente público, no porque no esté sujeta a la vigilancia y tutela del Estado como los entes públicos, sino debido a que los intereses que



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 70 05/01/16 1:27 p.m.

debe cuidar no son los de la generalidad. Al Derecho de Familia debe asignársele un lugar independiente entre el Derecho Público y el Derecho Privado, es decir, la bipartición debe transmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que pudiera tener cabida el derecho familiar.

En 1961 la Casa Editorial Giuffré, de Milán, publicó en italiano bajo el título *Successioni per Causa di Morte*, una nueva obra de Cicu, a la que debemos considerar como una evidencia de las ideas que el afamado maestro italiano sostuvo en años posteriores. Al referirse a la posición que el Derecho Hereditario guarda dentro del Derecho Privado, afirma que aquel es parte de éste, pero en cuanto a la conexión que el Derecho Hereditario tiene con el de la familia (sucesión legitima y de los legitimarios), "(…) no sería científicamente correcto incluir estas dos partes del Derecho Hereditario en el Derecho de Familia. Es cierto que en éste entran relaciones, además de las de naturaleza personal, también de naturaleza patrimonial, como el derecho de alimentos, el derecho de usufructo legal de los padres y la disciplina de las relaciones patrimoniales entre los esposos. Pero esto tiene su razón en el hecho de que el Derecho de Familia tiene un sistema propio, estando presidido por principios radicalmente diversos de los que son propios de las otras partes del Derecho Privado".[11]

En nota de pie de página, Cicu hace notar que si una parte de la doctrina persiste en considerar al Derecho de Familia como parte del Derecho Privado, es porque todavía no ha acogido la conclusión ineludible de que las relaciones regidas por el primero tienen una estructura radicalmente distinta de las que corresponden al segundo, en cuanto a que aquel, a diferencia de éste, está preordenado a un fin superior.[12]

---

[11] CICU, Antonio, *Derecho de Sucesiones, Parte General,* Barcelona, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964. p. 18.

[12] *Idem*.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 71 05/01/16 1:27 p.m.

La tendencia prohijada por Cicu ha permeado a profundidad, el pensamiento que podríamos llamar jusfamilista. Esto se manifestó originariamente en Italia, pero acabó abarcando el mundo entero.[13]

[13] Las ideas de Cicu recibieron firme apoyo por parte de un amplio sector de la doctrina italiana de su tiempo, siendo notable el que le ha brindado Roberto De Ruggiero, para quien el Derecho de Familia tiene un carácter muy singular. Expresa que en tanto que los derechos reales y los de las obligaciones se asemejan a sus modelos romanos, los de familia se alejan del suyo, porque en él han actuado los profundos cambios sociales de las diversas épocas. Ya en el Derecho Romano la familia varió tan hondamente, que la antigua es negada por la clásica y ésta por la justineanea.

Como órgano social fundado en la naturaleza y en las necesidades colectivas, explica De Ruggiero, la familia está regida antes que por el Derecho por la ética (de ahí que haya preceptos sin sanción); el Estado tiene una intervención importante en la regulación de la familia, pero la ley no constituye la única norma reguladora. En otro aspecto, las relaciones patrimoniales están subordinadas a las personales. Todo el Derecho de Familia es disciplina de estado y condiciones personales; los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que al individuo se asigna en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social. Al fijar los supuestos y las condiciones que se requieren para que el vínculo surja, subsista o se extinga, verbigracia, la ley consagra estados personales, eficaces dentro y fuera del grupo, que exigen el respeto de todos.

De estos estados personales, continúa el tratadista italiano, surgen relaciones económicas y patrimoniales, a las que se llama derechos familiares patrimoniales, por ejemplo la obligación alimentaria del marido respecto a la mujer; pero estos derechos y deberes no son sino consecuencia de los estados dichos, inseparables de ellos, por que la relación económica sólo puede producirse como efecto de la relación personal. Por eso tiene especial configuración la relación económica producida en el seno familiar, ya adopte la figura de un derecho real (usufructo legal) ya de un derecho de crédito (obligación alimentaria); imita pero no reproduce exactamente la categoría derecho real o derecho de crédito. Aun cuando las relaciones tienen un contenido económico, el ordenamiento legal opera fuera de la esfera corriente de lo tuyo y lo mío, porque persigue finalidades que trascienden al fin individual y protege intereses superiores, como son los de la familia como organismo, no los particulares del individuo.

Esto distingue esencialmente al Derecho de Familia.

Mientras las demás ramas del Derecho Privado miran a intereses particulares y fines individuales, para cuya protección se conceden acciones supeditadas a la libertad de acción del individuo, en las relaciones familiares el interés particular es substituido por el superior de la familias y sometido a la tutela jurídica. A



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 72 05/01/16 1:27 p.m.

Es natural que los planteamientos formulados por Cicu hayan

través del interés familiar recibe protección un interés más alto, el del Estado, cuya vitalidad y desenvolvimiento dependen de la solidez del núcleo familiar. Puesto que el fin de la familia es tan importante para la comunidad, no puede abandonarse su consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De aquí derivan consecuencias que influyen notablemente en la estructura interna de las relaciones. La autonomía de la voluntad que en las demás ramas del Derecho constituye un principio fundamental, no se aplica en ésta o sufre tan grandes limitaciones que autorizan a afirmar su desconocimiento. De esta limitación al principio de la autonomía de la voluntad, deriva el que muchas de las reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trata de derechos de familia, así: a) No se aplica el principio de la representación, verbigracia, no se permite contraer matrimonio mediante mandato (Nota: en el Derecho aplicable al Distrito Federal, si se permite. Artículo 102 del Código Civil); b) No se permite limitar mediante términos o condiciones, los efectos jurídicos de la declaración, por ejemplo, no puede contraerse matrimonio bajo condición; c) También respecto a la disposición del derecho subjetivo que el particular deriva de la relación familiar, existen diferencias. La renuncia y la trasmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio, no se admiten en los de carácter familiar; verbigracia, no puede transmitirse a otro la potestad paterna; d) Pero lo más saliente en los negocios de Derecho Familiar, es la amplia intervención de la Autoridad Pública y la especial energía desplegada en la formación de la relación. Si a veces el funcionario público interviene como simple certificador del acto, lo más frecuente es que su función sea esencial a éste, porque la voluntad del particular es insuficiente si no concurre la del Poder Público. En ocasiones la voluntad el particular es un mero supuesto de hecho que vale como iniciativa o excitativa a la autoridad, de modo que la relación se constituye por voluntad de esta última.

Todas estas particularidades que resalta Cicu, denotan que el Derecho de Familia se aparta del Derecho Privado y se aproxima al Derecho Público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero Derecho Público, *pero sí que se separa del resto del derecho privado y constituye una rama autónoma*. (*Cfr*. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Reus, vol. II, 1931, pp. 657-667).

También dentro de la doctrina italiana Lodovico Barassi parece convenir con Cicu. Plantea este tratadista la cuestión bajo el rubro *La Familia y el Derecho Público* y afirma que el Estado debe respetar y cuidar celosamente la integridad de la familia. Por esta razón, el Derecho Público se ha infiltrado ampliamente en el Derecho de Familia, como ocurre en actos formativos de ciertos estados (matrimonio, adopción) o que determinan su pérdida; asimismo el Estado controla el ejercicio de la patria potestad y cuando ésta falta, su intervención es todavía



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 73 05/01/16 1:27 p.m.

trascendido de tal manera, sobre todo porque la cuestión relativa a la autonomía del Derecho Familiar era algo que cuando fue articulado por el respetado maestro italiano, como que flotaba en el aire; se "respiraba" que este sector del Derecho ya no encajaba dentro del esquema de lo que pertenece al Derecho Civil y tampoco de manera cómoda en el Derecho Privado.

Cabe aclarar que, por ello, resulta difícil precisar si algunos tratadistas cuyos pronunciamientos guardan gran simetría con los de Cicu, fueron en realidad influidos por este autor, o bien son originales, aunque desde luego no ajenos a una corriente cuyo flujo se dejaba sentir con gran ímpetu dentro del ámbito del Derecho Privado.

Así encontramos que en Alemania, importantes autores de la época, sin referirse a Cicu enunciaron conceptos equivalentes: L. Dukow, E. Swoboda, Binder, Schmidt, Hedemann y Nipperdey, quien afirmaba que el Derecho de Familia podría tener cabida en el Derecho

---

más enérgica (la tutela es Derecho Público). "En general, puede afirmarse que, en la actualidad, la infiltración del derecho público en el derecho de familia presenta una clara tendencia progresiva; de aquí la función social de las instituciones familiares" (*Cfr.* BARISSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, José María Bosch, vol. I., 1955, p. 231).

Francesco Messineo adopta una postura menos definida, pues afirma que el Derecho de Familia "ocupa una posición absolutamente propia en la órbita del derecho privado" (*Cfr.* MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Buenos Aires, ediciones Jurídicas Europa-América, t. III, p. 31); es decir, que aun cuando integra el Derecho Privado no se confunde con el resto de éste, pues tiene características muy especiales que se oponen a ello.

Una tratadista que prefirió mantenerse al margen de la controversia es Rotondi, pero no sin afirmar que si las relaciones de Derecho Público se entienden restrictivamente, es decir, sólo aquellas en las que se contrapone el particular a la entidad pública en el ejercio de sus atribuciones, el Derecho de Familia no pertenece a aquél; mas si entendemos como Derecho Público todas las normas inderogables por los interesados, la mayoría de las que componen el Derecho de Familia deben considerarse pertenecientes a aquél Derecho, por tener tal característica, que no indica sino la preocupación del Estado moderno por intervenir en la regulación de la organización familiar. *Cfr.* ROTONDI, Mario, *Instituciones de Derecho Privado,* Barcelona, editorial Labor, 1953, p. 574.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 74 05/01/16 1:27 p.m.

Social o en el Público, o quizá en un Derecho especial, pero de ninguna manera en el Derecho Privado, ya que sus normas, al ser de Derecho Público, sólo corresponde determinarlas al Estado, quedando sustraídas por tanto a la voluntad privada.[14] Habría que añadir la importante postura de Heinrich Lehmann, que si bien considera al Derecho de Familia substraído al Derecho Privado, tampoco supone que forme parte del Derecho Público.[15]

Algo semejante a lo anterior podría afirmarse respecto al Derecho Francés. Algunos autores de gran prestigio internacional

[14] *Cfr.* DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 272.

[15] Para Henrich Lehmann, "es el derecho de familia una parte del derecho privado. En armonía con sus fundamentos es derecho social. Sólo excepcionalmente tienen sus normas carácter de derecho público" (LEHMANN, Heinrich, *op.cit.*, p. 12). Destaca este tratadista germano la gran preponderancia que el derecho privado ejerce sobre el Familiar, pero advierte cómo, de otro lado, los miembros de la familia subordinan a los intereses comunes el derecho patrimonial y obligacional, pues el uso egoísta de la posición que se tiene dentro de la familia, a más de perjudicar a ésta lesiona a la comunidad, pone en peligro el bienestar del Estado; por eso el Derecho de Familia limita fuertemente los intereses particulares en aras del interés familiar y de la comunidad: el principio de equiparación, inherente al Derecho Privado, se substituye por los de preordenación o subordinación, característicos del Derecho Público. Pero el Derecho de Familia no es parte del Derecho Público, porque los intereses de aquélla no son los del Estado; los derechos y deberes que del Derecho Familiar resultan al individuo no se derivan de que éste pertenezca al Estado, sino a su categoría de miembro del organismo familiar. El Derecho Social está integrado por normas que protegen de modo inmediato el interés de los organismos sociales y por las que reglamentan las relaciones de los hombres como entes sociales; el Derecho Social no debe ser calificado como Derecho Público, pues muchos de sus sectores no tienen cabida dentro de éste. El fundamento del Derecho de Familia está constituido por normas de Derecho Social, no de carácter público, que reglamentan las relaciones de los hombres como entes sociales y miembros de la familia; al lado de estas normas fundamentales y refiriéndose a otros aspectos de menor envergadura, tenemos normas de inequívoco perfil privado y aún en menor escala, disposiciones pertenecientes al Derecho Público. *Cfr. Ibidem*, pp. 13-16.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 75 05/01/16 1:27 p.m.

que también terciaron en este importante tema, son Planiol[16] y Savatier,[17] así como dos tratadistas algo más recientes como son

[16] Considera Planiol que dentro del derecho civil "(…) los derechos de familia ocupan un lugar especial a causa del fundamento que cómo fenómeno natural, más que jurídico, presenta la familia" (*Cfr.* PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés,* La Habana, Cultural, t. II., 1945, p. 11); agrega que en la esfera correspondiente al Derecho Familiar, es menos autónoma la voluntad que en la del Derecho de las Obligaciones o en la de los derechos reales. "El carácter de orden público de la mayoría de las disposiciones familiares es otro de sus rasgos distintivos; la familia es un factor de suma importancia para que el Estado se desentienda de cuanto a ella se refiere. Puede decirse que no hay normas de derecho familiar respecto de las cuales se admita pacto en contrario". *Cfr. Ibidem,* p. 12.

[17] Corresponde a Savatier puntualizar algunos aspectos muy importantes relativos a este tema. Explica que en tratándose de los actos de estado civil, se encuentra uno tanto dentro del Derecho Público como dentro del Derecho Privado; igualmente en la tutela, se está tentado a ver en el tutor, persona privada, poseer sobre su pupilo derechos que no son exclusivamente de naturaleza privada, sino una suerte de *manus publicum*, como decían los romanos, o sea el tutor rige sobre las persona de su pupilo.

Históricamente continúa el jurista francés, el Derecho revolucionario atacaba a los grupos que se interponían entre el individuo y el Estado, inclusive la familia. Es que había una tendencia exacerbada por consagrar la libertad individual; así por ejemplo, la Ley de 20 de septiembre de 1792, instituyó un divorcio al que se daba como base la libertad del individuo, pues se decía que el matrimonio indisoluble atentaba contra la autonomía del hombre; después de todo el matrimonio era sólo un contrato, por tanto rescindible. Dentro de este orden de ideas la familia era predominantemente de Derecho Privado; en ella el Derecho Público y el Estado nada tenían que hacer.

Actualmente, más bien puede decirse que el padre, jefe de familia, cumple una magistratura. La familia ha advenido a grupo intermedio entre Estado e individuo, inclusive posee la cualidad más característica de la persona moral; la posibilidad de derechos por sí misma, lo que se refleja en los planos tanto patrimonial como extramatrimonial. Son importantes las direcciones que señala la jurisprudencia francesa a este respecto, al reconocer que la familia puede ser titular de derechos que son del grupo, no del individuo.

Concluye Savatier expresando que la familia, como grupo intermedio entre el individuo y el Estado, es de Derecho Público. *Cfr.* SAVATIER, René, *Du Droit Civil au Droit Public*, París, Librairie Generale de Driot et de Jurisprudence, 1945, p. 5.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 76 05/01/16 1:27 p.m.

Bonnecase[18] y los hermanos Mazeaud.[19] No existe, desde luego, unanimidad sobre el punto en la doctrina francesa.

En cuanto a la doctrina española contemporánea de Cicu, puede formularse el siguiente resumen: Hernández Gil descarta sintéticamente la tesis autonomista; Valverde se mantiene dentro de la concepción clásica y Puig Peña, después de analizar la postura del maestro de la Universidad de Bolonia, la excluye de manera implícita al dar cabida en su Tratado de Derecho Civil Español al Derecho de Familia.[20]

Díaz de Guijarro sintetiza los puntos de vista de la doctrina argentina de mediados del siglo XX, sobre esta materia, en los siguientes términos: Busso y Ferreras se oponen a la tripartición, Ferrer no se pronuncia, Rébora incidentalmente conviene en que las instituciones familiares se trasladan del Derecho Privado al Derecho Público. Debe recordarse, como evento digno de tomarse en cuenta, el Congreso de Juristas celebrado en diciembre de 1951 en la ciudad de Lima: el cual, tras de ocuparse de la doctrina de Cicu, repudió la tripartición al declarar a propuesta del propio Díaz de Guijarro, que "(…) el derecho de la familia no integra el derecho público ni forma una rama autónoma, sino que integra el derecho privado y, dentro de éste, el derecho civil".[21]

[18] Bonnecase, sin entrar mayormente al estudio de esta cuestión, considera al Derecho de Familia como "(…) parte del Derecho Civil". *Cfr.* BONNECASE, Julián, *Elementos de Derecho Civil*, Puebla, José Ma. Cajica Jr., 1945, p. 503.

[19] Los Mazeaud también se ocupan de la autonomía del Derecho de Familia, aunque sin mencionar a Cicu, y hacen notar que los tratadistas galos que se han abocado al estudio del matrimonio, el divorcio, la patria potestad, etcétera, tratan separadamente a estas instituciones, sin cobrar conciencia de que todas ellas convergen en un centro único: la familia. En la actualidad, todas las reglas que rigen esas materias han sido debidamente ubicadas. "Los juristas han comprendido que existe un *derecho familiar*, rama distinta del derecho *civil*; la familia ha conquistado derecho de ciudadanía en el ámbito jurídico". *Cfr.* HENRI, Léon y MAZEAUD, Jean, *op. cit.*, vol. III, p. 5. La evolución de esta favorable tendencia, sin embargo, aún debe recorrer un prolongado camino antes de su plena consolidación.

[20] *Cfr.* DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, *op. cit.*, p. 278.

[21] *Cfr. Idem.*



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 77 05/01/16 1:27 p.m.

Cuestión que por su naturaleza nos merece un capítulo especial, es el relativo a la postura que sobre la importante cuestión que nos ocupa, han adoptado los autores mexicanos.

Procedamos a una breve revisión al respecto:

Rafael de Pina pasa revista brevemente al pensamiento de Cicu; sin embargo, para él "el Derecho de Familia es una parte del Derecho Civil. Como una rama del Derecho a que pertenece, según el pensamiento tradicional, se encuentra situado en el campo del Derecho Privado".[22]

Corresponde a Rafael Rojina Villegas enderezar vehemente crítica contra la doctrina de Cicu, en cuanto a que el Derecho de Familia deba abandonar el Derecho Privado, pero si conviene en que ya no integra Derecho Civil. Por su parte, externa que el Derecho de Familia "(…) pertenece por entero al derecho privado".[23] No obsta para ello que tutele intereses generales o colectivos y que sus normas sean irrenunciables; pero, surge este otro problema: ¿Forma parte del Derecho Civil? Cree este jurista que carece de fundamento y consistencia científica la clasificación que se hace del Derecho de Familia dentro del Civil, pues tal proceder persiste sólo por razones históricas. "Atendiendo a las características del derecho de familia, tanto por lo que se refiere a su aspecto no patrimonial, cuanto por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable, fuera del campo de la autonomía de la voluntad, e integrado por normas de indiscutible interés público y superior, consideramos que debe separarse del derecho civil patrimonial, para integrar una rama autónoma dentro del derecho privado".[24]

Sin pronunciarse claramente Benjamín Flores Barroeta, manifiesta su complacencia con las nuevas tendencias que ven en el Derecho de Familia, una rama del conocimiento jurídico que se aparta

[22] DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1960, p. 303.

[23] ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I*. México, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Análisis de Jurisprudencia y Publicaciones, 2011, p. 205.

[24] *Ibidem*, p. 206.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 78 05/01/16 1:27 p.m.

de los moldes tradiciones del Derecho Privado, para dar mayor intervención al Estado en las relaciones de índole familiar.[25]

Julián Guitón expresa textualmente, "La síntesis de nuestra opinión respecto a la autonomía del derecho familiar se resume en pocas palabras, independientemente del criterio público o privado que se quiera dar al derecho de familia, debe ordenarse un Código de Familia Federal, cátedras en la Universidad, Tribunales Familiares e investigaciones sociales para darle un criterio científico y humano a la disciplina tantas veces mencionada".[26]

El resumen que de su propio punto de vista formula Guitrón, es típicamente pragmático; más que la ubicación sistemática del Derecho Familiar, le preocupa la evolución y consolidación del mismo. Empero, del contexto de su obra, se aprecia claramente su inclinación a considerar al Derecho Familiar como una rama del conocimiento jurídico independiente del Derecho Civil.

Sara Montero, tras de referirse a los criterios propuestos por el laboralista Guillermo Cabanellas para apreciar si una cierta rama del conocimiento jurídico ha alcanzado su autonomía, concluye que "los mismos se dan en el derecho de familia. Por lo que al ámbito del Distrito Federal, sólo falta completar la total autonomía de este derecho con la creación de un código de la familia. Ello no llevaría otra finalidad que la de una correcta sistemática jurídica".[27]

Aunque no ofrece mayores explicaciones, la maestra Montero se suma a quienes están por la autonomía del Derecho de Familia, aunque desde luego, es inexacta su afirmación de que la citada autonomía no tendría más finalidad "que la de una correcta sistemática jurídica". La finalidad de la autonomía va mucha más allá; equivale a reconocer que el Derecho Familiar se conforma por

---

[25] *Cfr.* FLORES BARRUETA, Benjamín, *Lecciones de Primer curso de Derecho Civil*, México, edición privada hecha con permiso del autor por la Universidad Iberoamericana, 1965, pp. 285-286.

[26] GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Familiar*, Tuxtla Gutiérrez, Universidad Autónoma de Chiapas, 1988, p. 231.

[27] MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1984, p. 31.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 79 05/01/16 1:27 p.m.

un conjunto de instituciones de fisonomía peculiar, que poseen un contenido afectivo, ético y natural cuya articulación, interpretación y aplicación difieren diametralmente del Derecho Civil, rama que se ocupa sobre todo de arreglar intereses de orden patrimonial. Más adelante destacamos la importancia que reviste el que el Derecho Familiar alcance su autonomía.

Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro, después de asentar que "para que una parte del derecho pueda adquirir independencia, se requiere que posea",[28] independencia doctrinal, legislativa y judicial, concluyen que en "México existen tribunales y jueces específicos para atender a los asuntos familiares, pero su doctrina y regulación, la enseñanza de éstos y la legislación correspondiente aún forman parte del derecho civil".[29] No está por demás reflexionar que efectivamente cuando los citados tratadistas formularon este aserto, su apreciación era correcta, porque la autonomía del Derecho Familiar no ha sido de breve trayecto, sino un proceso de decantación que, incluso, en el Distrito Federal no ha concluido a la fecha.

El Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra, sin ser categórico, supone que las normas reguladoras de las relaciones familiares, por su especial naturaleza, merecen ser agrupadas bajo el nuevo rubro de Derecho Familiar y que éste atraviesa una etapa de transición que lo aleja del Derecho Civil, sin que ello signifique que transita definitivamente hacia el Derecho Público.

Dice el acreditado maestro al respecto: "La dinámica del grupo disperso de normas, que inicialmente se encuentra *incrustado en el Derecho Civil*, ha venido superando los moldes clásicos y ya caducos y obsoletos, imponiendo la necesidad de buscar y encontrar una nueva denominación: la de Derecho Familiar… los estudios de Cicu demostraron la necesidad de revisar los criterios de clasificación y si bien no creemos que el Derecho de Familia se acerque al Derecho Público, si creemos que marca un grave momento de *crisis* en la

[28] BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *op. cit.*, p. 12.
[29] *Idem.*



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 80 05/01/16 1:27 p.m.

tradición del mismo como parte del Derecho Civil".[30] De cualquier modo, podemos asumir que para el maestro Magallón, el Derecho de Familia aún integra Derecho Civil, como se aduce del hecho de que su *Derecho de Familia* corresponde al tomo III de su tratado general intitulado *Instituciones de Derecho Civil*; sin embargo, visionariamente prevé su desplazamiento hacia una ubicación particular y soberana.

Felipe de la Mata P. y Roberto Garzón J. aseveran que "el derecho de familia es privado en tanto que la conducta debida se origina entre los propios miembros del núcleo familiar, entre los cuales hay mutuamente una igualdad jurídica evidente",[31] agregando más adelante que al Derecho de Familia, "dentro de nuestra perspectiva debe considerarse una rama autónoma del Derecho Civil, y en consecuencia con el tiempo deberá expedirse un código familiar en cada una de las entidades federativas.[32]

Estima Jorge Alfredo Domínguez Martínez, después de una amplia reflexión sobre el tema "que los argumentos esgrimidos para demostrar la separación del Derecho de Familia del Derecho Civil y la consecuente autonomía del primero, no son suficientemente sólidos y convincentes… Ciertamente, si bien las relaciones de índole familiar integran un estatuto con características singulares, tienen una serie de vínculos con el Derecho Civil que de ellos deriva una indisolubilidad entre una y otra disciplina".[33]

Opina Javier Tapia Ramírez "que el Derecho de Familia no debe ser apartado del Derecho Civil"; sin embargo con posterioridad asume una actitud un tanto dubitativa, pues añade que "… el hecho de que el Derecho Familiar adquiera una *'reglamentación autónoma'*, no es causa suficiente para considerarlo independiente del derecho privado (Nota del autor: adviértase que aquí el Dr. Tapia ya no se refiere al Derecho *Civil* sino al *Privado*) *pero si como una rama de éste, pero*

[30] MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de familia*, t. III., México, Porrúa, 1988, pp. 41-42.

[31] DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *op. cit.*, p. 22.

[32] *Idem.*

[33] DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 58-60.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 81 05/01/16 1:27 p.m.

*con su propia legislación, como sucede con el Derecho Mercantil; con esta clase de autonomía del Derecho de Familia estoy de acuerdo*, y no dudamos que tarde o temprano pasará a formar parte de una rama del derecho privado como lo es actualmente el Derecho Mercantil".[34]

Reflexiona Flavio Galván que el concubinato en tanto que causa, fuente o acto jurídico generador de la familia, no puede ser regulado como tal, es decir, en cuanto a sus elementos de existencia y de validez, sino por el Derecho de Familia. En este contexto explica que su aseveración "se sustenta, por supuesto, en la tendencia jurídica que postula la autonomía de esta rama del Derecho Privado, fundamentalmente frente al Derecho Civil, del cual emergió sin duda alguna, hasta evolucionar y alcanzar su actual independencia científica, teniendo presente que el contenido temático del Derecho Familiar es el origen, organización y disgregación de la familia".[35]

## III. Tesis del autor sobre la autonomía del Derecho de Familia

La exposición que haremos a continuación tiene como base la que formulamos hace ya cinco décadas, pero ahora enriquecida con los datos que proporciona el cúmulo de novedades acaecidas en ese lapso.

Nos sorprende contemplar la potencia dinámica del Derecho Familiar, que en relativamente poco tiempo ha avanzado una gran distancia, con pasos de siete leguas, como los que daban las botas del gato legendario.

El Derecho de Familia posee una naturaleza expansiva, y permea cuanto toca, imprimiéndole su espíritu renovador, humanista y lozano.

No está por demás reivindicar, aquí y ahora, algo cuya certidumbre está avalada por el testimonio incontestable de la palabra

[34] Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, pp. 24-25.
[35] Galván Rivera, Flavio, *op. cit.*, p. 123.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 82 05/01/16 1:27 p.m.

escrita. Me refiero a que fue en el artículo que me publicó la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, en su número 68 (t. XVII, octubre-diciembre de 1967, pp. 809-843), y que se intitula *La autonomía del Derecho de Familia*, cuando se planteó por primera vez en México, el problema relativo a la autonomía científica y sistemática de esta rama del Derecho.

No soy pues un advenedizo a este tema, sobre el cual he tenido la oportunidad de reflexionar intermitentemente por casi medio siglo. Dado lo anterior y por el tiempo trascurrido, es oportuno plantear dos interrogantes:

1. *Primera*. ¿Aún mantiene su inicial interés el problema que nos ocupa? ¿Es que aún no ha sido dilucidado?
2. *Segunda*. En todo caso, ¿Qué utilidad práctica tendría concluir que, en efecto, el Derecho de Familia es ya rama autónoma entre las que conforman el Derecho?

A una y otra interrogantes cabe una respuesta concreta. En cuanto a la primera, qué duda cabe que el problema mantiene vigente su interés, como lo demuestra el hecho de que la polémica respecto a él, no sólo permanece viva, sino que incluso se acrecienta y, por ello, no es raro observar que en reuniones y congresos se le debata con verdadera pasión. En lo que concierne a la segunda, nos parece claro que cuando una parcela del conocimiento humano alcanza su autonomía, ello favorece el incremento de la investigación en torno a la misma, pues la especialización es una característica de nuestro tiempo; lo anterior, además de la finalidad que se propone en sí misma la consagración de la repetida autonomía y que quedó esclarecida con anterioridad; esto es, el conocimiento de que existe un sector del Derecho, de contenido afectivo, ético y natural, que no puede quedar sujeto a la normatividad de orden básicamente patrimonial, que es característica del Derecho Civil.

Pero, he aquí la razón, la justificación más importante para pugnar por la plena e irrestricta autonomía del Derecho Familiar frente



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 83 05/01/16 1:27 p.m.

al Civil: es necesario romper con la subordinación del primero respecto al segundo, porque ello permitirá imprimir sin reticencias, restricciones y cortapisas, a todas las instituciones y figuras jurídicas del Derecho de Familia, el espíritu que es propio de éste. Es tal la orientación que inspira y permea esta obra, bajo el signo de la ya lograda autonomía *científica* del Derecho Familiar.

Hasta ahora, una gran cantidad de los problemas que abordan los familiaristas cuando tratan de definir, por ejemplo, la naturaleza jurídica de una cierta figura o institución, radica en la equivocada posición que adoptan, el tratar de hacerlo desde el enfoque del Derecho Civil, cuando substancialmente dichas figuras ni caben ni pertenecen a ese Derecho. En tales casos resulta necesario retorcer, verdaderamente torturar a la infortunada figura de que se trate, para tratar de ubicarla en un molde que no fue fabricado para ella.

Así sucede cuando se discute, *verbi gratia*, si el matrimonio o la llamada subrogación de vientre para gestación, son o no contratos. Quienes combaten que lo sean, aducen multitud de argumentos de muy sólida apariencia, tales como que el objeto de contrato debe estar en el comercio, lo que no ocurre digamos en el matrimonio, o que la subrogación es una forma de trasmitir las obligaciones, suceso totalmente ajeno al hecho biológico de la gestación. En fin.

Empero, es claro que sí son contratos, puesto que su esencia medular consiste en un acuerdo de voluntades, es decir, su naturaleza es intrínsecamente contractual, puesto que su formación depende de la confluencia de dos voluntades (partes) hacia una finalidad jurídicamente tutelada.

Pero (hay un gran pero), *no son contratos de Derecho Civil sino de Derecho Familiar*, donde es posible y procedente mucho de lo que en el primero no lo es. Para comenzar, hay que recordar que el contrato como otras varias importantes figuras del Derecho, no pertenece *exclusivamente* al Derecho Civil. Hay contratos en múltiples parcelas del Derecho; encontramos contratos laborales, mercantiles, administrativos, etc., que se comportan de acuerdo con las finalidades



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 84 05/01/16 1:27 p.m.

que procura e interesan a la rama jurídica a que pertenecen. Por ejemplo, todos sabemos que inicialmente la regulación de la relación laboral estuvo regida por el Código Civil, hasta la expedición de la primera Ley Federal del Trabajo (acaecida el 18 de agosto de 1931) lo que dio lugar a la reforma del artículo 2605 del Código Civil de 1928, precepto que también aparece en el de 2000 con el mismo numeral y la siguiente redacción: "El servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje, se regirán por la Ley Federal del Trabajo". Así el contrato de contenido *laboral* emigró hacia una nueva rama del Derecho, el Derecho del Trabajo, donde sí se puede coartar o restringir ampliamente la autonomía de la voluntad de las partes, en aras de lograr proteger a la parte débil de la relación: el trabajador.

Ocurrió el desgajamiento apuntado y no se acabó ni el Derecho Civil ni el mundo ¿Qué pasó? Que la entonces nueva rama autónoma cobró a plenitud su espíritu propio y empezó a consolidar los principios que la rigen y a perfilar sin influencias deformantes, sus particulares instituciones y figuras. Pocas situaciones más contrapuestas que el espíritu que básicamente anima al contrato Civil y el que es propio del contrato laboral. El primero está presidido por el principio de la autonomía de la voluntad; es el instrumento que el Derecho pone a disposición de los particulares (incluso del Estado cuando actúa como tal) para que autoregulen su conducta y se obliguen en la medida que deseen hacerlo con escasas restricciones; en cambio el Derecho del Trabajo, como Derecho protector de clase, impone múltiples restricciones e incluso considera nulos los pactos que impliquen la renuncia del Trabajador a sus derechos (art. 5° frac. XIII, LFT).

Mucho de lo anteriormente aseverado respecto de la materia laboral es aplicable, *mutatis mutandis*, a la familiar, donde también muchos de los derechos que consagra la norma legal son irrenunciables y gran cantidad de las obligaciones, igualmente



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 85 05/01/16 1:27 p.m.

ineludibles; no son estas últimas producto de pacto, sino que la ley las impone autárquicamente.

No es contundente en contra de la autonomía del Derecho Familiar el argumento de que hay una gran relación entre éste y el Derecho Civil, pues como es generalmente admitido, el Derecho Civil es la madre de todas las disciplinas jurídicas, pero las ahora existentes han ido madurando y asumiendo su propio rumbo independiente, como más temprano que tarde lo hará de forma absoluta el Derecho Familiar.

Debo añadir, además, una doble toma de posición, que servirá para ofrecer apriorísticamente una noción de hacia dónde se enfila esta exposición. En primer término, declaramos que la solución a que habremos de arribar debe estar exenta de cualquier elemento de carácter subjetivo y, por ende, debe concretarse a examinar los factores objetivos que conciernan: el resultado aparecerá solo. En segundo lugar, que para la cuestión que abordamos no existen soluciones universales; la conclusión sólo podrá tener validez local, pues dependerá en gran parte de factores contingentes.

En efecto, es inútil tratar de resolver el problema relativo a si ha alcanzado o no su autonomía el Derecho Familiar, a partir de cualquier consideración de tipo subjetivo. O sea que, examinando la cuestión a nivel local, pues en esto no se puede generalizar, habrá que apreciar si se surten o no los supuestos que hacen autónoma a una determinada disciplina frente a las demás que integran la Ciencia del Derecho (particularmente, respecto de aquélla de la cual pretende su independencia) y si ello es así, cualquiera que sea nuestra inclinación de espíritu, tendremos que resolver que la disciplina en cuestión se ha emancipado; y si no lo es, habremos de admitir que aún permanece uncida a alguna otra. El resultado que en todo caso alcancemos, tendrá el rigor de una operación matemática y, por ende, la irrefutable solidez de ésta.

Pero, ¿cuándo podemos asumir que una cierta rama de la ciencia jurídica puede conceptuarse autónoma? Recordemos aquí a Rocco:



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 86 05/01/16 1:27 p.m.

"para que una ciencia jurídica pueda decirse autónoma, es necesario y suficiente que sea bastante extensa, que amerite un estudio conveniente y particular; que también contenga doctrina homogénea, dominando el concepto general común y distinto del concepto general informatorio de otra disciplina; que posea un método propio, es decir, que adopte procedimientos especiales para el conocimiento de la verdad constitutiva del objeto de la indagación".[36]

Ahora bien, para conseguir nuestro propósito de abordar el problema de manera totalmente objetiva, recurriremos a los llamados "criterios de autonomía".

Guillermo Cabanellas, ocupándose no del Derecho Familiar sino del Laboral, al tratar el tema relativo a si la rama de su especialidad puede considerarse como autónoma, estudia tal autonomía desde diversos aspectos; así, habla de *autonomía Legislativa, autonomía científica, autonomía didáctica y autonomía jurisdiccional.*[37] Adoptemos básicamente esta idea, sólo que replanteando la cuestión: el problema a resolver sería el de la autonomía del Derecho de Familia respecto del Derecho Civil. Ahora bien, consideramos conveniente agregar dos criterios más a los cuatro enunciados: los de la autonomía institucional y la autonomía procesal. A fin de no abundar excesivamente sobre los diversos criterios antes enumerados, sintetizaremos afirmando que el criterio *legislativo* inquiere acerca de si la disciplina pretendidamente autónoma, posee o no una regulación legal propia y exclusiva; el *científico*, pregunta sobre si tiene Doctrina particular; el *didáctico*, si se le enseña monográfica y separadamente, y el *jurisdiccional*, acerca de si existen tribunales que tan sólo conozcan de los negocios que atañan a la disciplina en cuestión. De los criterios que añadimos, el *institucional* revisa si la rama jurídica que busca su autonomía, es dueña de instituciones propias, distintas de las

[36] ROCCO, Hugo, citado por TRUEBA URBINA, Alberto, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal del Trabajo*, México, Porrúa, 1965, p. 22.

[37] *Cfr.* CABANELLAS, Guillermo, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 649.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 87 05/01/16 1:27 p.m.

pertenecientes a la disciplina de la cual se independiza, y el *procesal* interroga acerca de si cuenta con procedimientos propios.

Procedamos en seguida a cotejar los datos que nos proporciona la realidad que prevalece en el Distrito Federal,[38] con cada uno de los criterios anotados, para que a modo de sumandos, sean considerandos en la operación cuasimatemática que pretendemos.

### 1. Criterio legislativo

Como ya se indicó con anterioridad, en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 31 de diciembre de 1974, se publicó un nuevo texto del artículo 4° constitucional, que en gran parte se dedicó a tutelar a la familia. De esta manera, nuestra Ley Fundamental se sumó a la tendencia mundial ya apuntada por Díaz de Guijarro, de incluir a ese alto nivel jerárquico, normas concernientes a la familia.[39]

Con objeto de no incurrir en digresiones inconducentes a los efectos de esta exposición, omitiremos referimos a las reformas que de 1974 a la fecha ha registrado el artículo 4° Constitucional, limitándonos a comentarlo según su redacción actual (año 2015).

[38] En 1967 formulamos una revisión detallada de cada uno de los criterios de autonomía, cotejándolo con la realidad imperante a nivel mundial. Así, al ocuparnos del criterio legislativo, observamos que constituciones de diferentes países daban cabida a disposiciones reguladoras del cuerpo familiar; igualmente hicimos ver que algunos países habían concedido plena independencia al Derecho de Familia en el campo legislativo, al expedir *códigos de la familia*. De manera análoga que en tratándose del criterio legislativo, procedimos con todos los demás, formulando una exposición detallada en cada caso. Hoy tal procedimiento escapa a los propósitos de esta obra que no es panorámica sino aplicada al Derecho vigente en el Distrito Federal, por lo que constreñimos nuestro estudio a la situación que se aprecia en la demarcación territorial indicada.

[39] Expresa Enrique Díaz de Guijarro: "Dos manifestaciones han aparecido durante el corriente siglo (se refiere al XX), en orden a la regulación legal de la familia: la inclusión de normas sobre la familia en las Constituciones Políticas de los Estados; y el sistema del derecho civil, con la autonomía de las reglas sobre la familia". *Cfr.* Díaz de Guijarro, Enrique, *op. cit.*, pp. 267-268.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 88 05/01/16 1:27 p.m.

Comienza el citado artículo 4°, señalando en su párrafo primero (in fine) que la ley protegerá "el desarrollo de la familia". En su párrafo segundo consagra el derecho a la libre reproducción humana, al disponer que toda persona tiene derecho "a decidir de manera libre, *responsable* e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos"; como el precepto inicia estableciendo que "el varón y la mujer son *iguales* ante la ley" y esta igualdad significa que nunca uno de ellos prevalece sobre el otro, debemos entender que en tratándose de pareja, este derecho debe ser ejercido de común acuerdo, por lo cual, al menos en el caso de cónyuges o concubinarios, la decisión de practicar un aborto antes de las doce semanas de gestación, debe acordarse por ambos progenitores; la solución inversa es contraria al texto constitucional. El párrafo sexto establece el derecho de toda *familia* a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Después de sentar con toda claridad el precepto constitucional en su párrafo sexto, que en todas las decisiones y actuaciones del Estado "se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos", de forma tajante ordena que "los ascendientes y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos principios".

Cabe recordar, por otra parte que desde su publicación en 1917, la Constitución hacía referencia al patrimonio familiar en sus artículos 27, fracción XVII, inciso f,[40] y 123, fracción XXVIII.[41]

[40] El inciso f), fue más tarde g) y tras la reforma a la fracción XVII del artículo 27 constitucional (Diario Oficial de la Federación de 6 de enero de 1922), el inciso g) pasó a ser el párrafo tercero de la fracción citada, pero el texto actual (2015) del precepto, permanece idéntico al original: "Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni a gravamen ninguno".

[41] Al dividirse el artículo 123 en los apartados A y B, dentro del primero quedó incluida la fracción XXVIII, manteniendo el texto original: "Las leyes determinarán los bienes constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios".



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 89 05/01/16 1:27 p.m.

En ambos casos se caracterizaba al patrimonio de familia como inalienable e inembargable. La intención del Constituyente de tutelar a la familia fue evidente. Al día de hoy (2015), la Constitución Política Federal continúa promoviendo y protegiendo al patrimonio familiar, empleando para ello textos que reproducen a los aparecidos en su origen.

Conviene rescatar como un muy importante dato histórico, el consistente en que correspondió a México el haber promulgado el primer ordenamiento en el mundo, destinado exclusivamente a regular lo atinente a la familia; nos referimos a la Ley sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917 y comenzada a publicar en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al día 14 del mismo mes y año, fecha en que empezó a regir, por disponerlo así su artículo 10 transitorio (incluido en el capítulo *Disposiciones Varias*). El artículo 9 transitorio de la misma Ley, deroga la parte del Código Civil de 1884 relativa al Derecho de Familia. De esta manera, el Derecho Familiar había cobrado evidente autonomía en el campo legislativo, pero al advenimiento del Código Civil de 1928 dejó de regir la Ley, revertiendo a dicho Código todas las materias que regía aquel cuerpo legal. No está por demás recordar que la citada Ley tuvo aplicación exclusivamente en el Distrito Federal y, por tanto, no en todo el país.

En lo que concierne al Distrito Federal, el Derecho Familiar no ha alcanzado aún autonomía legislativa, pues hasta la fecha la regulación de las cuestiones sustantivas familiares se ubica en el Libro Primero del Código Civil (principalmente, en los títulos Quinto a Noveno, de dicho Libro). En cuanto al aspecto procesal, los trámites familiares básicamente se sujetan al Código de Procedimientos Civiles, donde los encontramos dispersos en diferentes secciones del mismo.

No obstante, puede afirmarse que existe una cada vez más fortalecida corriente de opinión (que compartimos), en el sentido de que se expidan en el Distrito Federal, códigos Familiar y de Procedimientos Familiares.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 90 05/01/16 1:27 p.m.

## 2. Criterio científico

Apuntábamos en 1967, que en torno al Derecho familiar se había producido una "verdadera eclosión doctrinal" en numerosos países. En el presente, ese impulso renovador y vivificante no sólo no se ha perdido, sino que se contempla fortalecido y exponencialmente incrementado.

Mencionábamos que eran múltiples las obras publicadas en otras latitudes bajo el título preciso de *Derecho de Familia* u otro equivalente, e ilustrábamos este aserto mencionando, a guisa de ejemplo, algunas de las más conocidas; empero, aclarábamos que, al parecer, en México no existía ninguna titulada expresamente *Derecho de Familia*, aunque si se conocían con esa denominación, porciones de tratados generales sobre Derecho Civil. Así, destacábamos que Rojina Villegas intitulaba *Derecho de Familia* al Tomo Segundo de su Derecho Civil Mexicano; Rafael de Pina denominó *El Derecho de Familia y la Familia*, a la Parte Cuarta del Volumen Primero de la obra *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, por él escrita; *Derecho de Familia* se intitulaba la Parte Tercera (y final) de las *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*, libro del que fue autor Flores Barroeta.[42]

Actualmente, en cambio de lo que ocurría en 1967, encontramos ya numerosas obras publicadas bajo la específica denominación de *Derecho de Familia* o *Derecho Familiar*, como son las de Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez,[43] Julián Guitrón Fuentevilla (un estudio panorámico que no aborda de manera concreta las instituciones que conforman la substancia del Derecho de Familia),[44] An-

[42] Los datos de identificación bibliográfica de las obras citadas, ya se han proporcionado en este mismo capítulo.

[43] *Cfr.* BAQUEIRO ROJAS, Edgar, y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones,* México, Harla Colección de Textos Universitarios, 1990.

[44] *Cfr.* GUITRÓN FUENTEVILLA, Julían, *Derecho Familiar,* Tuxtla Gutiérrez, Universidad Autónoma de Chiapas, 1972.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 91 05/01/16 1:27 p.m.

tonio de Ibarrola[45] y Manuel F. Chávez Asencio.[46] A los anteriores textos, debemos agregar los apuntes publicados bajo la forma de libro por Sara Montero Duhalt, bien redactados aunque carentes de fuentes bibliográficas expresas.[47] Todas las aludidas obras fueron publicadas en la segunda mitad del siglo XX, pero en los quince años que han transcurrido del actual siglo XXI, han aparecido otras más; dentro de las más bien logradas y difundidas figuran el *Derecho Familiar* de Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez,[48] y el *Derecho de Familia* de Javier Tapia Ramírez.[49]

Una aclaración que resulta prudente es la de que otros prestigiados autores, también han abordado ampliamente el tema familiar, pero haciendo manifestación expresa o tácita de que sus obras, si bien son monográficas sobre tal materia, parten del supuesto de su pertenencia al Derecho Civil. Así notamos que el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra, en 1988 ubica al Derecho de Familia como una porción del Derecho Civil (la parte relativa corresponde al Tomo III de su obra panorámica *Instituciones de Derecho Civil*).[50] De igual manera debemos considerar dos obras, asimismo publicadas ya en el presente siglo en *primera edición*, que versando sobre la materia familiar, lo hacen al amparo de la idea de que esta parcela jurídica integra, sin lugar a dudas, Derecho Civil. Se

[45] *Cfr.* De Ibarrola, Antonio, *Derecho de Familia,* México, Porrúa, 1978.

[46] *Cfr.* Chávez Asencio, Manuel F., "*La Familia en el Derecho*". *Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, México, Porrúa, 1984.

[47] *Cfr.* Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia,* México, Porrúa, 1984.

[48] *Cfr.* De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho Familiar,* México, Porrúa, 2004.

[49] *Cfr.* Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2013. Javier Tapia Ramírez es un notable tratadista que se ha propuesto escribir una obra que abarque todas las asignaturas del Derecho Civil, pero el tomo a que nos referimos se intitula específicamente "Derecho de Familia"; por otro lado, como hicimos notar previamente, se ostenta partidario de la autonomía de esta rama jurídica.

[50] *Cfr.* Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho civil*, México, Porrúa, 1988.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 92 05/01/16 1:27 p.m.

trata del maestro Ernesto Gutiérrez y González[51] y del admirado profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, Jorge Alfredo Domínguez Martínez.[52]

Al lado de las obras onmicomprensivas, encontramos multitud de estudios monográficos y artículos de revistas, que también constituyen una nada desdeñable aportación al estudio jurídico de la familia.

Como puede apreciarse, en el Distrito Federal el Derecho de Familia ha perfilado suficientemente su autonomía científica.

## 3. Criterio didáctico

En los planteles donde se enseña Derecho en el Distrito Federal y zona conurbada, ha ido creciendo la tendencia al estudio monográfico y separado del Derecho de Familia.

La Facultad de Derecho de la UNAM, sin duda la más importante del país (e incluso de Iberoamérica), después de un largo lapso de inercia durante el cual permanecieron invariados su Plan y Programas de Estudio, a partir de la última década del siglo XX y actualmente además para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 del "Reglamento General para la Presentación, Aprobación y Modificación de Planes de Estudio" (Texto modificado por el Consejo Universitario el 20 de junio de 2003), por conducto de su H. Consejo Técnico efectúa sexenalmente un diagnóstico de dichos Plan y Programas, a fin de identificar lo que requiera modificarse de ellos.

Haciendo abstracción de lo ocurrido precedentemente, es interesante recordar que a partir de septiembre de 1993 (semestre I/94), se inició la paulatina incorporación de un nuevo Plan de Estudios

[51] *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, México, Porrúa, 2004.

[52] *Cfr.* Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, México, Porrúa, 2008.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 93 05/01/16 1:27 p.m.

para el desarrollo de la actividad docente del plantel. En el Plan de Estudios substituido, aparecía el curso intitulado "Civil IV. Familia y Sucesiones", que en su primera parte daba cabida, como lo indica su denominación, al Derecho de Familia. Nótese que el curso se denominaba "Civil IV", con lo cual se ubicaba plenamente a la familia y a la disciplina que la estudia, dentro del Derecho Civil. El Plan de Estudios substituto, modificó esta inconveniente sistematización, titulando "Derecho Familiar" al curso que versa sobre la materia familiar y su problemática, sin que dicho curso compartiera el período que le fue designado con alguna otra asignatura.

Posteriormente en una nueva revisión del Plan de Estudios, considerando la afinidad que existe entre la materia familiar y la sucesoria, se optó por fundirlas en un solo curso que se denominó "Derecho de Familia y Sucesiones"; empero, en la práctica se apreció la inconveniencia de esa fusión, pues el tiempo asignado al repetido curso resultaba insuficiente y había que ir a gran prisa o bien omitir algunos temas o dejarlos inconclusos para, más o menos, completar el programa, lo cual resultaba fatal para los efectos docentes.

Teniendo a la vista la experiencia relatada, el Plan de Estudios consecutivo (que es el vigente, clave 1447), mismo que entró en vigor con fecha 9 de agosto de 2010, reinstauró la separación de las asignaturas Derecho Familiar y Derecho Sucesorio; la que ahora nos interesa se denomina precisamente como queda dicho, es decir "Derecho Familiar" [53] y se imparte en el Sexto Semestre. Además, también dentro de la licenciatura, en el Décimo Semestre, aparece la asignatura "Especialización en Derecho Familiar".

En el Posgrado de la Facultad de Derecho UNAM, ha habido un notable enriquecimiento de la materia familiar. La "*Especialidad en Derecho Familiar*" comprende tres semestres, en cada uno de los

[53] El Plan fue aprobado por el H. Consejo Técnico el día 8 de abril de 2010; el Consejo Académico del Área de las Ciencias Sociales en sesión plenaria del día 23 de junio de 2010 aprobó el proyecto de Modificación del Plan y Programas de Estudios de la Licenciatura en Derecho, de la Facultad UNAM.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 94 05/01/16 1:27 p.m.

cuales se imparten tres asignaturas; éstas son: Instituciones de Derecho Familiar I, Derecho Procesal Familiar I e Historia del Derecho Familiar; Instituciones de Derecho Familiar II, Derecho Familiar II y Derecho Internacional en Relación con la Familia y sus Miembros; Derecho Familiar Penal, el Juicio de Amparo en Materia de Derecho Familiar y Derecho Sucesorio en Relación con la Familia.

También dentro del ámbito de la UNAM, encontramos las Facultades de Estudios Superiores de Acatlán y Aragón, donde igualmente se cursa la Licenciatura en Derecho.

En el programa vigente de la FES Acatlán, concretamente en el Quinto Semestre, se incluye la materia denominada "Familia y Sucesiones", sin que se evidencie sujeción alguna de la misma al Derecho Civil, y en el Noveno, la asignatura "Práctica Forense Familiar", pudiendo apreciarse que en el mismo Noveno Semestre aparece "Práctica Forense de Derecho Civil", como curso aparte e inconexo (se imparte al mismo tiempo y de forma paralela) con el anteriormente citado.

En la FES Aragón, el programa lista los cursos de Derecho Civil I, II, III y IV; en éste último se da cabida, en su Primera Parte, al Derecho de Familia (la segunda está reservada al "Derecho Hereditario").

Además de la UNAM, otros prestigiados centros de estudio comprenden entre sus licenciaturas la de Derecho. Veamos algunos de ellos:

La Universidad Anáhuac divide su Programa de la Licenciatura en Derecho, en dos bloques: Profesional y Electivo. Dentro del primero, en el listado de las asignaturas que lo conforman, aparece la de "Derecho de Familia", sin que se advierta, al menos a primera vista, su subordinación al Derecho Civil.

En la Universidad Iberoamericana, el Plan de la licenciatura contiene en el Segundo Semestre la materia "Personas y Familia", que evidentemente se halla vinculada al Derecho Civil, pues está seriada con "Bienes y Derechos Reales", "Sucesiones", "Obligaciones I", "Obligaciones II", "Contratos Civiles I) y "Contratos Civiles II".



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 95 05/01/16 1:27 p.m.

En cuanto al Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), se aprecia en su programa, Sexto Semestre, el curso "Familia y Sucesiones", que se imparte inmediatamente después de los que son de Derecho Civil.

En el Plan de Estudios de la Universidad Panamericana, una de las ocho materias previstas para el segundo semestre se denomina "Derecho Familiar".

Por lo que se refiere a la Universidad La Salle en su tercer semestre se sitúa la asignatura Derecho de Familia.

La División de Ciencias Sociales de la Universidad del Valle de México (UVM), dentro de la licenciatura en Derecho tiene programado tanto en el Plan de Semestral (de nueve semestres) como en el Cuatrimestral (de once cuatrimestres), el curso "Derecho Familiar", que en todo caso se imparte al principio de la Carrera; posteriormente se añade, ya en el último segmento de aquella, la materia "Práctica Forense Civil y Familiar" (es interesante percibir que se dice "Civil" y "Familiar", como tratándose de parcelas jurídicamente distintas).

De la anterior breve revista a diferentes planes de estudio vigentes (en 2015) en prestigiados centros de estudio donde se imparte la licenciatura en Derecho, entendemos que existe una fuerte y definida tendencia hacia la enseñanza del Derecho Familiar como asignatura independiente.

## 4. Criterio jurisdiccional

Hace cinco décadas, al abordar la cuestión relativa al llamado "criterio jurisdiccional", iniciábamos nuestra exposición con estas palabras: "La creación de tribunales especializados en materia familiar constituye actualmente, más que una realidad, un desiderátum. Por desgracia son raros los países que tienen instaurados auténticos tribunales de familia".[54]

[54] Barroso Figueroa, José, *op. cit.*, p. 834.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 96 05/01/16 1:27 p.m.

Esta situación se ha modificado substancialmente y puede decirse que cada vez es mayor el número de naciones que poseen una jurisdicción netamente familiar.

En cuanto al Distrito Federal, en cierto momento del lapso que nos ocupa desaparecieron los juzgados pupilares,[55] pero ahora existen y con una competencia más amplia, los juzgados de lo familiar.

Los juzgados de lo familiar, empezaron a funcionar a partir de 1971 (Diario Oficial de la Federación de 18 de marzo de 1971); anteriormente a su aparición, los negocios que ahora son de su competencia era conocidos por los juzgados pupilares y los civiles. Originalmente los juzgados familiares fueron seis, cantidad verdaderamente reducida si se considera la crecida población que ya entonces poseía el Distrito Federal.

Como el número de habitantes se ha acrecentado constantemente, de manera simétrica se ha incrementado el de los juzgados familiares que a la fecha suman cuarenta y dos, además de cinco salas dedicadas exclusivamente a la materia familiar. La competencia de los juzgados familiares viene determinada por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.[56]

---

[55] Los juzgados pupilares eran competentes para conocer de los negocios que afectaban a la persona e intereses de los menores y demás incapacitados sujetos a tutela, de acuerdo con el entonces vigente artículo 70 de la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito y Territorios Federales.

[56] "Artículo 52. Los Juzgados de lo Familiar conocerán:

I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio, a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

III. De los juicios sucesorios;



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 97 05/01/16 1:27 p.m.

Es interesante advertir que de acuerdo a la fracción III del artículo 52 citado, los tribunales familiares poseen competencia en materia sucesoria, es decir, que son de lo familiar y de lo sucesorio. Recordemos que algunos especialistas, como Fix Zamudio, consideran que esta última materia no es de índole familiar.[57]

No se debe pasar por alto que el Código Civil de 1928 desde su promulgación,[58] en su artículo 272 (vigente a la fecha con el texto original) confirió a los oficiales del Registro Civil (hoy jueces del Registro Civil), atribuciones para intervenir en el llamado *divorcio administrativo*, mediante el cual, previa satisfacción de ciertos requisitos que el precepto aludido precisa, se disuelve el vínculo matrimonial. El Código Civil de 2000 continúa dando cabida al divorcio "administrativo" (así lo designa el propio Código), en el que es también su artículo 272. Siguiendo el ejemplo del Distrito Federal, los Estados que integran la Federación también han ido instaurando paulatinamente juzgados familiares para conocer en primera instancia de esta clase de asuntos e, incluso, salas familiares para tramitar los recursos interpuestos en esta materia. De acuerdo a los datos de que disponemos, se han instalado juzgados de lo familiar en todos Estados de la República; en cuanto a salas familiares,

IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco;

V. De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar;

VI. De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el orden familiar;

VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados, y

VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial".

[57] Citado por Oscar Rodríguez Santiago. *Cfr. Revista del Centro de Estudios Judiciales*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, núm. 7, abril-junio 1988, p. 31.

[58] Mediante Decreto de 29 de agosto de 1932, se dispuso que el Código Civil empezará a regir a partir del 1° de octubre de ese mismo año.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 98 05/01/16 1:27 p.m.

resulta difícil la precisión, porque en varias de las entidades de la Federación las salas son mixtas.[59]

La competencia legalmente asignada a la mayoría de los juzgados familiares en las distintas entidades federativas, es análoga a la atribuida a sus homólogos del Distrito Federal; es decir, que conocen de asuntos propiamente familiares y además de juicios sucesorios.

## 5. Criterio institucional

Insistiremos en que este criterio se refiere al análisis y determinación de si la rama jurídica de cuya autonomía se trata, posee instituciones propias, distintas en particular de aquellas que pertenecen

[59] La fecha que consigna en cada caso corresponde a aquella en que crearon los juzgados familiares en el Estado correspondiente.

Aguascalientes (Decreto publicado el 20 de septiembre de 1980); Baja California Sur (Ley Orgánica publicada el 20 de junio de 1977); Campeche (Ley Orgánica publicada el 4 de diciembre de 1980); Coahuila (Decreto publicado el 15 de octubre de 1980); Colima (Ley publicada el 27 de agosto de 1983); Chiapas (Ley de 21 de agosto de 1981); Chihuahua (Decreto publicado el 30 de mayo de 1981); Durango (Decreto publicado el 18 de agosto de 1980); Estado de México (Decreto de 2 de febrero de 1980); Guanajuato (comenzó a funcionar en 1983 el primero de dos juzgados familiares ubicados en la ciudad de León, por acuerdo del pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado); Guerrero (Decreto de 24 de mayo de 2000); Hidalgo (Ley Orgánica publicada el 16 de julio de 1982); Jalisco (Decreto de 17 de diciembre de 1983); Michoacán (Ley Orgánica publicada el 2 de agosto de 1982); Morelos (Ley publicada el 17 de diciembre de 1980); Nayarit (Ley Orgánica publicada el 30 de diciembre de 1981); Nuevo León (Ley de 10 de enero de 19799; Oaxaca (Reforma de 23 de diciembre de 1978 a la Ley Orgánica entonces vigente); Puebla (Reforma de 23 de septiembre de 1983); Querétaro (Ley Orgánica de 21 de enero de 1981); Quintana Roo (Ley de 12 de marzo de 1981. La Ley anterior de 1976 –ya establecía juzgados de lo familiar, pero sin determinar su competencia específica, lo cual hace dudar de su efectivo funcionamiento); San Luis Potosí (Decreto publicado el 15 de octubre de 2005); Sinaloa (Decreto publicado el 5 de diciembre de 1980); Sonora (Publicada 12 de diciembre 1996); Tabasco (Ley de 20 de febrero de 1980); Tamaulipas (Ley publicada el 11 de julio de 1980); Tlaxcala (publicada el 10 de enero de 2002); Veracruz (26 de julio de 2000); Yucatán (Ley se publicó el 29 de septiembre de 1982); Zacatecas (publicada el 9 de abril de 2001).



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 99 05/01/16 1:27 p.m.

a la disciplina de la cual pretende su independencia. Conviene aclarar que no es preciso el que se trate de instituciones totalmente novedosas, sino que basta que a las ya conocidas se imprima un sentido y regulación tan especiales, que su nuevo espíritu y proyección resulten definidamente incompatibles con los anteriores; por ejemplo, tratándose del Derecho Laboral, el actual contrato de trabajo (la Ley Federal del Trabajo en su artículo 5° consagra derechos irrenunciables para el trabajador, en una clara intención de tutelar a éste) tiene un espíritu opuesto al contrato de Derecho Civil (donde, conforme al artículo 1832 del Código de la materia, las partes se obligan en los términos en que aparece que quisieron obligarse; aquí la ley no protege a ninguno de los contratantes por el contrario, se busca su igualdad).

Para nuestro modo de ver, el *criterio institucional* es el más importante, porque mientras los demás se refieren a cuestiones externas o contingentes, haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía de una rama del conocimiento jurídico, aquel se refiere al aspecto substancial, al contenido intrínseco de la disciplina en juicio. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino va a la médula misma del problema.

Ahora, ¿tiene el Derecho de Familia instituciones propias? La perspectiva histórica del Derecho Familiar demuestra que desde hace mucho sus instituciones tienen características especiales, que siempre han hecho de él un sector muy particular del Derecho Civil, donde se le ha enclavado tradicionalmente. Ello obedece a que, como han repetido prácticamente todos los autores que abordan la materia, las relaciones familiares antes que un contenido jurídico o económico, lo tienen ético y natural. Sin embargo (y esto no es ninguna novedad), hasta principios de siglo las relaciones de índole familiar eran consideradas más bien de Derecho Privado, pues el Estado vacilaba en trasponer el umbral del hogar e intervenir francamente en su organización; hoy esa inhibición estatal ha sido superada y es notable y creciente su injerencia, que por otra parte,



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 100 05/01/16 1:27 p.m.

tanto jurídica como filosóficamente es justificada. Todo lo anterior ha originado un desplazamiento que empuja al Derecho de Familia del Derecho Privado, si no precisamente hacia el Derecho Público, al menos rumbo a una esfera cuyos límites y contenido preciso no han sido suficientemente definidos. Encontramos pues, un cambio profundo de tendencia entre el Derecho Familiar tradicional y el nuevo, donde el Estado toma para sí cada vez mayores funciones: el Estado impone y vigila la educación de los hijos; a veces los alimenta o, cuando menos, obliga a los padres a proporcionarles alimentos; en ocasiones los cuida aun durante todo el día (guarderías infantiles); tratándose de menores carentes de ascendientes vigila la designación de los tutores y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éstos; sanciona hasta con prisión y pérdida de los derechos familiares (artículo 193 CPDF), a quien incumpla la obligación de proporcionar alimentos a las personas que tienen derechos a ellos y también se castiga con una sanción semejante, a quien renuncie a su empleo o de alguna otra manera se coloque en estado de insolvencia para eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias (art. 194 CPDF).

Si bien esta razón de índole general bastaría por si sola para justificar la autonomía institucional del Derecho de Familia, la disección particular de cada una de sus instituciones lleva a fortalecer estas conclusiones:

Contemplemos el acto básico a partir del cual se sustenta la organización familiar: el matrimonio. Se trata de un acto que ha sido calificado como *sui generis* y que precisamente por su manera especial de ser, ha dado origen a numerosas tesis que pretenden explicar su naturaleza (esta controversia deriva precisamente de la moderna idea sobre lo que es, realmente, el matrimonio).[60] A reserva de que

[60] En su tesis Doctoral, más tarde publicada como libro bajo el título de *Matrimonio por Comportamiento* México, Editorial Stylo, 1955, p. 53, el doctor Raúl Ortíz Urquidi señala la existencia hasta de nueve diferentes tesis que pretenden explicar la naturaleza jurídica del matrimonio. Al parecer, es el autor que más tesis sobre el tema, logró reunir.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 101 05/01/16 1:27 p.m.

retomemos este tema cuando nos ocupemos del matrimonio, de inmediato podemos adelantar que se trata de un contrato, sólo que no contrato de Derecho Civil, donde surgirían múltiples objeciones, sino de Derecho Familiar, donde prácticamente todas esas objeciones desaparecen.

Por otra parte, la Doctrina mexicana, de manera que podríamos considerar casi unánime, estima que se trata de un acto solemne, cualquiera que sea su naturaleza.[61]

En hecho de que se le considere solemne, lo aparta totalmente del consensualismo que anima a nuestro Código Civil; agreguemos a esto la forma tan especial como se constituye el consentimiento en el acto matrimonial: suele afirmarse que no es el acuerdo de dos voluntades, sino de tres; las de los cónyuges y la del Estado encarnado en le Juez del Registro Civil (artículo 102 del Código Civil), quien declara a aquéllos marido y mujer (por ahora sólo apuntaremos lo anterior, sin pronunciarnos al respecto, pues más adelante lo haremos).

Otro tanto puede decirse de la nulidad del matrimonio. Rememoremos la polémica en torno a si es aplicable la Teoría de las Nulidades en tratándose de matrimonio, o si bien éste tiene su propio régimen en materia de nulidad.[62] En fin, a lo mínimo puede ase-

[61] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp.306-307; Flores Barroeta, Benjamín, *op. cit.*, p. 331; De Pina Rafael, *op. cit.,* p. 316; Montero Duhal, Sara, *op. cit.,* p. 124; Baqueiro Rojas, Edgar, y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, pp.131-132; Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 153; Tapia Ramírez, Javier, *op.cit.*, p. 67; Gutiérrez Y González, Ernesto, *op. cit.*, p. 300, entre otros. Disienten de esta generalizada opinión Felipe de la Mata y Roberto Garzón, quienes categóricamente afirman que no es un acto solemne: "Nuestro cuestionamiento central es si en realidad el matrimonio es un acto solemne, entendiendo la solemnidad como un elemento de existencia que, faltando, el acto debería ser inexistente, lo que no ocurre con el matrimonio, que es considerado nulo y además convalidable". *Cfr.* De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p.105.

[62] La Teoría de las Nulidades no es exclusiva del Derecho Civil; tiene una amplia aplicación que, incluso, trasciende al Derecho Privado. Benjamín Flores Barroeta, de tiempo atrás, plantea el problema de si al matrimonio se aplica dicha teoría "o si bien el matrimonio se encuentra sujeto a reglas especiales en cuanto



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 102 05/01/16 1:27 p.m.

gurarse que el matrimonio tiene un régimen especial de nulidades que se aplica de manera preferencial y que sólo a falta de solución expresa en éste, debe recurrirse al sistema general de las nulidades. Estamos pues, en presencia de una figura jurídica con perfiles propios que se aparta sensiblemente, en su regulación, de toda otra.

Opinamos que sería erróneo comparar el divorcio con la rescisión o la revocación,[63] la tutela con el mandato, y así sucesivamente.

Añadamos a esto que la patria potestad se ha convertido en una verdadera magistratura y tendremos un cuadro de instituciones jurídicas de naturaleza muy particular, cuya evolución las ha transformado de raíz hasta otorgarles un matiz completamente ajeno al modo de ser del Derecho Privado.

Es interesante contemplar como las cosas caen por su propio peso. El legislador contemporáneo impensadamente, sin proponérselo, ha ido dando autonomía a las instituciones familiares, al ir cobrando conciencia de que por su particular naturaleza ya no tienen cabida en el Derecho Civil. Anteriormente, al surgir una nueva figura jurídica (como ocurrió con el concubinato o la adopción, en su oportunidad) simplemente se le ubicaba en el lugar del Código Civil donde se consideraba apropiado que estuviera; actualmente hay una especie de repugnancia instintiva a proceder de esta manera y así advertimos que a falta de un Código Familiar, se suele crear una *ley* particular o específica para la nueva institución. Así, la *violencia familiar*, figura netamente familiar, aunque continua apa-

a su eficacia". *Cfr.* FLORES BARROETA, Benjamín, *op. cit.*, p. 363. No abundaremos más por el momento, pues lo haremos al ocuparnos de la nulidad de matrimonio.

[63] Ernesto Gutiérrez y González estima que la naturaleza jurídica del divorcio, "cuando éste es por mutuo acuerdo, corresponde a un convenio de revocación y en el caso del divorcio necesario o por controversia obedece a la figura jurídica de la rescisión". *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.,* p. 498. Debemos aclarar que el distinguido profesor hizo esta afirmación cuando aún existían las causales de divorcio. Según nuestro parecer la conclusión a la que arriba, la cual no compartimos, es consecuencia del inconveniente proceder de pretender esclarecer la naturaleza jurídica de figuras familiares con criterios de Derecho Civil, lo cual, como se advierte en la especie, es inadecuado.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 103 05/01/16 1:27 p.m.

reciendo dentro del Código Civil, es materia de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar (publicada el 9 de julio de 1996 DOF); la sociedad de convivencia, cuya esencia consiste en crear una comunidad de vida entre personas del mismo o diferente sexo, está siendo regulada por la Ley de Sociedad de Convivencia (publicada el 16 de noviembre de 2006 GODF); la posibilidad de que un tercero disponga sobre la supervivencia de otro, se concretó en la Ley de Voluntad Anticipada (publicada el 7 de enero de 2008 GODF) y la normatividad conforme a la cual será factible que una mujer preste su vientre para gestar el hijo de otra (lo que dará lugar a relación materno-filial), ha originado el Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada, hasta ahora sujeto a vicisitudes que han detenido su publicación y vigencia ya como Ley, pero que serán superadas en breve.

Resulta de lo anterior que, poco a poco, las instituciones que integran el Derecho de Familia tienden a escapar del Derecho Civil, porque han ido cobrando una originalidad propia, haciéndose patente que se rigen por principios generales pero exclusivos de ellas, que están animadas de un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno de un objeto (el grupo familiar) que no es materia de alguna otra disciplina (al menos no desde el mismo ángulo). Tienen dichas instituciones, en síntesis: a) Principios propios; b) Espíritu definido y común a las figuras que lo conforman, y, c) objeto de conocimiento exclusivo. Basta esto para consagrar la autonomía institucional del Derecho de Familia.

## 6. Criterio procesal

Cincuenta años atrás, decíamos que el Derecho Familiar poseía ya algunos procedimientos particulares, aunque los asuntos familiares se tramitaban ante tribunales cuya competencia no se contraía exclusivamente al conocimiento de asuntos de esa índole. Lo cierto que en aquel entonces los procedimientos civiles eran utilizados



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 104 05/01/16 1:27 p.m.

para el trámite de los asuntos familiares.[64] Permanecían dispersos en el Código de Procedimientos Civiles, diferentes procedimientos relativos a cuestiones de naturaleza inequívocamente familiar[65] (casi todos permanecen).

Una innovación muy importante, fue la incorporación de las "Controversias de orden familiar" al Código de Procedimientos Civiles por Decreto de 26 de febrero de 1973 (Diario Oficial de la Federación de 14 de marzo de 1973) y que encontramos reguladas en este último ordenamiento dentro de su Título Decimosexto, Capítulo Único. Este procedimiento evidencia claramente la inclinación del legislador a

[64] Algunos de esos procedimientos quedaron en el pasado, como los llamados *juicios sumarios*, que eran la vía para tramitar la constitución del patrimonio de familia habiendo contienda; las diferencias surgidas entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes; las diferencias sobre la educación de hijos; las oposiciones de maridos (cuando debía consentir, p.e., en que trabajara la cónyuge), o de padres y tutores (respecto de actos de menores), y, en general, todas las cuestiones familiares que reclamaban la intervención judicial (artículo 430, fracciones II, VI, VII y VIII, del Código de Procedimientos Civiles, ahora abrogado).

[65] Encontrábamos en el Código de Procedimientos Civiles la tramitación del "*Divorcio por mutuo consentimiento*" (Título Decimoprimero, Capitulo Único, artículos 674 a 682), el "*Nombramiento de Tutores y Curadores y discernimiento de estos cargos*" (Título Decimoquinto, Capítulo II, artículos 902 a 914), la "*Enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos*" (Título Decimoquinto, Capítulo III, artículos 915 a 922), la "*Adopción*" (Título Decimoquinto, Capítulo IV, artículos 923 a 926) y otros actos más (a ellos se refiere el Título Decimoquinto, Capítulo VII, artículos 938 y 939), como son la autorización especial que los emancipados solicitaban para enajenar o gravar bienes raíces o para comparecer en juicio; el permiso para que los cónyuges celebraran contratos entre ellos o para obligarse solidariamente o ser fiador uno del otro; la calificación de la excusa respecto del ejercicio de la patria potestad y la aclaración de las actas del estado civil cuando se trataba de errores gramaticales o mecanográficos o de letras o de palabras concernientes a la real identificación de las personas; asimismo, el depósito de menores o incapaces sujetos a patria potestad o tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o recibieren ejemplos perniciosos.

Ya no dentro del Código de Procedimientos Civiles sino del Civil, aparecía (y ahí está aún, en 2015) el divorcio (voluntario) administrativo (que se regulaba en los párrafos segundo y tercero del artículo 272 del Código Civil de 1928).



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 105 05/01/16 1:27 p.m.

proveer a los asuntos familiares de procedimientos propios y acordes con su naturaleza; de ahí su permanencia hasta la fecha.

Las controversias familiares poseen ciertas características en las que se transparenta diáfanamente el espíritu que en la actualidad alienta al Derecho Familiar; la declaración contenida en el artículo 940 procesal lo sintetiza: "Todos los problemas inherentes a la familia *se consideran de orden público*", por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad".

Como resultado de esa calidad de "orden público" atribuido a los asuntos que atañen a la familia, se autoriza la intervención oficiosa del juez en dichos asuntos, particularmente "tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar" y se *obliga* a los jueces y tribunales a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho" (artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles). Con esta disposición se fractura definitivamente el equilibrio entre las partes, que es postulado insoslayable del procedimiento civil típico, y se accede a una nueva dimensión, propia de otra disciplina[66] en donde la igualdad consiste en el trato desigual a las partes, convirtiendo el procedimiento en un instrumento de justicia social.

Una característica notable de las controversias familiares es la de que se desolemniza el procedimiento, pues categóricamente el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles declara en qué casos "no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar",[67] a lo cual se puede proceder por escrito o

[66] En el Derecho Procesal Laboral, la igualdad de las partes no es formal, sino que se toma como punto de partida la desigualdad económica que existe entre las partes involucradas en un litigio; la decisión debe restablecer el equilibrio entre los factores de la producción. Así, se da cabida a la suplencia de los defectos de la demanda del trabajador, al relevo de la carga de la prueba a favor del trabajador, a la continuación de oficio del procedimiento, etcétera. (*Cfr.* CERVANTES CAMPOS, Pedro, *Apuntamientos para una Teoría del Proceso Laboral*, México, Instituto Nacional de Estudios del Trabajo-STPS, 1981, pp. 36-37.

[67] "Artículo 942.(CPCDF)- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación,



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 106 05/01/16 1:27 p.m.

mediante comparecencia personal en los casos urgentes (artículo 943 CPCDF). Es inconcuso que el procedimiento familiar ha sido dotado de las características de concentración, inmediatez, celeridad y, en buena medida, oralidad, por lo que resulta mucho más avanzado que el civil tradicional.

Algo notable, es que en las controversias sobre alimentos, "el juez fijará a petición del acreedor, *sin audiencia del deudor* y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio" (artículo 943, primer párrafo in fine, del Código de Procedimientos Civiles). Este precepto implica una interpretación muy especial del artículo 14 constitucional y, desde luego, no constituye una excepción al derecho de audiencia consagrado en dicho precepto de la Carta Magna, pues, simplemente, la norma secundaria no puede crear excepciones a la constitucional.

Creemos que la expresión clave para intentar la fundamentación relativa, es el "mediante juicio" que emplea el artículo 14 de la Ley Fundamental, como requisito para toda privación patrimonial. *Mediante* no es *previo.*[68] De modo que iniciado el trámite, se puede

---

restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial".

[68] La diferencia entre el significado de las palabras *previa* y *mediante*, ha sido estudiada a propósito del párrafo segundo del artículo 27 constitucional. En los casos de expropiación, la Constitución de 1857 disponía que debería efectuarse *previa* indemnización; la vigente precisa que será *mediante* tal indemnización. Se interpretó que el vocablo *previa* significaba que la indemnización debería ser pagada *antes* de que se ejecutara la expropiación; *mediante*, en cambio, quiere decir que en caso de expropiación, necesariamente debe ser pagada la indemnización correspondiente, pero pudiera serlo en un momento posterior a aquélla, según lo disponga o no la Ley de Expropiación. Abundaremos sobre el tema cuando nos ocupemos de las características de los alimentos y, entre ellas, la que denominamos "determinabilidad provisional sin audiencia del obligado".



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 107 05/01/16 1:27 p.m.

proceder a la fijación de la pensión alimenticia, que tendrá carácter provisional, en tanto se escucha y vence al afectado.

Pero, volvamos nuestra atención al estudio de la bien definida tendencia que advertimos, en el sentido de crear ciertos *principios* básicos para una adecuada *reglamentación jurídica procesal de la familia*, a fin de ofrecer al grupo familiar un tratamiento acorde con su naturaleza, que no lo coloque en el mismo plano de los negocios de orden fundamentalmente patrimonial.

Tras la anterior afirmación, la pregunta obligada inmediata es: y bien, ¿cuáles son esos principios procesales? Carina Gómez Fröde después de pasar revista a diversas propuestas al respecto, expresa: "(…) consideramos necesario plantear una serie de notas características que actualmente singularizan y distinguen al proceso familiar de otro tipo de procesos. Es por ello que nos referimos a que el proceso familiar tiene entre otras características o rasgos: la gratuidad, la economía procesal, la publicidad, la inmediatez, la tendencia hacia la oralidad, la prueba para mejor proveer, la suplencia en los planteamientos de derecho expuestos por las partes y la lealtad y la buena fe".[69] A continuación la autora explica sucintamente cada una de estas características. Debo agregar que convenimos totalmente con este planteamiento.

Reasumimos el criterio, que abunda nuestra convicción, de que el Derecho Procesal Familiar se rige por principios diferentes a los del Civil, lo cual representa una categórica evidencia de cómo la materia familiar se aleja cada vez más de la del Derecho Civil.

El proceso civil, de corte tradicionalmente liberal, ha tendido a la obtención de la verdad formal; su posterior socialización ha atemperado esta tendencia hacia la búsqueda de la verdad auténtica, histórica. Como afirma elegantemente Carina Gómez Fröde, el "proceso es un método de investigación de certezas".[70]

---

[69] GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho Procesal Familiar,* Porrúa, México, 2007, p. 13.
[70] *Ibidem,* p. 9.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 108 05/01/16 1:27 p.m.

Antes de ulteriores consideraciones deseamos dejar sentado que, obviamente, el proceso familiar en modo alguno se substrae de la Teoría General del Proceso; por el contrario se le subordina, sólo que marca distancia del proceso civil.

El proceso *civil* reclama la *imparcialidad* del juzgador, lo cual se traduce en el principio de la *igualdad de las partes* y significa que cada una de ellas tiene a su cargo acarrear los elementos de convicción que ilustren el criterio de dicho juzgador y lo inclinen a resolver en su favor. Ciertamente, el juez no debe dejarse sorprender por pruebas o argumentos falaces, pero tiene un límite muy claro en su actuación que le impide favorecer o auxiliar a alguna de las partes, inclinándose abiertamente por ella.

En el proceso *familiar*, ante la desigualdad de las partes el juez no puede quedar como un mero espectador durante el juicio, sino auxiliar (parcializarse) a favor de la que aparezca como débil, prescindiendo de la búsqueda de la verdad formal para encontrar la auténtica. Con lo anterior no queremos decir, que esta orientación sea exclusiva del Derecho Familiar; en realidad se manifiesta de manera cada vez más vehemente en todas las ramas del Derecho, incluida la civil, pero es evidente que mientras en esta última esa manifestación es tímida, en el Familiar es intensa, vigorosa, autorizada particularmente en tratándose del interés de menores e incapaces.

*Referencia particular a los juicios orales familiares*: Mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 9 de junio de 2014, se adicionaron al Código de Procedimientos Civiles vigente los artículos del 1019 al 1080, para incluir en el citado ordenamiento el que ahora es título Décimo Octavo, mismo que se intitula "Del Juicio Oral en Materia Familiar". Previamente, es conveniente aclarar que dicho Título no ha entrado íntegramente en vigor a la fecha (enero de 2015), como se desprende del texto de sus artículos Segundo, Tercero y Cuarto Transitorios.[71]

[71] "Artículo Segundo.- El presente decreto entrará en vigor a los treinta días hábiles siguientes de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, por



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 109 05/01/16 1:27 p.m.

¿Qué asuntos se sujetarán a tramitación según el *Juicio Oral en Materia Familiar*? El artículo 1019 del Código Adjetivo vigente lo especifica detalladamente y para mayor certidumbre, a fin de disipar probables dudas, el mismo precepto señala qué clase de juicios no se seguirán por este procedimiento.[72]

---

lo que se refiere a los procedimientos o juicios de rectificación de acta, adopción nacional, acciones derivadas de la filiación, juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexogenérica, pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, interdicción contenciosa y nulidad de matrimonio".

"Artículo Tercero.- Las reformas y adiciones a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, entrarán en vigor a los treinta días hábiles siguientes de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal".

"Artículo Cuarto.- Los demás procedimientos previstos en el artículo 1019 del Código de Procedimientos Civiles, entrarán en vigor a los trescientos sesenta y cinco días naturales siguientes de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal".

[72] "Artículo 1019. Se tramitarán en este juicio conforme a las disposiciones de este Título, las controversias relacionadas con alimentos; guarda y custodia; régimen de convivencias; violencia familiar; nulidad de matrimonio; rectificación o nulidad de los atestados del registro civil; filiación; suspensión o pérdida de la patria potestad; constitución forzosa de patrimonio familiar; cambio de régimen patrimonial controvertido; y la interdicción contenciosa.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria; divorcio; pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social; de levantamiento de acta de reasignación para la concordancia sexogenérica; y adopción nacional, se tramitarán conforme a sus reglas generales, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios. Solo en caso de pago de alimentos se podrá presentar la demanda y contestación por escrito o comparecencia personal.

La modificación de las resoluciones definitivas dictadas en asuntos de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de convivencias e interdicción contenciosa, se substanciarán en juicio oral autónomo.

En este juicio no se requiere formalidad especial alguna, salvo los casos expresamente establecidos en este Título.

No se tramitarán en este procedimiento los juicios sucesorios, nulidad de testamento, petición de herencia, incapacidad para heredar, modificación de inventario por error o dolo, declaración de ausencia y presunción de muerte, restitución de menores, adopción internacional, diligencias prejudiciales de interdicción y los demás juicios de tramitación especial".



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 110 05/01/16 1:27 p.m.

Es de hacerse notar que el juicio oral familiar ha sido dotado por el legislador de principios específicos que lo regirán; estos principios son los de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración, dirección, impulso y preclusión procesal (art. 1020 CPCDF).[73]

Los juicios orales familiares son materia de una prolija regulación, cuyo comentario requeriría de un amplio desarrollo que excedería con mucho el propósito de esta obra.

---

[73] "Artículo 1020.- En el juicio oral familiar se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración, dirección, impulso y preclusión procesal. Estos principios se materializan de la siguiente forma:

I. Oralidad: El procedimiento se desarrollará preponderantemente en audiencias orales, en las que las partes promoverán y el Juez resolverá oralmente. A ninguna promoción escrita presentada en las audiencias se dará trámite.

II. Publicidad: Las audiencias serán públicas, atendiendo a lo dispuesto en la Ley de Protección de Datos Personales del Distrito Federal y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, así como a los casos de excepción establecidos en este Código y los que el Juez consideré su tramitación privada.

III. Igualdad: Las partes tendrán las mismas oportunidades, derechos y cargas procesales. El Juez deberá atender los casos de equidad establecidos en las leyes para grupos vulnerables.

IV. Inmediación: El Juez tendrá contacto directo y personal con las partes, recibirá las pruebas en la audiencia de juicio, salvo las foráneas, y será quien dicte la sentencia definitiva, salvo lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en caso de suplencia de su ausencia.

V. Contradicción: Cada parte tiene derecho a oponerse y ser escuchada ante las promociones de su contraparte, antes de que el Juez decida lo conducente.

VI. Dirección procesal: El Juez tiene la potestad para conducir el proceso, observando los principios del juicio oral y sus formalidades esenciales.

VII. Impulso procesal: Las partes tienen la facultad para solicitar las diligencias necesarias que impidan la paralización del procedimiento, en aquellos casos en que expresamente la ley exija su petición.

VIII. Preclusión: Los derechos procesales se extinguen o pierden por el sólo transcurso del tiempo, al no ejercerlos en el término o etapa procesal respectiva.

IX. Continuidad y concentración: El Juez debe buscar en el menor tiempo posible y a través del menor número de actos procesales resolver la controversia planteada".



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 111 05/01/16 1:27 p.m.

Conviene, no obstante, recalcar que quien resulte desfavorecido por una resolución, puede combatirla mediante los recursos de apelación y queja, así como el de reposición en segunda instancia (art. 1047 CPCDF).

En cuanto a la organización de los juzgados que conocerán de los juicios orales (Juzgados del Proceso Oral), encontramos en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Título Cuarto, Capítulo III, la reforma a las fracciones I y II de su artículo 56, en lo concerniente a la organización interna de dichos Juzgados[74]; así también se crea el "Capítulo III Bis. Del Proceso Oral en Materia Familiar", que se ocupa de diversos aspectos relacionados con su título.

El mero hecho de que el legislador se haya abocado a crear un procedimiento autónomo y especial para la tramitación de los juicios orales familiares, implica un reconocimiento tácito de la particularidad de la materia familiar, que ya no puede quedar sujeta a los procedimientos propios del Derecho Civil, como hasta ahora ha venido ocurriendo.

*La fuerte corriente familiarista hacia un Derecho Procesal propio y autónomo*. No debemos soslayar el hecho, que es ostensible, de la proclividad de un amplio sector de la Doctrina Jurídica, hacia la consolidación de un Derecho Procesal Familiar autónomo respecto del Procesal Civil. Considerando la información de que disponemos, asumimos que corresponde al prestigiado académico Dr. Flavio Galván Rivera, la primacía en México, en proponer de manera articulada (no como

[74] "Artículo 56. Cada uno de los Juzgados a que se refiere este capítulo, tendrá:

I. Un Juez, que atenderá proporcional y equitativamente las cargas de trabajo con el objeto de lograr que el conocimiento de los asuntos a su cargo, se realice de manera inmediata y expedita.

II. Los Secretarios de Acuerdos, Conciliadores, Proyectistas y Actuarios que requiera el servicio; y tratándose de Juzgados de Proceso Oral en materia Familiar, los Secretarios Judiciales y Secretarios Auxiliares que requiera el servicio; y

III. Los servidores públicos de la administración de justicia que autorice el presupuesto."



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 112 05/01/16 1:27 p.m.

una simple idea lanzada al viento) una regulación independiente de la materia adjetiva familiar; a ello procedió en una visionaria ponencia que presentó en mayo de 1992, a la consideración de los asistentes al Quinto Congreso Nacional de Doctores en Derecho, intitulada "Hacia un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal", en la cual formula una acuciosa y puntual relación de los argumentos que fundamentan su propuesta. Esta proposición formulada por el Dr. Galván, ha permeado a profundidad el pensamiento de las nuevas generaciones de procesalistas mexicanos.

*Reflexión final en cuanto a la autonomía procesal*. De todo lo anteriormente razonado se colige que si bien el Derecho de Familia no ha consolidado su autonomía procesal, sí, en cambio, ha avanzado a pasos agigantados en esa dirección. El definitivo de ellos consistirá en dar orden a la dispersa normatividad existente, mediante la adopción de un Código de Procedimientos Familiares con vigencia en el Distrito Federal, complemento insoslayable de un Código Familiar, que es ya reclamo social en nuestros días.

## Conclusiones

*Primera*. De la rápida revista que hemos efectuado de los diversos criterios de autonomía, que la Doctrina recomienda revisar para dilucidar si una cierta parcela del Derecho debe ser considerada independiente de aquella en la cual tuvo su origen, encontramos que, en una consideración abstracta (es decir, sin referirla a una determinada circunscripción local) existen argumentos sólidos y suficientes para sostener que el Derecho Familiar es ya una rama soberana dentro del conocimiento jurídico y que su emancipación está apuntalada sobre todo, por su innegable avance científico y la peculiaridad sin par de sus instituciones.

Consideramos que actualmente, ahí donde el Derecho Familiar continúa integrado al Derecho Civil (y con ello ubicado en el campo del Derecho Privado), tal circunstancia opera más bien por inercia



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 113 05/01/16 1:27 p.m.

que por la meditada intención de que así ocurra. Substancialmente la rama jurídica que nos ocupa escapa a los principios jusprivatistas; su orientación teleológica no coincide con la del género jurídico (el Derecho Privado) donde se le sitúa: este gravísimo rompimiento basta por sí solo para extraer al Derecho Familiar de dicho ámbito.
*Segunda.* Desde el punto de vista práctico, es imposible dar una solución unitaria al problema de la autonomía del Derecho de Familia, pues dentro de cada legislación y realidad nacionales, varía la intensidad con la cual se dan los factores que sirven para apreciar si dicha disciplina ha alcanzado o no su independencia.

Nos parece incontrovertible que en los países (y también en los estados de nuestra República) donde existe legislación específicamente familiar (códigos sustantivo y adjetivo); que han logrado imprimir un espíritu propio a sus instituciones familiares, de modo que no se confunden con las de otras ramas del Derecho; que cuentan con doctrina concretamente dirigida al estudio de las relaciones familiares y han establecido tribunales dedicados exclusivamente al conocimiento y solución de asuntos atinentes a la familia; reiteramos, nos parece innegable que en dichos países, el Derecho de Familia es una rama autónoma.
*Tercera.* En el Distrito Federal, actualmente el Derecho de Familia posee una definida autonomía científica, jurisdiccional e institucional; también casi total en el aspecto didáctico. Aun está por alcanzar su emancipación tanto en el ámbito de la legislación sustantiva como en el aspecto procesal, lo cual no logrará sino cuando se expidan los cuerpos legales relativos; entendemos que ya están dadas las condiciones para que así suceda y únicamente falta para ello, más que la convicción de que es conveniente su expedición, la voluntad política de actuar en ese sentido, lo cual irremisiblemente ocurrirá como resultado de la potencia expansiva del Derecho Familiar.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 114 05/01/16 1:27 p.m.

## IV. CONTENIDO DEL DERECHO FAMILIAR

Cuando proporcionamos nuestra definición del Derecho Familiar, dijimos que éste, además de ocuparse de la evolución y problemática de la familia, estudia el conjunto de normas dirigidas a regular la organización, el funcionamiento y la disolución del cuerpo familiar, lo mismo en sus aspectos personales que en los patrimoniales.

De la segunda parte de la definición, deriva el contenido esencial del Derecho de Familia.

1. *La organización de la Familia* comprende los siguientes aspectos:
   a) La conformación del grupo familiar, que incluye tanto la unión matrimonial como la concubinaria.

      En cuanto a la primera, revisa los elementos de existencia y de validez para su celebración, los impedimentos que vedan ésta y su eventual nulidad; asimismo, las donaciones antenupciales y la determinación del régimen patrimonial que va a regirla.

      Respecto de la segunda, atiende los requisitos para que se le reconozca jurídicamente y, por ende, produzca efectos en el ámbito del Derecho.
   b) La formación de los lazos de parentesco, lo que supone el estudio de las fuentes del mismo, sus diferentes especies, la forma como se le computa y sus efectos. Un capítulo muy importante de este apartado está referido al establecimiento de la relación paterno-filial, tanto en el supuesto de los hijos matrimoniales como en el de los extramatrimoniales.
2. *El funcionamiento del grupo familiar, da cabida principalmente:*
   a) A la determinación, en el orden personal, del conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la calidad de cónyuge y a lo relativo a su ejercicio o cumplimiento, respectiva-



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 115 05/01/16 1:27 p.m.

mente. Así también, a las consecuencias jurídicas de carácter personal, que se dan entre los concubinarios.[75]

b) Al análisis de los efectos patrimoniales del matrimonio, según el régimen que se elija al respecto (sociedad conyugal, separación de bienes o una mixtura de ambos). Dentro de este rubro se comprende lo concerniente a las donaciones efectuadas entre consortes. Se incluirá además el estudio de los efectos patrimoniales del concubinato y de la sociedad de convivencia.

c) A los derechos y obligaciones que derivan de los vínculos parentales en las líneas recta y transversal, con especial atención de los que surgen del ejercicio de la patria potestad.

d) A la protección de los menores no sujetos a patria potestad y de los mayores incapacitados, mediante la tutela y la curatela; asimismo, a la participación que en esta materia tienen los organismos públicos.

e) Al aseguramiento entre los cónyuges y, en su caso, entre los descendientes, ascendientes y colaterales, de la obligación de proporcionar medios económicos que garanticen su subsistencia y adecuado desarrollo. Se abarca en este campo lo concerniente a los alimentos y a la constitución del patrimonio familiar.

3. *En cuanto a la disolución de la familia, agrupa la siguiente temática:*

a) La disolución del grupo familiar constituido sobre la base del matrimonio, lo que implica referirse a:

- La nulidad del matrimonio,[76] que analiza las causas que la originan, la clase de nulidad (absoluta o relativa) que

[75] Creemos que se debe decir *concubinarios* y no *concubinos* como lo hace el Código Civil (verbigracia, artículo 302), dado que en el idioma español, el plural se hace a partir de la palabra en género masculino, que en el presente caso es *concubinario*.

[76] Como aclararemos en esta obra más adelante, la nulidad del matrimonio no es causa de la disolución de éste, pero sí lo es de que se disuelva la familia.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 116 05/01/16 1:27 p.m.

en cada caso concurre y los efectos de orden personal y patrimonial que resultan de dicha nulidad, tanto para los fallidos cónyuges como los hijos.

- El divorcio en sus especies de administrativo (voluntario) y judicial (sin expresión de causa). En tratándose del divorcio voluntario administrativo, los requisitos para su procedencia y el procedimiento para su tramitación. En cuanto al divorcio judicial, de manera especial el convenio que deben adjuntar los cónyuges.

Se abarca también dentro de esta temática, lo referente a las medidas judiciales, previas y/o posteriores a la solicitud de divorcio.

Finalmente, se agrega cuanto atañe a los efectos de carácter personal y patrimonial que genera el divorcio respecto de los cónyuges y de los hijos que hubieren procreado.

b) La separación de cuerpos, incluidas las hipótesis en que se autoriza y los efectos que produce.

c) La ruptura de la unión concubinaria y los efectos a que da lugar la disgregación del grupo familiar así constituido.

---

Entendemos que la disolución de un matrimonio supone la existencia y validez del mismo; en el caso de la nulidad, en realidad lo que implica es el reconocimiento de que dicho matrimonio careció de validez desde un principio.



02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 117 05/01/16 1:27 p.m.

02 BARROSO (Rev Fac 264).indd 118 05/01/16 1:27 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# MATRIMONIO Y DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL

## MARRIAGE AND DIVORCE IN THE NOTARIAL SEAT

IGNACIO SOTO SOBREYRA Y SILVA[1]

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el estudio del matrimonio y el divorcio, así como otras uniones las cuales puedan ser consideradas como una más de las actividades que puedan otorgarse ante la fe del notario público en donde éste ejerce sus funciones fedatarias.

PALABRAS CLAVE: *Matrimonio; divorcio; notario público; Código Civil; Registro Civil.*

ABSTRACT: The present work aims the study of marriage and divorce, as well as other unions which can be considered as one of the activities that may be granted with the faith of the Notary Public where it exerts its fedatarias functions.

KEYWORDS: *Marriage; Divorce; Notary Public; Civil Code; Civil Registry.*

SUMARIO: I. La forma de gobierno. II. Matrimonio. III. El divorcio. IV. El Registro Civil. V. La jurisdicción voluntaria. VI. Derecho comparado. VII. Derecho interno. VIII. Uniones de hecho y uniones de derecho. IX. Planteamiento. X. Conclusiones.

## I. LA FORMA DE GOBIERNO

Las partes integrantes de la Federación actualmente son treinta y dos estados ya que se sumó a éstos el Distrito Federal. El Supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

De lo anterior se deduce que existen dos órdenes de Gobierno, uno Federal y otro Local; el primero se refiere a facultades expresas,

[1] Profesor de la Universidad Panamericana. Notario Público número 13 de la Ciudad de México.

03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 119 05/01/16 1:29 p.m.

por lo mismo las facultades que no están expresamente consideradas por la Constitución Federal a los Funcionarios Federales, por exclusión se entenderán reservadas a los Estados; constituyendo en este último caso el derecho local.

El porqué de la existencia de estos dos órdenes de gobierno, lo podemos entender en palabras del doctor Miguel Villoro Toranzo quien define al derecho de la siguiente manera:

"Derecho es un Sistema Racional de Normas Sociales de Conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica".[2]

Señalando Villoro Toranzo que el ámbito federal es el ámbito nacional de un Estado que tiene un Régimen Federal [3] y la existencia de esos dos órdenes o hasta más. "Es que estima que la solución justa a determinada especie de relaciones sociales debe darse en un plano nacional, en tanto que otras relaciones sociales pueden encontrar una ordenación más justa en soluciones locales y hasta municipales";[4] considerando que cuando habla de solución justa debe de equivaler ésta a buscar el bien común.

Como ya dijimos el poder público del estado que la constitución lo llama Supremo Poder de la Federación es uno, el cual se divide para su ejercicio en el Legislativo, que hace las leyes bajo un sistema bicameral, el Ejecutivo que ejecuta y/o aplica esas leyes en la esfera que a él le compete, que es la administrativa, y la judicial que se encarga de la solución de los conflictos que lleguen a surgir de la aplicación, observancia o inobservancia de la ley, estas funciones no se contraponen. Kant sostiene que

> los tres Poderes del Estado están coordinados entre sí… cada uno de ellos es el complemento necesario de los otros dos… se unen el uno al otro para dar a cada quien lo que es debido... Nuestra Constitu-

[2] *Cfr*. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 1978.

[3] *Ibidem*, p. 286.

[4] *Ibidem*. pp. 290-291.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 120 05/01/16 1:29 p.m.

> ción… realiza su colaboración por dos medios principales: haciendo que para la validez de un mismo acto se necesite la participación de dos Poderes… Así pues… esa división no es rígida, sino flexible… no hay dislocamiento, sino coordinación de poderes.[5]

Asimismo los estados en base a su autonomía entendiendo ésta como la facultad que tienen las entidades de darse así mismas sus propias leyes siempre y cuando no contravengan el ordenamiento Federal; tenemos las constituciones de los Estados las cuales son treinta y uno, por que el Distrito Federal, no tiene,[6] los Códigos Civiles y las Leyes del Notariado de cada una de las entidades, ordenamientos los cuales serán analizados por lo que toca al Distrito Federal; nuestro estudio versará por lo mismo desde el punto de vista local en las tres funciones del poder público del Estado antes señaladas, en el Distrito Federal, y los ordenamientos entre otros serán el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia y la Ley del Notariado del Distrito Federal.

## II. Matrimonio

### 1. Ley del Matrimonio Civil

Antes de esta ley, que lo fue del 23 de julio de 1859, en nuestro país propiamente sobre matrimonio no había regulación, manejándose la institución como sacramento, el cual era válido para la vida civil, más si hablamos que el antecedente de esta ley, lo fueron las Constituciones centralistas; de 1836 la primera, las Bases Constitucionales y la segunda de 1843, las bases orgánicas, las cuales en sus artículos

---

[5] *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 40ª ed., México, Porrúa, 1978.

[6] Ya que señala el art. 122 de la Constitución Federal en su inciso c) que el estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las bases estableciendo la base primera respecto a la Asamblea Legislativa en su inciso h la facultad de legislar en materia civil.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 121 05/01/16 1:29 p.m.

primero y sexto respectivamente manifestaban que la nación mexicana, profesaba con exclusión de cualquier otra, la religión católica, apostólica y romana, para la cual el matrimonio eminentemente era del orden religioso, lo anterior se vio modificado por la Constitución de 1857, que llegó al otro extremo, incluso de figurar como un derecho de la potestad civil y es por eso que en ese orden de ideas, en el manifiesto del Gobierno Constitucional a la nación del 7 de julio de 1859, es que se señala en la parte relativa a la reforma, a adoptar la más perfecta independencia entre los negocios del Estado y los eclesiásticos, dándose en consecuencia las demás leyes de reforma, encontrándose en ella la ley materia de este apartado y la relativa al estado civil de las personas.

## 2. Código Civil de 1884

Este ordenamiento, el segundo en su orden, definía al matrimonio en su artículo 155 textualmente, igual al matrimonio que el Código anterior de 1870, en su artículo 159, como "…la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

## 3. Ley sobre Relaciones Familiares

El 9 de abril de 1917 fue expedida y el 14 de abril publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Sobre Relaciones Familiares.

En esta ley, en cambio, se definía al matrimonio como "…un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (art. 13).



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 122 05/01/16 1:29 p.m.

## 4. Constitución de 1917

Incluso antes de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que como señalamos fue de abril de 1917, el 5 de febrero de ese año se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, iniciando su vigencia el 1° de mayo siguiente, siendo por ella acogida la institución que nos ocupa por su importancia, ya que no bastaba la regulación que se había dado al matrimonio en el Código Civil de 1884 y la cual había tratado de corregir la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917; no apareciendo tratada inicialmente esta institución en la Constitución de 1857 si no hasta la reforma que tuvo el 25 de septiembre de 1873, la cual en su artículo segundo señalaba "…el matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil…",[7] de tal manera que de estar regulada la institución en materia sustantiva, pasa a ser tratada por un ordenamiento federal por el interés y orden público que encierra.

En efecto, el artículo 130 constitucional original, señalaba textualmente en su parte conducente "…El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan", reconociendo inicialmente este precepto constitucional, lo que en el fondo el matrimonio era: "un contrato". Desgraciadamente con la reforma a la Constitución publicada en el Diario Oficial el 10 de agosto de 1987, el artículo 130 constitucional fue cambiando hasta la reforma que se publicó el 28 de enero de 1992 y actualmente esta norma primaria, únicamente en su sexto párrafo es general y se refiere "…los actos del estado

[7] *Ibidem*, p. 697.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 123 05/01/16 1:29 p.m.

civil…". Cambiando poco a poco, por lo mismo en la ley secundaria el concepto-definición, incluso contenido del matrimonio.

## 5. Código Civil de 1928

Si bien el código actual no define al matrimonio, como sí lo hizo inicialmente antes de la reforma, había varias disposiciones que lo abordaban como un contrato, lo cual era el caso de los artículos 156 de los impedimentos y 178 con respecto al régimen económico de los bienes.

Se ha debatido ampliamente desde hace años, como ya se pudo apreciar, la naturaleza jurídica que en este caso pudiera tener el matrimonio sin estar realmente los estudiosos de este tema de acuerdo, ya que algunos niegan en absoluto la naturaleza del matrimonio como contrato, otros la defienden como tal y algunos se podría decir que son eclécticos.

El objeto directo del acto serán las mismas consecuencias que lo animan por un lado a celebrarse y que serán de tipo emocional, biológico, de reproducción en su caso y trascendental para la vida de los consortes.

El objeto indirecto en el cual confluyen los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio regulados en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil para el Distrito Federal y el último elemento de existencia quizás el más importante para nuestro tema es la solemnidad; ya que si el matrimonio que no se celebra ante el mal llamado Juez del Registro Civil (arts. 35-39-102 del Código Civil para el Distrito Federal), adolecerá de falta de solemnidad.[8]

[8] El inciso II del Matrimonio y Leyes subsecuentes se refiere en lo conducente a un artículo del autor publicado en la *Revista Mexicana de Derecho Colegio de Notarios del Distrito Federal*, núm. 6, 2004, pp. 113-132.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 124 05/01/16 1:29 p.m.

## III. El divorcio

El divorcio en México no siempre ha existido, ya que en nuestra ascendencia es la Iglesia Católica la cual se opuso en contra del divorcio bajo la primicia evangélica "Lo que Dios Unió no lo separe el hombre"; en nuestro país no existió sino hasta las Leyes de Reforma del 23 de julio de 1859, con don Benito Juárez siendo Presidente interino, cuando se promulgó la Ley de Matrimonio Civil, y cuya exposición de motivos señala

> Que por la Independencia declarada de los negocios Civiles del Estado respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con solo su intervención en el matrimonio este contrato surtiera todos sus efectos civiles. El divorcio es temporal y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados.[9]

Estableció solo la separación de cuerpos. De esa manera siguió regulado el divorcio en los códigos mexicanos de 1870 y 1884 incluso este último no disolvía el vínculo matrimonial solo suspendía algunas obligaciones civiles que emanaban del matrimonio.

En la Ley Sobre Relaciones Familiares ya citada, se estableció el divorcio como disolución del vínculo matrimonial y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo estableciendo el divorcio con varias causas para darse y por último, dentro de las causas el mutuo consentimiento de los cónyuges.

El Código de 1928 cuya vigencia empezó en 1932, siendo aplicable en el inter la referida Ley Sobre Relaciones Familiares en el capítulo X, del título V relativo al matrimonio reguló ampliamente al divorcio dejando en aptitud a los cónyuges para contraer uno nuevo.

---

[9] *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1978*, 8ª ed., México, Porrúa, 1978.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 125 05/01/16 1:29 p.m.

Estableciendo inicialmente el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, diecisiete causales de divorcio las cuales desaparecieron con la reforma del 3 de octubre de 2008, siendo la última el mutuo consentimiento. Adicionalmente el artículo 272 instituyó el 25 de mayo del año 2000, el divorcio por mutuo consentimiento administrativo ante el Oficial del Registro Civil.

El divorcio voluntario ya no es una causa sino que se da con el simple acuerdo de voluntades como una forma de poner fin al matrimonio aplicándose aquella máxima del Derecho que establece que las cosas se deshacen como se hacen; si ambas voluntades expresaron su voluntad de unirse en matrimonio son las mismas voluntades las que lo deben dar por terminado; obviamente que esto se dificultaba cuando uno de ellos no quería, lo que hacía muy difícil o casi imposible esta especie de divorcio. Con la reforma a los artículos 266 y 267 (del 3 de octubre del 2008) esto se modificó y ya no se necesita la voluntad de los dos cónyuges para divorciarse ya que solo uno de ellos puede solicitarlo y proceder.

Como ya dijimos en el apartado del matrimonio, éste puede ser considerado como un acto jurídico solemne y como contrato, desde las Leyes de Reforma, de la propia Constitución Federal lo que implicaba que si era un contrato le aplicaban los efectos de todo contrato o sea la obligatoriedad, la intangibilidad, la relatividad y la oponibilidad, efectos que están perfectamente establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal, artículos 1796, 1797, 1793, 3011 y 3012.

El segundo, la intangibilidad, señala que no se puede dejar al arbitrio de una sola de las partes la validez y cumplimiento de un contrato, lo que en el divorcio se rompe al poder dar por terminado el contrato de matrimonio cualesquiera de los contrayentes de forma unilateral arguyéndose desde siempre que esto está mal porque entonces el matrimonio quedaba al arbitrio o capricho de los cónyuges quienes renunciando a realizar el más mínimo esfuerzo por el matrimonio y mantenimiento del vínculo optan por la ruptura,



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 126 05/01/16 1:29 p.m.

quizás por lo mismo, era mejor el justo motivo que procedía de las causales ya derogadas.

Nuestro Código establece dos formas de divorcio voluntario, dependiendo la autoridad ante la cual se realice siendo éstos: el divorcio administrativo y el divorcio judicial, el primero, el Administrativo se encuentra regulado en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

> Artículo. 272.- Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada , no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges; el Juez del Registro Civil previa identificación de los cónyuges, y ratificando en el mismo acto la solicitud de divorcio levantará un acta en que los declarará divorciados y hará las anotaciones correspondientes en el matrimonio anterior.
>
> Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

El mismo tipo de divorcio se encuentra regulado en el homólogo artículo 272 del Código Civil Federal el cual se promulgó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, siendo aplicable para ambos el que haya pasado un año de la celebración del matrimonio (artículo 274 Código Civil Federal).

Cabe señalar que el Divorcio Voluntario Judicial sustantivamente se encuentra desde un principio regulado en el Código Civil para el Distrito Federal y el procedimiento adjetivo y substantación era regulado para ello en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en el título décimo primero "Divorcio por Mutuo Consentimiento" en su capítulo único artículos del 674 al 682 los cuales fueron derogados el 3 de octubre de 2008y habrá entonces



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 127 05/01/16 1:29 p.m.

que entender que este tipo de divorcio ya solo quedó en la norma sustantiva en el Código Civil para el Distrito Federal.

## IV. El Registro Civil

Después de la conquista de México por los españoles, los registros fueron obra del clero católico, con el reconocimiento de las leyes civiles así durante toda la colonia y hasta mediados del siglo XIX en que se expidió dentro de las Leyes de Reforma la del 28 de julio de 1859, la Ley Orgánica del Registro Civil en donde se acogen las disposiciones de la Ley del Matrimonio Civil, la cual en su numeral uno estableció que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil.

Los Jueces del Registro Civil asentarán en formas especiales que se denominan formas del Registro Civil las actas antes mencionadas las cuales solo se pueden asentar en dichas formas ya que si no, se producirá la nulidad del acta (artículo 37 del Código Civil para el Distrito Federal); y la disposición medular en nuestro tema que es el artículo 39 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice "El estado Civil solo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo…" a esto se suman las disposiciones de los artículos 114 y 115 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se determina que la sentencia ejecutoriada que decrete un divorcio se remitirá al Juez del Registro Civil para que realice la anotación correspondiente en el acta de Matrimonio así como el acta de divorcio administrativo la cual por si misma es una acta del Registro Civil lo que no impide que también se haga en el acta de Matrimonio la anotación correspondiente.

Lo lamentable y que da lugar a confusión es que estos funcionarios los llama la "ley jueces" que en ningún momento lo son, porque la naturaleza de esta función pública es en el orden de las funciones del estado de carácter meramente administrativo no judicial ni me-



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 128 05/01/16 1:29 p.m.

nos jurisdiccional o legislativa; su objeto es solo la prestación de un servicio público.

## v. La jurisdicción voluntaria

La podemos definir como la declaración o reconocimiento de un derecho por parte del juez a solicitud de parte en asuntos donde no exista controversia.

Desde siempre ha sido un tema complejo ya que "jurisdicción es la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida",[10]en otras palabras es el decir del Derecho.

Dice el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para Distrito Federal: "…La Jurisdicción Voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas". En este tema al notario le está permitido intervenir; ya quela Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal señala en su artículo segundo además de los jueces, los demás servidores públicos y auxiliares de la administración de justicia intervendrán en dicha función en los términos que establece esta ley, los códigos de procedimientos y demás leyes aplicables; señalando dicha ley en el artículo cuarto

> […] que son auxiliares de la Administración de Justicia y están obligados a cumplir órdenes que, en el ejercicio de sus atribuciones legales, emitan jueces y magistrados del tribunal; 1°.- el Registro Civil … 6°. Los albaceas, interventores, depositarios, tutores, curadores y notarios, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes.

---

[10] Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*, 6ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 5.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 129 05/01/16 1:29 p.m.

> Así lo corrobora la ley especial, en este caso la Ley del Notariado para el Distrito Federal en vigor, la cual señala en su artículo 11. "Los notarios son auxiliares en la administración de justicia. La asamblea; la Administración, el Tribunal y el Colegio coadyuvarán en el desempeño de esta función".

Dice Alfredo Rocco citado por Becerra Bautista "…hay autores que, como Alfredo Rocco, sostienen que se trata exclusivamente de una actividad administrativa a través de los órganos jurisdiccionales".[11]

Alcalá Zamora citado por Ovalle Favela dice:

> […] ha puntualizado que si algún resultado concluyente ha logrado obtener la doctrina sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, es el de que ésta no es ni jurisdicción ni voluntaria: "No es jurisdicción, porque de la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en sentido estricto; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa".[12]

Como ya se dijo se niega el carácter jurisdiccional y más bien de naturaleza administrativa; y la innegable intervención del notario como auxiliar para poder llevarla a cabo.

## VI. Derecho comparado

El derecho comparado puede ser considerado una fuente histórica, incluso una fuente real que sirva como antecedente, como ejemplo para la legislación como fuente formal del derecho y su producto que es la ley.

En nuestro trabajo esta fuente es importante, pues se demuestra que no es algo nuevo que no se pueda, ya que en otros países ya se hizo y ello constituye un pronunciamiento a favor. Siendo referen-

[11] *Ibidem,* p. 450.

[12] Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Oxford, 2010, p. 418.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 130 05/01/16 1:29 p.m.

cia esos ordenamientos para integrar a la legislación en México, (ciudad) el que los matrimonios y divorcios no contenciosos puedan ser otorgados ante notario.

El Derecho de otros países también es lo que constituye por lo que respecta a los nacionales de un estado en territorio de otro, lo que se denomina el derecho internacional privado.

De la gama de países en los que se puede dar el matrimonio o el divorcio o sólo el segundo ante notario se ha escogido a Cuba, Bolivia y España, a sabiendas que se dejan fuera por lo extenso otros países en donde es viable esta función del notario se procede a un estudio somero de los derechos de estos países. De Cuba se puede decir que es una de las pioneras en la posibilidad que da su legislación para otorgar matrimonios y divorcios ante notario, la Ley número 1289, Código de Familia de la República de Cuba tiene por objeto regular las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno filiales, obligaciones de alimentos, adopción y tutela (artículo 1) el capítulo del matrimonio, en general en su sección segunda de la formalización del matrimonio da facultades a los encargados del registro civil y a los notarios públicos para autorizar la formalización de los matrimonios y, por lo que toca en esta ley, a los divorcios en su artículo 5° determina que el divorcio se podrá obtener únicamente por sentencia judicial, lo que posteriormente por el decreto del 6 de septiembre de 1994 Ley número 154/1994, se pudo ya en sede notarial darse el divorcio por mutuo acuerdo, incluso cuando existan hijos menores de edad.

En Bolivia existe la ley número 483 del 25 de enero del año 2014 denominada Ley del Notariado Plurinacional, que abroga a la del 5 de marzo de 1858, y que es muy importante ya que es de las más recientes. Consta de 115 artículos con 7 títulos, con 7 artículos transitorios y 2 disposiciones finales y por último disposiciones abrogatorias y derogatorias.

El título 5° regula la vía voluntaria notarial y da los principios que la rigen y que son: de libertad, legitimidad, consentimiento,



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 131 05/01/16 1:29 p.m.

acuerdo de partes, igualdad, solemnidad, legalidad, neutralidad, idoneidad, transparencia, economía, simplicidad y celeridad (artículo 91), los tres últimos principios son a nuestro parecer de vital importancia ya que en otros países como México, se podría objetar la facultad pretendida de otorgar matrimonios y divorcios, estos últimos no contenciosos, ante notarios por ser el trámite ante notario lo opuesto a estos principios es decir caro, complicado y tardado.

En España, la atribución al notario es en esencia para darle como tal a nuestro entender, más trabajo, ya que el notario español confronta una gran competencia con el Registrador de la Propiedad y de Comercio quien es igual que él un abogado preparado cuyo acceso a la función es también por examen y que tiene fe pública.

El anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria Español, sin embargo, aduce razones de reducción de los costes económicos, agilización de los trámites y en algunos casos por lo mismo no será necesaria la presencia de abogado y procurador.

Los jueces se oponen a que los notarios celebren bodas, ya que si es por descongestionar a los jueces ya están los alcaldes y concejales y con los notarios se encarecerá el procedimiento ya que ante los Jueces, el trámite es gratuito. Además aducen que la medida de hacerlo con notario va a ser discriminatoria, ya que en el caso de divorcio, los que más tienen lo realizarán ante notario, por su rapidez y los que menos puedan pagar será con el Juez quizás teniendo algún retraso.

Posteriormente dicho anteproyecto en agosto del 2014 se aprobó como proyecto posibilitando la celebración de enlaces matrimoniales y, con la entrada en vigor de la Ley se podrán celebrar también ante notario, ampliando así las alternativas para los ciudadanos. En cuanto a las separaciones y divorcios por mutuo acuerdo sin hijos, podrán acudir ante el juzgado o ante el notario, según sea más conveniente para sus intereses.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 132 05/01/16 1:29 p.m.

## VII. Derecho interno

La Ciudad de México, es el Distrito Federal, conforme al artículo 44 de la Constitución Federal, es la sede de los poderes de la unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos, y en nuestro trabajo es la sede notarial. En nuestro tema se presentó una iniciativa para darle facultades al notario para celebrar matrimonios y ante él llevar a cabo el denominado divorcio administrativo, el cual fue acogido en nuestra legislación el 25 de mayo de 2000.

Efectivamente después de haber analizado las funciones del Poder Público del Estado en materia local, el 23 de octubre de 2012, fue presentada a la Sexta Legislatura Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por la diputada Priscila Vera Hernández del Partido Acción Nacional, una iniciativa, la cual fue motivo de debate y posteriormente rechazada. De la iniciativa y debate se procede a su análisis ya que tanto una como otra tuvieron imprecisiones, lo que motivó a nuestro parecer, entre otros, a que no se aprobara. Ya teniendo en la metodología del trabajo jurídico analizadas las fuentes históricas tanto del matrimonio como del divorcio, en este apartado estudiaremos a partir de la fuente sustancial, material o real (que es aquello que nutre a la norma jurídica, es el conjunto de aspiraciones sociales política, económicas que no son derecho pero tienden a serlo) y la pretendida fuente formal (que serían las reformas que se hubieran dado de haber sido aprobada, la iniciativa tanto al Código Civil para el Distrito Federal como a la Ley del Notariado para el Distrito Federal en vigor).

La iniciativa en su exposición de motivos, reconoce que en los últimos años ha tenido lugar en Latinoamérica una ola expansiva de reatribución de competencias en la que una buena parte le ha sido dada al notario. Aquí "competencia" se refiere a facultades de obrar operando para el notario en su ley el principio de legalidad que enuncia que: "todo lo que no está expresamente prohibido está permitido", lo que está expresamente prohibido a los notarios es lo



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 133 05/01/16 1:29 p.m.

que señala el artículo cuarenta y cinco de su ley, integrado dicho artículo por once sendas fracciones que le señalan expresamente lo que tiene prohibido y en donde no se encuentra prohibido la de celebrar matrimonios o divorcios no contenciosos (administrativos). Sin embargo no por no existir esta prohibición lo puede hacer, ya que sus atribuciones (competencia) en este caso por ser la ley de orden público deben de constar expresamente en su Ley o en otras, como el Código Civil o el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en los cuales tampoco consta esa atribución.

En la Ley del Notariado esas facultades expresas debieran constar en el artículo 166 el cual la iniciativa lo pretende adicionar con un inciso d) a la fracción tercera, artículo que dice en términos vigentes:

> III. En los términos de esta Ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública en términos de esta Ley… a) En las sucesiones… b) En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal. c) En las informaciones *ad perpetuam*, apeos y deslindes y demás diligencias excepto las informaciones de dominio[...]

Y como ya se comentó, el inciso que propone la iniciativa decía: "d) En la celebración de Matrimonios y Divorcios Administrativos, para los cuales fungirán como Autoridad Administrativa".

De inicio ahí hubo un error, ya que es consabido que el notario no es una autoridad, y al efecto dice el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española: "Autoridad… Carácter de una persona por su empleo… potestad… que ha establecido su constitución para que le rija y gobierne ya dictando leyes, ya haciéndolas observar, ya administrando justicia… Persona revestida de algún poder de mando o magistratura".[13] Para el notario su empleo funciones-atribuciones derivan de su Ley la cual en ningún

[13] *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1956, 147.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 134 05/01/16 1:29 p.m.

lugar le da el carácter de autoridad, lo más lo considera auxiliar el cual no forma parte de las funciones del poder público porque no puede legislar como un juez en la norma individualizada sentencia; no puede porque carece de fuerza coactiva el notario para hacerla cumplir y el administrar la justicia es aplicar la ley aun caso concreto buscando si es necesario la equidad entre las partes sin poder el juez jamás dejar de conocer y solucionar un caso aplicable; por lo mismo al juez le aplica la denominada plenitud hermética del Derecho.[14] Y por último el notario no tiene poder de mando porque carece en sus funciones también de la característica de la norma jurídica que es la heteromonia.[15]

En la misma iniciativa se dio la propuesta de crear un artículo 272 bis para que el notario emita el acta de divorcio administrativo, que como ya se vio con la iniciativa de reforma al art. 272 del Código Civil para el Distrito Federal queda como facultad única del notario y dicho artículo 272 bis menciona lo que se requería para levantar dicha acta.

Esto no era necesario, porque el notario jamás va expedir una acta de divorcio (aunque sea administrativo) ya en la legislación vigente y tratándose de la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal artículo 166 fracción tercera inciso d) de la Ley del Notariado para el Dis-

---

[14] *Cfr.* Soto Sobreryra y Silva, Ignacio, *Teoría de la Norma Jurídica*, 3ª ed., México, Porrúa, 2012.

[15] El Notario como autoridad desgraciadamente en la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 Ley que reglamenta los artículos 103 y 107 Constitucionales se introdujo en ella la definición de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo estableciéndose que los particulares también pueden llegar a tener la calidad de tal señalando su artículo 5°. fracción segunda como autoridad la que dicta ordena, ejecuta, o trata de ejecutar el acto que crea modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria teniendo los particulares ese carácter cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos en los términos de esta fracciones cuyas funciones estén determinadas por una norma general.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 135 05/01/16 1:29 p.m.

trito Federal, lo que simplemente procede es un aviso conforme al artículo ciento tres del Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal, en donde el notario da a conocer que se realizó ante él cualesquiera de los supuestos antes señalados para que el encargado del Registro Civil en la correspondiente acta de matrimonio, haga la anotación del divorcio. Posteriormente la iniciativa entra en el campo de derecho comparado.

Todo lo anterior debió de haber bastado para motivar al legislador para aprobar la iniciativa, claro con las adecuaciones y correcciones necesarias para que México (ciudad) no quedara a la zaga de otros países en donde el matrimonio y el divorcio administrativo es permitido, países de corte latino, países hermanos. Desgraciadamente en México (ciudad), hay un problema que en gran parte fue lo que no permitió que se aprobara la iniciativa y es el político. Como ya se dijo la iniciativa fue presentada por una diputada del Partido Acción Nacional (PAN) y en la asamblea legislativa se encuentran los otros partidos, y los legisladores en su mayoría son del partido que se encuentra actualmente en el poder hace ya varios lustros, el Partido de la Revolución Democrática (PRD).

Aquí lo que resulta incongruente es que México (ciudad) va a la vanguardia en reformas respecto de otros países de América Latina y del mundo. Adoptando figuras e instituciones tomadas sobre todo de Europa y simplemente a manera de ejemplo tenemos al matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal);[16] la interrupción del embarazo antes de las 12 semanas de gestación (artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal), el documento de voluntad anticipada, entre otras que como se aprecia son de alta envergadura y las cuales en otros países de ser sometidas a debate serían quizás desaprobadas por ir en contra de principios religiosos, morales y éticos, y sin embar-

[16] Lo que aquí podría constituir una objeción de conciencia para casar a personas del mismo sexo aunque pudiera este criterio ser violatorio de los derechos humanos.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 136 05/01/16 1:29 p.m.

go la asamblea legislativa vio como algo muy grave autorizar a los notarios para celebrar los matrimonios y divorcios (administrativos) lo que es guardando la proporción "NADA", por lo mismo es concluyente que fueron más razones políticas que de fondo el que no se aprobara la pretendida reforma.

El notario no es "autoridad" de considerar al notario como funcionario público; en el notario la naturaleza del servicio que presta, versa sobre un servicio público y éste no lo convierte en funcionario público. Por último, la iniciativa antes de entrar al divorcio, pone como punto a favor que a partir del año 2005 con datos que toma del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el matrimonio va a la baja, mientras que los divorcios van a la alza debido a la gran carga de trabajo del registro civil, esto último no es posible que sea la verdad de fondo, porque la gente ya no ve con buenos ojos al matrimonio, más bien prefiere otro tipo de uniones de hecho o de derecho y además algo muy importante, el matrimonio se encuentra dentro del derecho de familia el cual podría ser por lo extenso otro tema pero basta decir que hoy el que sea el derecho familiar considerado como de orden e interés público, entendiendo éste como el conjunto de normas imperativas y prohibitivas en donde no interviene la voluntad del particular, como lo son dentro de esta clasificación las taxativas en donde no interviene la voluntad del particular o las que si interviene esa voluntad, dispositivas las que a su vez se subdividen en supletivas e interpretativas de la voluntad del particular.[17]

En efecto el derecho de familia abarca a los sujetos del derecho que son: los parientes, los cónyuges, las personas que ejercen la patria potestad, los concubinarios y por lo mismo como instituciones

[17] *Cfr.* García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 26ª ed., México, Porrúa, 1977, pp. 92-94.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 137 05/01/16 1:29 p.m.

tenemos al parentesco, a los alimentos, al matrimonio, al divorcio y a la filiación.[18]

El matrimonio ha dejado de ser por definición artículo 146 del Código Civil la unión de un hombre y una mujer con el fin, entre otros, de procreación y ese conjunto de personas que antes necesariamente eran padre, madre y en su caso hijos. Los dos últimos son de gran importancia y es lo que tutela el orden público o sea a la mujer y a los hijos y ya no necesariamente; incluso admitiría pacto en contrario, así se entiende de la redacción del artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal que dice, serán nulos los pactos que hagan los contrayentes en contravención a lo señalado en el artículo anterior, donde como ya se dijo no habla ya de la mujer y la procreación. Por ello, al ya no ser parte del art. 146 del Código Civil del Distrito Federal, la pareja heterosexual, hombre y mujer podrían convenir que no tendrán hijos, lo que antes no se admitía, un pacto en contrario por estar en la definición de matrimonio, así dejando de ser el matrimonio convencional por lo mismo incluso de orden público no se diga en el matrimonio de personas del mismo sexo, donde no habrá una desigualdad, que era lo que antes tutelaba el orden público porque ambos al ser del mismo sexo son iguales y ya no habría hijos por consanguinidad, como antes se entendía, aunque ahora la adopción equipara a aquellos.

La iniciativa sin embargo cae en un equívoco, ya que toda ella salvo cuando habla de las capitulaciones ante notario, se refiere a acta notarial, hay que hablar en esta parte de nuestro tema de la forma.

La forma se encuentra dentro de los elementos de validez del acto jurídico y/o del contrato. En ese orden de ideas como elementos de validez tenemos a la capacidad que es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones (para algunos ello constituye la legitimación) la ausencia de vicios del consentimiento, o sea que no exista error, temor que genere la violencia y en los contratos conmutativos

[18] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 21ª ed., México, Porrúa, 1986.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 138 05/01/16 1:29 p.m.

que no exista lesión, asimismo el fin debe de ser lícito, o sea que no existe ilicitud, en este caso, quiere decir que no vaya contra las leyes de orden público o las buenas costumbres, y por último en cuarto lugar tenemos a la forma que es la manera como nos dice la ley que debemos expresar el consentimiento ya sea expreso o tácito, por signos inequívocos o por escrito. El Código de 1928 como lo fue el de 1870 rige el consensualismo, esto es, que el consentimiento es válido sea cual fuere la manera de manifestarse en oposición al formalismo que operó en el código de 1884, sin embargo en el código actual de 1928 todos los contratos son consensuales como regla, aunque en la práctica se ve lo opuesto por que se exige la forma escrita casi para todos. Por lo mismo esa regla del consesualismo se vuelve excepción, ya que el Código Vigente únicamente estudia como contratos consensuales al mutuo, al depósito y al comodato. Dejando al contrato y regresando al acto jurídico tenemos como elemento de existencia la solemnidad la cual solo aplica para actos no para contratos y que en nuestro tema es importante ya que el matrimonio junto con los otros actos, del estado civil de las personas es solemne. La solemnidad habrá que entenderla como la forma del acto elevada al rango de elemento constitutivo esencial sin el cual el acto se volvería inexistente.

La solemnidad del matrimonio es en esencia el que tenga hasta ahora que ser celebrado ante los oficiales (dice la "ley jueces") del Registro Civil sin lo cual el acto jurídico sería inexistente; volviendo a la iniciativa antes de entrar a la propuesta de creación o modificación de la fuente formal aquí siendo la "escritura pública" el instrumento jurídico idóneo para hacer constar el pretendido matrimonio y la disolución del vínculo matrimonial, debido a que en el segundo caso los interesados voluntariamente han llegado a un acuerdo y se encuentran conformes con que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría el acuerdo de divorcio.

Instrumento público es el género continente y el contenido o las especies son las escrituras públicas y actas notariales.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 139 05/01/16 1:29 p.m.

Independientemente de la redacción de las definiciones la diferencia específica entre un instrumento y otro es que en la escritura se hacen constar actos jurídicos en donde se encuentran los convenios y los contratos, y en el acta se hacen constar hechos materiales o hechos jurídicos; en la escritura hay voluntad que el notario dará fe en las cláusulas las cuales contienen un acuerdo de voluntades y por lo mismo consentimiento y a las cuales se podrá llegar con una asesoría del notario. En el acta no hay voluntad, no hay cláusulas, y menos aún acuerdos de voluntad solamente hay hechos.

Quizás la confusión deriva de la misma Ley del Notariado para el Distrito Federal ya que el capítulo IV que versa sobre la competencia para realizar funciones notariales en asuntos extrajudiciales y de la tramitación sucesoria ante notario en su artículo 166 es ambiguo, pues dice en lo conducente en la fracción segunda:

> […] en los términos de esta ley, se considerarán asuntos susceptibles de conformación por el notario mediante el ejercicio de su fe pública en términos de esta ley… II: todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogació […]

Al decir "lleguen" se puede entender en los interesados una forma privada de acuerdo entre ellos y solo toca al notario ratificar lo acordado que fue privado y por esto tenemos que se confunde que un hecho se vaya a dar con la fe y asesoría del notario al decir la ley "los acuerdos hechos o situaciones". Ahí podríamos caer en el hecho de ratificación de firmas y entonces no va a haber asesoría sino solamente va a haber la apreciación por el notario por sus cinco sentidos de la situación que se está dando ante él. También la fracción tercera de dicho numeral es todavía más ambigua porque dice: "…III todos aquellos asuntos que en términos del Código de



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 140 05/01/16 1:29 p.m.

Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa". Ya que al decir de forma ejemplificativa y no taxativa es decir no limitativa solo enunciativa y al no estar prohibido expresamente los matrimonios y divorcios ante notario sería como una parte permitida, sin embargo al hablar de competencia y atribución más allá del principio de legalidad, quedamos que esas atribuciones no se sobreentienden sino que tienen que ser expresas y esta fracción tercera en sus incisos sólo habla de las sucesiones, la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución liquidación de sociedad conyugal y las informaciones *ad perpetuam*, apeos y deslindes y demás diligencias excepto las informaciones de dominio.

Ya para terminar con la iniciativa, ésta se fundamenta en la norma máxima en específico en la jerarquización de las leyes del artículo 130 constitucional que en lo conducente dice que los actos del estado civil de las personas son competencia de las autoridades administrativas. Con esto tenemos un problema ya que los notarios no deben de considerarse autoridad del tipo que sea, sino sólo auxiliares de la administración de justicia como a nuestro parecer también de la administrativa sin que esto lo vuelva autoridad.

Vale la pena entrar en lo particular en el debate que desechó esta iniciativa y al cual en algunos puntos generales ya nos hemos referido para dejar en claro que no hay problema de fondo sino únicamente falta de voluntad política como en materia federal "un pacto",[19] en este caso por la Ciudad de México, por el Distrito Fe-

[19] El Presidente Lic. Enrique Peña Nieto en un logro casi histórico hizo el pacto por México en donde logró la negociación con los diversos partidos políticos para proponer Reformas estructurales y coyunturales en materia Federal las cuales propiamente se aprobaron en sus términos por ese pacto del 2 de diciembre del 2012.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 141 05/01/16 1:29 p.m.

deral una de las ciudades más grandes del mundo con problemas también de ese tamaño.

## VIII. Uniones de hecho y uniones de derecho

En un principio en México el concubinato se conocía como una unión de hecho más no de derecho y posteriormente ese hecho ya tuvo la naturaleza de ser jurídico, en donde se quiere su realización pero no necesariamente su consecuencia. Eso recuerda la ley de causalidad jurídica que dice que no habrá consecuencias de derecho si no existe un supuesto jurídico capaz de producirlos; por lo mismo este hecho jurídico se encuentra reconocido por el derecho en el Código Civil para el Distrito Federal en su capítulo XI "Del concubinato" en los artículos del 291 bis (modificado el 29 de diciembre del 2009) al 291 quintus. Este capítulo va después de la regulación que el Código Civil para el Distrito Federal hace del matrimonio y del divorcio; de los referidos artículos, se desprende que las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos siempre que no tengan un impedimento para contraer matrimonio, hayan vivido en común íntimamente por un periodo mínimo de dos años o bien hayan tenido hijos para que entre ambos nazcan los derechos y obligaciones recíprocos.

En forma revolucionaria las obligaciones y derechos de que se trata, serán los mismos que se tienen para la familia en lo que le fuere aplicable.

En el concubinato no se da la forma y rige por lo mismo el consesualismo, el cual no exige una forma escrita para que sea válido pero cuando hay problemas y se tiene que probar el concubinato se requiere la probanza por testigos que comprueben por lo público que se ha hecho el concubinato socialmente, ratificarlo o en su caso por documentos como facturas a nombre de los concubinos como, por ejemplo, recibos de arrendamiento. Toda esta problemática que lastima a la "familia" de los concubinos se podría evitar si



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 142 05/01/16 1:29 p.m.

esta unión constara de manera fehaciente y es ahí donde la comparecencia ante notario para que éste levantando una acta notarial por tratarse de un hecho jurídico y no de un acto jurídico (contrato) y en la cual sería suficiente ya sin testigos o documentos la simple comparecencia "voluntaria" para tener acreditado el concubinato. El notario en ese caso tomaría declaración bajo protesta de decir verdad de que ambos se encuentran solteros ya que un hecho negativo no es materia de prueba, los identificaría. Esta acta notarial que estaría entre una fe de hechos y un acta de declaraciones, instrumento que permitiría acreditar esos derechos y obligaciones recíprocos[20]; al igual que el Juez del Registro Civil a quien con la última reforma al artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día treinta y uno de octubre del 2014, se le otorgan facultades para recibir declaraciones con relación a existencia o cesación de concubinato, y existencia o cesación de cohabitación así como de otros hechos relativos a relaciones de pareja que no impliquen modificaciones al estado civil; declaraciones que no constituyen una acta del estado civil sino simplemente una probanza como sería el caso de las otorgadas ante notario.

Vamos en este apartado a tratar también otras uniones que en el caso son de derecho, porque existe una ley que lo permite y nos referimos a la denominada Ley de Sociedades de Convivencia, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre del 2006.

Esta ley que vaticinamos durará poco porque fue en marea oculta la preparación para reformar el 29 de diciembre del 2008 el artículo 146 del Código Civil, para permitir en el Distrito Federal matrimonios entre personas del mismo sexo lo cual hace entonces

---

[20] En ese sentido véase el estudio Uruguayo de la reforma del Estado del Matrimonio, el Divorcio y la declaración de Concubinato en sede notarial. Su eficacia internacional de Santos Belandro, Rubén B., *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 97, enero-junio. 2011, pp. 163-184. Consultado el 18 de octubre de 2014 en: http://biblioteca.aeu.org.uy/digital/RAEU/090/097-1-163-184.pdf



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 143 05/01/16 1:29 p.m.

ya esta ley inoperante, sin embargo, pensamos que es útil ya que nada impediría que al amparo de esta ley una pareja heterosexual pudiera constituir una sociedad de convivencia desde el primer día o antes de empezar una relación, dejando desde un principio establecido cuáles son sus derechos y obligaciones y que evitaría lo que se da en la práctica, el que muchas personas viven juntas con el ánimo de probarse para ver si funciona y entonces casarse, pero obviamente sin ningún derecho u obligación que consten por escrito, esto último sin que se confunda con el concubinato ya que el concubinato para ser reconocido como tal ya se señaló que tienen que haber transcurrido 2 años como mínimo o haber tenido hijos en ese inter.

Al igual que el concubinato podría la constitución, modificación o extinción de este tipo de sociedades ser otorgada ante notario quien daría vista para su anotación a los registros Civil y de la Propiedad y obviando la presencia de testigos y demás formalidades las cuales se englobarían con la fe del notario en la escritura pública correspondiente.

## IX. Planteamiento

El notario por excelencia es el profesional del derecho; su acceso a la función es mediante un riguroso examen de oposición lo que da la certeza de su conocimiento y preparación, muy distinto a la de otros abogados; su desempeño versa sobre un servicio público, por eso el debatido tema si el otorgamiento de su patente debiese ser entendido como una concesión o como una mera autorización que se le otorga cuando cumple como particular los requisitos que fija la ley para ello.

Después de estudiar la forma de gobierno habrá que entender que el notario deviene de la función administrativa, porque es ella representada por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, quien expide y otorga la patente respectiva. En ese orden de ideas el notario



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 144 05/01/16 1:29 p.m.

no proviene de la función judicial, es por ello que de esta función es un mero auxiliar. Como ya se dijo, las funciones o competencia del notario deben de ser expresas, jamás se sobreentienden y sólo de la función judicial expresamente en las leyes sustantiva y adjetiva se tiene al notario como auxiliar en la administración de justicia; no existe un ordenamiento que expresamente lo considere como auxiliar de la función administrativa, sin embargo aunque no se expresó, se deduce de ciertas obligaciones que tiene el notario.

El Registro Civil forma parte de la Administración Pública, los abogados ahí encargados también prestan un servicio público con la diferencia que éstos si son funcionarios públicos. Cuando estudiamos la división de funciones (poderes) analizamos que la función que se maneja con carácter jurisdiccional se le considera más bien una actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales, y se planteó que pueden colaborar dos funciones en esa pretendida separación de funciones como sería la función judicial y la función administrativa. Esto es muy importante, pues el mismo debate a la iniciativa que estudiamos en el apartado de derecho interno señala:

> […] se refiere expresa y limitativamente a la jurisdicción voluntaria típica y atípica de la que pueden conocer los jueces conforme al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es decir que se trata de los jueces de lo Civil y de lo Familiar y no de los jueces del Registro Civil, de ahí, que en su caso la adición sería de una nueva fracción que se refiriera al divorcio ante notario, quitándole la denominación de administrativo.[21]

A primera vista efectivamente aquí no aplicaría el carácter de auxiliar del notario ya que los mal llamados jueces del registro civil son funcionarios administrativos no jueces civiles ni de lo familiar, donde si es clara, la atribución de ser auxiliar.

La actuación notarial es muy variada pues podrá a manera de ejemplo reconocerse hijos en escritura pública, cambiar, modificar

---

[21] *Idem.* Debate.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 145 05/01/16 1:29 p.m.

o disolver regímenes patrimoniales del matrimonio; hacer aclaración mediante acta notarial de declaración testimonial a los atributos de la personalidad jurídica de la persona esto es: al nombre, al domicilio, al Estado Civil, sobre todo, hablando de los hechos negativos que no son materia de prueba.

El notario propiamente puede hacer todo aquello que no esté prohibido, así reza el principio de legalidad, además de lo que expresamente le faculta su ley u otras leyes siendo una limitación aquello que vulnere el orden o el interés público, ya analizamos en este orden de ideas la desnaturalización del matrimonio. En ese sentido al amparo de cómo ahora se entiende con la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, el matrimonio nada impediría que los particulares le solicitasen al notario de su elección hacer constar bajo su fe su deseo ya sea para casarse o para divorciarse. En este último caso habrá que en México (ciudad) efectivamente proponer quitarle la designación de "administrativo" al divorcio voluntario no contencioso ya que eso lo limita y lo confunde.

El matrimonio ante notario no plantea a nuestro parecer por lo antes dicho ningún problema. El notario no sería un sustituto del encargado del Registro Civil sino una segunda opción.

Volviendo al matrimonio siendo éste en su caso posible con la reforma legal adecuada sin quitarle jamás la solemnidad del caso; el notario abriría un expediente y recabaría en lo conducente lo que hasta hoy dice la ley que se requiere para casarse (artículos 97 y 98 del Código Civil para el Distrito Federal) planteando además lo conveniente que fuera que el notario como en otras diligencias hiciera dos publicaciones una en un periódico local y otra en un periódico nacional en donde manifestara los nombres de los contrayentes, su deseo de casarse, el día de la celebración de dicha unión ante él para que cualquier interesado pudiera ante él mismo comparecer para manifestar su oposición al referido matrimonio (parecido a las amonestaciones).



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 146 05/01/16 1:29 p.m.

Dicho matrimonio se podrá otorgar en la notaría o en cualquier lugar y a cualquier hora sin necesidad para ello de una habilitación, solo con el requerimiento de que fuera dentro de los límites que tiene la Ciudad de México (Distrito Federal), otorgándose tal acto matrimonial ante notario en escritura pública y dando aviso de ello el notario al encargado del Registro Civil correspondiente para la expedición por parte de esa oficina del acta de matrimonio en donde solo diría como adicional el nombre delnotario, su número de notaría y el número de escritura, por lo demás el acta de matrimonio expedida por el encargado del Registro Civil tiene que ser igual.

El divorcio ante notario público plantea una instrumentación diferente ya que se antoja serían dos comparecencias, la primera sería para recibir la rogación correspondiente a su deseo de los dos cónyuges a divorciarse y la exhibición en esa comparecencia del acta de matrimonio porque a ella se deberá de referir el notario cuando dé aviso al encargado del Registro Civil para que haga la anotación correspondiente en el acta de matrimonio. Por lo demás será igual lo que hasta ahora se pide para que este tipo de divorcio proceda, ósea la solicitud que sería en la primera comparecencia, que sean mayores de edad, que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes si están casados bajo ese régimen, que la cónyuge no esté embarazada, que no tengan hijos o estos ya fuesen mayores de edad, identificación oficial de los cónyuges y como ya se dijo el acta de matrimonio. Después y con fundamento en la primera diligencia o comparecencia, o instrumento público, se procederá a celebrar una segunda comparecencia en donde se dejará sin efectos el vínculo matrimonial hasta ahí existente y procederá el notario al correspondiente aviso a la oficina del Registro Civil para que levante el acta de divorcio la cual será igual, sencillamente se tomará razón en la anotación que haga el encargado del Registro Civil en el acta de matrimonio y en el acta de divorcio que fue ante notario con el nombre del notario, número de la notaría, el día y mediante escritura pública señalando su número.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 147 05/01/16 1:29 p.m.

Siendo el divorcio ante notario por la fe pública que éste tiene y la obligación de asesoría a las partes que nacen de su Ley, ya no sería necesario que los cónyuges contratasen a un abogado o procurador o la presencia de testigos porque todo esto ya no se requeriría al ser ante notario.

Un fundamento a nuestro juicio para poder llevar a cabo ante notario un divorcio voluntario no contencioso o incluso de otro tipo sería la transacción.

Efectivamente la transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose reciprocas concesiones terminan una controversia presente o previenen una futura (artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal) de la mano con lo que dispone la ley del notariado su artículo 166 ya citado; el notario puede intervenir en todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial siempre y cuando los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, esto es siguiendo a la ley del notariado que los interesados lleguen a un acuerdo sobre uno o varios puntos o sobre su totalidad.

Cuando es voluntario cada uno tiene que ceder a las peticiones del otro con el fin de dejar sin efecto el matrimonio y esto implica en el fondo un convenio transaccional el cual pueden los particulares otorgar ante el notario.

Siendo los efectos de la transacción los equivalentes a una sentencia ya que dichos efectos son de cosa juzgada, efectivamente la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada (artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal). El aparente problema de ser nula la transacción (artículo 2950, fracción V del Código Civil para el Distrito Federal) es cuando verse sobre el derecho de recibir alimentos, aquí la transacción trataría no sobre el derecho sino la obligación del deudor alimentista, máxime que en esta ley (Código Civil con la reforma



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 148 05/01/16 1:29 p.m.

del dieciocho de agosto del 2011 artículos 35 y articulo 309)[22] están más asegurados contra los bienes del deudor ya que se admite actualmente el embargo sobre dichos bienes como medida precautoria para garantizar esta obligación.[23]

La transacción pura o declarativa incluso cae en el supuesto a nuestro juicio totalmente de la jurisdicción voluntaria ya que el artículo 2961 del Código Civil para el Distrito Federal, entiende por ésta cuando no se transmiten sino que se declara o reconocen los derechos que son el objeto de las diferencias sobre las que recae.

Teniendo como ya se dijo el efecto de cosa juzgada, si alguno incumpliese el referido convenio transaccional iría al juez, pero ya no para un juicio sino para pedirle al juez en vía de apremio la ejecución forzosa del convenio, como lo dispone el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

## x. Conclusiones

I. El notario es un profesional, entre otros, del Derecho Civil, el cual forma parte del derecho privado, no obstante que se encuentren en él normas de orden e interés público. Su competencia o atribuciones se encuentran en el derecho local, en este caso del Distrito Federal.

II. El matrimonio es un contrato, un acto jurídico solemne que se encuentra regulado en forma sustantiva en el Código Civil y puede llevarse a cabo ante el notario, como operador del derecho privado, con las adecuaciones legales correspondientes, al ser el matrimonio en su desnaturalización, ya no necesariamente considerado de orden e interés público. Así mismo, con las mencionadas adecuaciones legales, podrían llevarse ante notario, no solamente matri-

---

[22] Incluso la Ley Federal del Trabajo en su artículo 112 con relación en el artículo 110 fracción 5ª. Señala que el salario del trabajador podrá ser embargado hasta un 30% para garantizar los alimentos.

[23] Los artículos 311 quárter 317 y 318 del Código Civil señalan la preferencia de los acreedores alimentarios así como las garantías.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 149 05/01/16 1:29 p.m.

monios, sino también el reconocimiento de uniones de hecho como el concubinato, y de derecho como las sociedades de convivencia.

III. El divorcio fue reconocido hasta la Ley Sobre Relaciones Familiares en México (Ciudad); y el divorcio denominado "administrativo" hasta el 25 de mayo del año 2000. Deberá quitársele en su expresión el calificativo de "administrativo" al divorcio, para el caso de que el notario lo pueda llevar a cabo. El fundamento del divorcio ante notario es el convenio o contrato de transacción, que ya su Ley del Notariado desde antes permite que se lleve a cabo ante él, por mutuo acuerdo, aunque haya controversia o contienda, siempre con el requisito de la rogación de las partes.

IV. La jurisdicción voluntaria es una actividad más bien de tipo administrativo, que se encomienda a órganos jurisdiccionales. La función de los malamente llamados "jueces del Registro Civil" no es de tipo jurisdiccional, no son jueces civiles o familiares; sino que su objeto solamente es la prestación de un servicio público. El notario es un auxiliar en la administración de justicia, pero nada le impide, por la colaboración de funciones, actuar como auxiliar de la función administrativa.

V. En el derecho interno mexicano (Ciudad), no se han aprobado los supuestos del matrimonio y divorcio en sede notarial, más bien por falta de acuerdos políticos, que por problemas de fondo, pudiendo empezar a lograrse esos cambios en las legislaturas de los estados que conforman al país, con el antecedente del derecho comparado, para que de esa manera el Distrito Federal lo reconsidere y no se quede a la zaga.



03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 150 05/01/16 1:29 p.m.

# Historia del derecho

## History of law

03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 151 05/01/16 1:29 p.m.

03-Soto Sobreyra-RevFac264.indd 152 05/01/16 1:29 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# El "código de federico"

## (codex fridericianus)

Eduardo Luis Feher Trenschiner[1]

Resumen: Particularmente inusitado rey absolutista, Federico II –también conocido como el rey filósofo, el rey músico, el rey masón, o sencillamente Federico el Grande– fue tal vez el más grande exponente del despotismo ilustrado. Contribuyó a la expansión territorial de Prusia, haciendo de ésta una gran potencia europea. De igual forma fue un decidido protector de la ciencia y de la cultura, a las que impregnó de influencias francesas. Era flautista y escritor, y tuvo una de las Cortes más celebres de la época. En 1739 publicó su obra *Anti-Maquiavelo*, en la que condenaba al pensador florentino y abogaba por una mayor exigencia moral para los gobernantes. A Federico el Grande se le conoce por modernizar la burocracia, el servicio civil y el sistema judicial prusianos. En 1747 promulgó un innovador código legislativo, el llamado *Código de Federico*.

Palabras clave: *Federico II; Código de Federico; Prusia; despotismo ilustrado.*

Abstract: Particularly unusual absolutist king, Frederick II –also known as the Philosopher king, the King musician, the Mason king, or simply Frederick the Great– was perhaps the greatest exponent of enlightened despotism. He contributed to the territorial expansion of Prussia, making this a great European power. Likewise, he was a staunch protector of science and culture, which he impregnated of French influences. He was flutist and writer, and had one of the most famous courts of the time. In 1739 he published his work *Anti-Machiavelli,* condemning the Florentine thinker and advocating a greater moral exigency for the governors. Frederick the Great is known for modernizing the bureaucracy, the civil service and the judiciary of Prussia. In 1747 he issued an innovative legislative code, named *Codex Fridericianus Marchicus.*

Keywords: *Frederick the Great; Codex Fridericianus Marchicus; Prussia; Enlightened absolutism.*

[1] Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

04 FEHER (Rev Fac 264).indd 153 06/01/16 1:07 p.m.

*Siempre he considerado a* El Príncipe *de Maquiavelo como una de las obras más peligrosas que se hayan difundido por el mundo.*

FEDERICO II

El 17 de Agosto de 1991 apareció el siguiente texto firmado por José María Font, en un diario que circula en la Ciudad de Bonn: Federico II el Grande de Prusia será enterrado hoy, 205 años después de su muerte, en el palacio de Sanssouci, en Potsdam. A la ceremonia, a la que asistirá el canciller Helmut Kohl, se espera que acudan más de 100.000 personas. La fastuosa ceremonia oficial y la presencia en la misma del Gobierno alemán han levantado una gran polémica en este país, que, desde la pasada unificación, se debate en una confusa búsqueda de señas de identidad en los entresijos de una historia donde no escasean los tenebrosos fantasmas del pasado y secuencias históricas que toda vía preocupan.

> Para el historiador Golo Mann se trata de "una absoluta falta de delicadeza". El también historiador Sebastian Haffner va aún más lejos y compara la ceremonia de hoy con la del 21 de marzo de 1933, el llamado día de Potsdam, cuando el recién nombrado canciller Adolf Hitler se arrodilló ante la tumba de Federico el Grande reclamando para su régimen la legitimidad prusiana. La oposición social demócrata tampoco ha desaprovechado la ocasión de atacar a Kohl. Para Bjorn Engholm, el residente del SPD, la presencia del canciller "y las trampas militares de la ceremonia levantan la preocupación de que el acontecimiento tome un simbolismo impresentable, especialmente en el extranjero.
>
> Si para la izquierda se trata de un símbolo inequívoco del militarismo prusiano cuyas consecuencias todavía sufre la Alemania actual, para el canciller y para los conservadores se trata de todo lo contrario. El militarismo está muerto en Alemania, dice Kohl, y Federico el Grande fue un "déspota benevolente", un filósofo, amigo personal y protector de figuras como Voltaire, un hombre del Siglo de las Luces que abolió la tortura, protegió la libertad reli-



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 154 06/01/16 1:07 p.m.

> giosa dando cobijo a los hugonotes franceses y a los judíos europeos que sufrían persecución. Amante del arte y mecenas de artistas; en resumen, un progresista en su época.[2]

La ceremonia de hoy –continúa señalando el citado diario– cierra un largo peregrinaje de los restos del rey ilustrado. En 1943 fueron sacados de su tumba en la capilla militar de Potsdam, junto con los de su padre, Federico I, "el rey soldado", por el mariscal del Reich Hermann Goering, quien los instaló en los sótanos de su cuartel general para protegerlos de los bombardeos aliados. Acabada la guerra, unos soldados norteamericanos descubrieron los sarcófagos en una mina de cal cerca de Bersterode, en Eichsfeld. De allí pasaron a la Elisabethkirche de Marburg, hasta que en 1952 el heredero de la dinastía Hohenzollern, Louis Ferdinand, se los llevó a la sede de la familia, en Hechingen.

> Durante el día de ayer, ocho oficiales de gala montaron guardia de honor en el castillo de Hechigen. A media tarde, al sonido de los tambores y el repique de las campanas, mientras rendía honores una formación de gala de la Bundeswehr, los oficiales pusieron los ataúdes en el antiguo tren del Kaiser Guillermo, que se dirigió a Potsdam, adonde llegará esta mañana.
>
> Allí, en la estación de tren, serán cargados en carruajes fúnebres del siglo XVIII que se dirigirán a Sanssouci a paso lento, precedidos por la banda de la división de carros de combate de Hannover.
>
> Una vez en Sanssouci, durante toda la tarde, quienes acudan podrán entrar al patio del palacio para despedir al rey ilustrado. Habrá dos funerales, y a media noche, siguiendo sus deseos, será enterrado. Se espera la asistencia de más de 100.000 personas y la policía no descarta que se produzcan incidentes. Al menos 10.000 pacifistas efectuarán acciones de protesta. También es segura la asistencia de grupos de neonazis, muy numerosos en la antigua Re-

[2] Font, José María, "Fastuoso entierro de Federico II el Grande en Potsdam", *El país*, 17 de agosto de 1991 (consultado el 2 de octubre de 2015). Disponible en: http://elpais.com/diario/1991/08/17/internacional/682380009_850215.html#despiece2



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 155 06/01/16 1:07 p.m.

pública Democrática Alemana, que se han apropiado de toda la simbología y parafernalia prusianas.[3]

En una ocasión este singular e inusitado personaje señaló lo siguiente: "He vivido como filósofo y quiero ser enterrado como tal, sin pompa, sin fastos y con las mínimas ceremonias. Si muero en Berlín o Potsdam no quiero ser expuesto a la vana curiosidad del pueblo. Quiero ser enterrado al tercer día a medianoche. Que me lleven a la luz de una linterna, sin que nadie me siga, a Sanssouci y que me entierren allí en un mausoleo que he mandado construir".[4] Estas órdenes dadas por Federico el Grande –sigue diciendo el referido periódico– ya no se cumplieron hace 205 años. "Su sucesor, Federico Guillermo II, ni siquiera le enterró en su amado Sanssouci, sino junto a su padre Federico I en la capilla militar de Potsdam, y convirtió el sepelio de su tío en uno de los mayores espectáculos de la época. A partir de hoy, por lo menos, los restos de este déspota benevolente descansarán, como él lo deseaba, junto a los de sus 13 galgos en una terraza de este Versalles alemán, la gran obra de amor que se hizo y que ahora sufre cuarenta años de abandono. Pero sus deseos de discreción tampoco serán cumplidos. El protector de Voltaire no quiso ser enterrado con pompa, pero por dos veces "la vana curiosidad del pueblo" verá pasar su ataúd al son de marchas militares y bajo la orgullosa mirada de las autoridades".[5]

Pero ¿Por qué causó tanto revuelo la anterior noticia? ¿Quién fue este personaje histórico para efecto de nuestros temas del mundo del Derecho? ¿Por qué se habla de "el Código de Federico"?

La vida y obra de este rey prusiano está envuelto entre la realidad y la leyenda. Nació en 1712 y falleció a los 74 años.

---

[3] *Idem.*

[4] FONT, José María, "Pompa y ceremonia para un rey que pidió discreción", *El país*, 17 de agosto de 1991 (consultado el 2 de octubre de 2015). Disponible en: http://elpais.com/diario/1991/08/17/internacional/682380009_850215.html#despiece2

[5] *Idem.*



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 156 06/01/16 1:07 p.m.

Su historia podría parecer por momentos alucinante. Durante su juventud se sintió inclinado hacia la literatura francesa. Animado por su madre y sus tutores, mantuvo correspondencia con filósofos de la Ilustración, lo que contrastaba con su rechazo a la disciplina de la corte y a las tradiciones militares. El príncipe, de constitución delicada, chocaba en todo con las maneras rudas de su progenitor. Después de que fracasara en un intento por escapar a Inglaterra, fue condenado a prisión (1730-1732), privado temporalmente de su categoría de príncipe heredero y obligado a presenciar la decapitación de su mejor amigo, el teniente Katte.[6]

Se casó con Isabel Cristina, hija de Fernando Alberto II de Brunswick, en 1733, lo que le valió volver a ser príncipe heredero. En 1739 publicó su obra *Anti-Maquiavelo,* en la que condenaba al pensador florentino y abogaba por una mayor exigencia moral para los gobernantes. Se retiró durante siete años a Rheinsberg, donde estudió filosofía e historia y mantenía correspondencia con filósofos, entre ellos Voltaire.

> Las relaciones de Federico II contribuyeron a la expansión territorial de Prusia, permitiendo hacer de ésta una gran potencia europea, capaz de disputarle la primacía a Austria dentro del Sacro Imperio Romano Germánico. Aprovechó las dificultades de María Teresa I para afirmarse en el trono austriaco y se anexionó Silesia a costa de la Casa de Austria, lo que desató la Guerra de Sucesión Austriaca (1749-1748). Condujo su ejército a la victoria en Mollwitz (1741) y Chotusitz (1742). En el Tratado de Breslau, María Teresa se vio obligada a entregar el territorio de Silesia exigido por Prusia. Federico consiguió la Frisia oriental en 1744, tras la muerte del gobernante sin herederos de dicho principado, y en 1745 logró otra victoria contra Austria, que terminó con la Paz de Dresde, que aseguraba a Prusia la posesión de Silesia. La rivalidad austro-prusiana degeneró en la Guerra de los Siete Años (1756-1763), en la que Prusia, aliada con Hannover, hizo frente con éxito a la coalición constituida por Austria, Sajonia, Rusia y Francia. La mayor

[6] *Cfr*. Gooch, G. P., *Frederick the Great: The Ruler, the Writer, the Man*, Nueva York, Kessinger Publishing, 1947.



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 157 06/01/16 1:07 p.m.

> organización y disciplina del ejército prusiano le permitió resistir a enemigos superiores; pero habría perdido la guerra de no ser por la llegada al trono ruso de Pedro III, cuya admiración por Federico le llevó a retirar a Rusia de la Guerra (Paz de Hubertusburgo, 1763). Aunque ésta no le otorgó nuevos territorios a Prusia, sí la reafirmó en sus recientes conquistas.[7]

En lo sucesivo, Federico II siguió una política exterior limitada a la defensa del equilibrio europeo. En 1772 participó con Austria y la Rusia de Catalina la Grande en el Primer reparto de Polonia a cambio de no obstaculizar las ambiciones territoriales de estos dos países sobre el debilitado Imperio Otomano. Prusia obtuvo así un territorio que unía la Prusia Oriental con Pomerania y Brandeburgo. La Guerra de Sucesión bávara, que nuevamente enfrentó a Prusia con Austria, trajo el Tratado de Teschen de 1779, por el que Prusia obtuvo los principados franconios de Baviera y Austria se quedó con una parte de la Baja Baviera.[8]

En 1784 organizó una liga de príncipes alemanes para salvaguardar el *status quo* en las Provincias Unidas frente a las ambiciones de Baviera.

En alguna ocasión escribió lo siguiente de manera tan breve que sin duda reflejaba la problemática personal y de su reino: "mucho me temo que Maquiavelo tenga razón".[9]

Un punto a destacar –entre muchos otros de Federico– era el de supervisar y controlar la labor de sus funcionarios, a quienes les exigía el estricto cumplimiento de su deber. Durante su reinado aparecieron nuevos métodos agrícolas e industriales. Se desecaron

---

[7] "Federico II el Grande" (https://es.wikipedia.org/wiki/Federico_II_el_Grande), consultado el 2 de octubre de 2015.

[8] *Cfr.* ASPREY, Robert B., *Frederick the Great: The Magnificent Enigma*, Nueva York, Ticknor & Fields, 1986.

[9] GOETZ, Walter, PLATZHOFF, Walter, SCHABEL, Francisco, WALZEL, Oscar; WATJEN, Hermann PLISCHKE, Juan y SALOMÓN, Félix, "La época del absolutismo (1660-1789)", en GOETZ, Walter (dir.), *Historia Universal*, trad. de M. García Monte, Madrid, Escasa-Calpe, t. VI, 1956, p. 240.



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 158 06/01/16 1:07 p.m.

marismas que proporcionaron nuevas tierras para el cultivo y la colonización. En 1747 promulgó un código legislativo, el llamado *Código de Federico*.

> El gran desarrollo de la industria prusiana y un fuerte incremento poblacional hacen pasar al país de 2,5 millones de habitantes al comienzo de su gobierno a 6 millones al final. Dotó a Prusia de un formidable ejército de 200 000 hombres, perfectamente adiestrados y equipados, que supo utilizar en el momento oportuno, además de redactar él mismo las Ordenanzas para la milicia. Fundó en 1765, en Berlín, el Banco Real, que estableció filiales en todo el reino. La creación de una Federación de príncipes demostró su eficacia al finalizar la amistad con Rusia, ya que Austria no logró beneficiarse del debilitamiento prusiano, y sirvió de base al papel central de Prusia en Europa a finales del siglo XIX.[10]

El también particularmente inusitado rey absolutista y *sui generis*

> negó que la monarquía fuese dada por derecho divino y fue un gran protector de la ciencia y de la cultura, a las que impregnó de influencias francesas: refundó la Academia de Ciencias prusiana, apoyó a escritores y artistas y sancionó la obligatoriedad de la enseñanza primaria. Sin embargo, no abolió la servidumbre para no debilitar a la nobleza, que constituía la casta dominante que hacía funcionar eficazmente la administración y el ejército. En Sanssouci, Federico tenía su corte, mantenida austeramente, donde recibía a Voltaire y Johann Sebastian Bach. Rechazó la cultura alemana, hablaba francés en la corte, era flautista y escribió obras para este instrumento. También fue escritor; uno de sus escritos más relevantes fue *Historia de mi tiempo,* uno de los mejores trabajos en su género. Escribió versos y ensayos, sus obras fueron publicadas en 30 volúmenes entre 1846-1857.[11]

Fue el Soberano *Gran Comendador*, *Gran Maestro Universal y Conservador de la Antiquísima y muy respetable sociedad de antiguos Masones o Arquitectos*

[10] "Federico II el Grande" (https://es.wikipedia.org/wiki/Federico_II_el_Grande), consultado el 2 de octubre de 2015.
[11] *Idem*.



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 159 06/01/16 1:07 p.m.

> *Unidos,* o sea Orden Real y militar del Arte libre de labrar la piedra o Masonería.
>
> Se propuso asegurar y reunir en un solo cuerpo de masonería todos los ritos del Régimen Escocés existentes, tales como: Rito Antiguo, Rito de Heredom, Rito del Oriente del Kilwining, Rito de los Príncipes del Real Secreto o de Perfección, Rito Escocés y Rito Primitivo.
>
> Para ello promulgó las grandes constituciones de 1786 y declaró para siempre reunidos en una sola orden, las puras Doctrinas de la Masonería del Rito Escocés Antiguo y Aceptado de 33 Grados: El primer grado sometido al segundo, éste al tercero y así sucesivamente hasta el 33, de Soberano Gran Inspector General, el cual inspeccionará, dirigirá y gobernará todos los otros.
>
> El cuerpo o reunión de miembros poseedores de este grado formarán el Supremo Consejo, quien será el conservador de la Orden. Asimismo Federico II dispuso que, después de su muerte, el poder supremo que hasta entonces le había sido conferido, se transmitiera, en cada país o nación donde no los hubiera, a un Supremo Consejo.[12]

Su figura fue usada por la propaganda nazi en abril de 1945, casi al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando Berlín estaba a punto de ser cercada por las tropas soviéticas. Recordando el "milagro" ocurrido a Federico el Grande dos siglos antes, Adolf Hitler esperaba que el Tercer Reich se salvase por algún inesperado accidente como la muerte del presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, y los consiguientes desacuerdos entre el primer ministro británico Winston Churchill y el dictador soviético Joseph Stalin.

> El ministro nazi de propaganda Joseph Goebbels alentaba a Hitler para mantener esta esperanza en un "accidente inesperado" que salvaría al Tercer Reich. El 12 de abril de 1945 murió el presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, y al saber del hecho la prensa nazi interpretó este evento como una "señal" de la salvación final del Tercer Reich, afirmando que los EEUU se retirarían inmediata-

[12] "Federico II el Grande" (https://es.wikipedia.org/wiki/Federico_II_el_Grande), consultado el 2 de octubre de 2015.



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 160 06/01/16 1:07 p.m.

> mente de la guerra y que Gran Bretaña y la URSS se enfrentarían entre sí, cesando ambos las hostilidades contra Alemania, tesis que Goebbels se dedicó a difundir apasionadamente entre las tropas alemanas que aún sobrevivían. Líderes nazis como Heinrich Himmler y Martin Bormann también se aferraron a este nuevo "milagro" esperando que el escenario bélico de transformaría de un momento a otro.
>
> La esperanza nazi no tuvo sustento alguno. El nuevo presidente estadounidense, Harry S. Truman, declaró al día siguiente de la muerte de Roosevelt que los EEUU continuarían la guerra contra el Tercer Reich hasta que éste capitulará sin condiciones.[13]

Como se señaló líneas arriba, en 1747 Federico II publica un código legislativo que contiene una gran cantidad de preceptos quizá adelantados para su época, dejando en todos sus actos una nueva impronta de gobernar al través del Derecho. Él le llama "el Código de Federico".

> El Código Federico evitó la pena de muerte y abolió la tortura, aunque desató guerras que convirtieron a Prusia en una potencia europea y que costaron la vida a millones de personas. Impulsó la codificación del Derecho prusiano, promulgando un código legislativo, el citado Código de Federico, según el principio de que la ley debía proteger a los más débiles. Estableció la independencia judicial y en las campañas militares, destacó por su gran capacidad y visión, táctica y estratégica, tanto que es considerado como uno de los mayores genios militares de toda la Historia, siendo comparado con Alejandro Magno, Julio César o Napoleón, que reconoció haberse inspirado en él. En su afán por repoblar un país demográficamente deprimido, declaró que no le importaba recibir "turcos y herejes", así como permitirles levantar "mezquitas y capillas". Leyó 'El Espíritu de las Leyes', de Montesquieu, y expresó en una comunicación dirigida a la Academia de las Ciencias que le había parecido "muy bien".

[13] "Milagro de la Casa de Brandenburgo" (https://es.wikipedia.org/wiki/Milagro_de_la_Casa_de_Brandenburgo), consultado el 5 de octubre de 2015.



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 161 06/01/16 1:07 p.m.

> Algunos historiadores, como Wolfgang Burgdorf, reniegan del apodo 'el Grande' cuando recuerdan episodios como aquel en el que, tras regresar de la guerra que había costado la vida a una séptima parte de la población prusiana, se echó a llorar sobre el cadáver de uno de sus perros, que había fallecido en su ausencia. Estos biógrafos prefieren referirse a él como Federico II. Karl Marx lo llamaba "milagro de heroísmo" y para Dilthey un "genio de la escritura". Guillermo II, su tatarasobrino nieto, rezaba a menudo en su tumba, el mismo lugar en el que Hitler y Hindemburg se dieron la mano. Erich Honecker lo convirtió en un icono del socialismo y Helmut Schmidt leyó el texto de su dimisión como ministro de Defensa junto a un busto del rey, que decoraba su despacho en Bonn.[14]

Escribió *El Anti-Maquiavelo* donde refutó una enorme cantidad de afirmaciones del célebre florentino, diciendo entre otras cosas:

> *El Príncipe* de Maquiavelo es a la ética lo que la obra de Spinoza es a la fe. Spinoza vació la fe de sus aspectos fundamentales y resecó el espíritu de la religión; Maquiavelo corrompió a la política y se dedicó a destruir los preceptos de la sana moral. Los errores del primero fueron sólo errores especulativos; los del segundo tuvieron fuerza práctica. Pero mientras los teólogos hicieron sonar campanas de alarma y lucharon contra Spinoza, refutando formalmente su obra y defendiendo a la Divinidad de sus ataques, Maquiavelo sólo ha sido molestado por moralistas. A pesar de ellos, y a pesar de su perniciosa moral, *El Príncipe* se encuentra con frecuencia sobre el púlpito de la política aún en nuestros días.

Sigue diciendo el Rey:

> Me haré cargo de la defensa del humanismo contra este autor inhumano que pretende destruirlo. Me animo a oponer la Razón y la Justicia al engaño y al crimen; he colocado mis reflexiones sobre el *Príncipe* de Maquiavelo, capítulo por capítulo, de modo tal que el antídoto se encuentre inmediatamente próximo al veneno.

[14] SÁNCHEZ, Rosalía, "Reyes como ya no los hacen", *El Mundo*. Disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/23/cultura/1327331945.html (consultado el 5 de octubre de 2015).



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 162 06/01/16 1:07 p.m.

> Siempre he considerado a *El Príncipe* como una de las obras más peligrosas que se hayan difundido por el mundo. Es un libro que cae naturalmente en las manos de los príncipes y de quienes aman la política. Con máximas que halagan a las pasiones es bien fácil corromper a un joven ambicioso cuyo corazón y juicio no están lo suficientemente formados como para distinguir con precisión el bien del mal.
>
> Si es malo pervertir la inocencia de un individuo privado que tiene sólo escasa influencia sobre las cuestiones de este mundo, mucho peor es pervertir a un príncipe que debe gobernar a su pueblo, administrar justicia y ser un ejemplo para sus súbditos; a una persona que por su bondad, magnanimidad y compasión debe comportarse como alguien digno de ser considerado un hombre creado a la imagen y semejanza de Dios.[15]

Lo anterior es solo un breve esbozo de algunos aspectos de la vida y obra de este singular monarca que elaboró este código que ha quedado perpetuado históricamente llevando su nombre.

[15] Federico II, *El Anti-Maquiavelo. Ensayo de una crítica a Maquiavelo sobre "El Príncipe" y su arte de gobernar*, Prusia, 1740, pp. 2-3. Versión electrónica disponible en: http://www.tusbuenoslibros.com (consultado el 5 de octubre de 2015).



04 FEHER (Rev Fac 264).indd 163 06/01/16 1:07 p.m.

04 FEHER (Rev Fac 264).indd 164 06/01/16 1:07 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# El sistema penal en el porfiriato (1877-1911). Delincuencia, proceso y sanción

## The criminal justice system in the "Porfiriato" (1877-1911). crime, process and sanctioning

Sergio García Ramírez[1]

Resumen: Este artículo revisa el sistema penal durante la etapa de la historia de México conocida como "Porfiriato". El artículo inicia con la "confesión" de Porfirio Díaz al periodista James Creelman acerca de la "mano dura" utilizada para enfrentar la criminalidad, lo cual implica igualmente el enfrentamiento de la disidencia. En esa criminalidad figuran tanto los delitos, muy numerosos, cometidos en el campo y combatidos por los "rurales", como los perpetrados en las ciudades, especialmente la ciudad de México, consistentes, mayoritariamente, en infracciones contra la propiedad. La ley fuga, las deportaciones y la prisión en muy severas condiciones forman parte de la realidad penal de aquella etapa. El artículo analiza las reformas al Código Penal y a los códigos de procedimientos penales. Igualmente se alude a los proyectos penitenciarios. El autor cita con frecuencia, como fuentes de esta revisión, los informes rendidos por el Presidente ante el Congreso y, en algunas ocasiones, las respuestas de los diputados.

Palabras clave: *"Porfiriato"; Delincuencia; Estadística criminal; Código de Procedimientos Penales; Sistema Penitenciario,Ley fuga; Ministerio Público; Jurado.*

Abstract: This article examines the criminal system during an era in Mexican history known as the "Porfiriato", which spans the thirty years of Porfirio Diaz's presidency and, to a certain extent, the four years of Manuel González's presidency. This article begins with Diaz's "confession" to journalist James Creelman about using a "heavy hand" to deal with criminality, as well as with dissent. Criminality included both the very numerous crimes committed in the countryside and fought by the "rurales" [rurals], and those

[1] Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

05-García Ramirez-RevFac264.indd 165 06/01/16 5:54 p.m.

committed in cities, especially in Mexico City, mostly consisting of property crime. Ley de fuga [extrajudicial execution], deportation and imprisonment under very severe conditions were part of the penal conditions during the Porfirio Diaz administration. This article analyzes specific aspects of the Criminal Code and the codes of criminal procedure. As sources of this review, the author frequently cites the President's reports to Congress and, in some instances, deputies' responses.

KEYWORDS: *"Porfiriato"; Crime statistics; Code of Criminal Procedure; Penitentiary System; Ley de fuga [*extrajudicial execution*]; Office of the Public Prosecutor; Jury.*

SUMARIO: I. Consideración previa. II. La cuestión penal y la confesión de Díaz. III. Dichos y hechos. IV. Delitos y delincuentes. V. Regulación penal sustantiva. Trabajos de revisión. VI. Regulación penal procesal. VII. El impacto de la Revolución. VIII. Ministerio Público. IX. Las penas. Muerte y sistema penitenciario. X. Colofón.

## I. CONSIDERACIÓN PREVIA

No me propongo detallar –que no podría, ni lo permitiría el espacio del que dispongo– el panorama de la cuestión penal –llamémosla así– durante el prolongado porfiriato. Sólo destacaré algunos temas que considero característicos de la marcha de esa cuestión en el período de nuestra historia cubierto por la figura y la obra de uno de sus grandes protagonistas: Porfirio Díaz, presidente y dictador a lo largo de 30 años.

El paso de Díaz en el camino de la historia lo convirtió en "monumento" con diversos perfiles: primero fue coronel republicano; después, general Díaz; luego, don Porfirio –cuando adquirió una "bruñida urbanidad" al lado de doña Carmen Romero Rubio y en el trato con la "apellidada aristocracia"–;[2] pero también fue, para críticos y malquerientes, *Perfidio.* En suma, varias figuras de un mis-

[2] VALADÉS, José C., *El Porfirismo. Historia de un régimen*, México, Coordinación de Humanidades, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, t. III, II, p. 287.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 166 06/01/16 5:35 p.m.

mo personaje, todas alojadas –una junto a otra; y finalmente todas resumidas en una sola– en el *panteón nacional*.

Mi actual comentario se encierra entre el momento en que Díaz compareció por primera vez ante el Congreso, el 1º de abril de 1877, y aquel en que lo hizo por última vez –ya en las horas de la Revolución maderista–, el 1º de abril de 1911, pero no omitiré referencias, cuando sea indispensable hacerlas, al interregno cubierto por don Manuel González, que pagó el precio de su desempeño presidencial ante quien podía cobrarlo: su compadre y compañero de armas, el general Díaz,[3] su "mejor amigo" y "pivote central de toda la difamación contra González".[4] Los partidarios de Díaz arrojaron "cuanto cieno estuvo al alcance de sus manos sobre González".[5] Sin embargo, junto al lecho en que murió Díaz, en Paris, sólo velaría Fernando González, hijo de don Manuel, acompañando a la señora Carmen Romero Rubio.[6]

En la galería de aquellos protagonistas de la historia mexicana figuran, por supuesto, otros personajes de diverso perfil y talante:

---

[3] Las alusiones a pronunciamientos de Díaz y de González se han tomado de los mensajes de uno y otro ante el Congreso de la Unión en sesiones de apertura de los períodos de sesiones –dos por año– del Poder Legislativo. He tomado estas referencias de la obra *Los presidentes de México ante la Nación*, México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, t. I. En la inteligencia de que todas esas alusiones corresponden al mismo tomo de la obra citada, las identificaré solamente con el señalamiento de la fecha del mensaje presidencial y de la página de la citada obra a la que corresponde la cita. Individualizaré las referencias que haga a mensajes del general González, mencionando el nombre de éste; las demás son de mensajes de Díaz. Asimismo, individualizaré, con mención de nombres, las alusiones que hago a respuestas de los presidentes del Congreso en la oportunidad en que se produjo la comparecencia presidencial que sirve como eje de la cita. Agradezco el apoyo de Carmen Valles Septién en la revisión de los informes presidenciales.

[4] Beals, Carleton, *Porfirio Díaz*, trad. de María Eugenia Llano, México, Ed. Domés, 1959, p. 264.

[5] Valadés, José C., *op. cit.*, t. II, "El crecimiento", I, p. 4.

[6] Fernando González fue gobernador del Estado de México. *Cfr. Ibidem*, p. 490.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 167 06/01/16 5:35 p.m.

están, en el lado oscuro de la medalla, Iturbide y Santa Anna, el dictador resplandeciente, que dijo uno de sus biógrafos;[7] en el otro lado, Benito Juárez. Añadamos –pero no quiero ir más lejos– a los próceres de la Revolución Mexicana: Madero y quienes llegaron con él. Cada uno representa una versión del mexicano y un diseño de la nación futura. Cuando Díaz asciende a este escenario –me refiero al primer año de su gobierno, 1876, que prolongaría, con un intervalo, hasta 1910– llegaba "a su fin la era del progreso político –la era de Juárez– y tocaba a la puerta la era desigual y paradójica del progreso material: la era de Díaz", puesto en palabras de Enrique Krauze.[8]

Si miramos la geografía de la historia –válgase la expresión– el general Díaz, que se convirtió en don Porfirio, se encuentra entre el restaurador de la República, a cuya etapa debemos progresos eminentes en la legislación penal –a la cabeza, el Código de 1871, primero que hubo para el Distrito Federal y la Federación–, y los autores de la Revolución, que es otra suerte de restauración republicana, promotores o testigos de una vuelta de ciento ochenta grados en la normativa nacional, y de giros no menos importantes en el régimen jurídico de los delitos, los delincuentes y las penas.

## II. La cuestión penal y la confesión de Díaz

Para describir la cuestión penal bajo el porfiriato, con sus vastas implicaciones, quizás bastaría el testimonio del propio Díaz en la famosa entrevista que concedió a James Creelman, aparecida en el *Pearson's Magazine* en marzo de 1908. Entonces Creelman lo calificó

[7] Muñoz, Rafael F., *El dictador resplandeciente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983. Hay varias ediciones de esta importante obra.

[8] Krauze, Enrique, *Porfirio Díaz. Místico de la autoridad,* México, Tezontle, 1987, p. 26.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 168 06/01/16 5:35 p.m.

como "guía y héroe del México moderno";[9] la majestad del gobernante se erigía sobre su pueblo.[10] De este documento son muy conocidos y ampliamente comentados los pasajes en que el entrevistado se refiere al avance democrático, la madurez de México y el final de su propia gestión providencial, insólitos pasajes que promovieron hervor político y cautivaron la interpretación y la imaginación.

Pero Díaz no se refirió solamente a la democracia inminente en un pueblo dispuesto a ejercerla. El encumbrado personaje aludió también al empleo que su gobierno hizo del aparato penal; el aparato, digo, que no se confina en la ley, sino se despliega en los hechos de gobierno. Leamos nuevamente la confesión de Díaz sobre este extremo de su desempeño.

"Empezamos –reveló a Creelman– castigando el robo con pena de muerte y apresurando la ejecución de los culpables en las horas

---

[9] *Entrevista Díaz-Creelman*, trad. de Mario Julio del Campo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Historia, 1963, p. 9. He aquí otras expresiones de Creelman: "admiré la figura esbelta y erguida –de Porfirio Díaz, refiere el periodista–: el rostro imperioso, fuerte, marcial, pero sensitivo. Semblanza que está más allá de lo que se puede expresar con palabras". Más todavía: "No hay figura en todo el mundo, ni más romántica ni más heroica ni que más intensamente sea vigilada por amigos y enemigos de la democracia, que este soldado, hombre de estado, cuya aventurera juventud hace palidecer las páginas de Dumas y cuya mano de hierro ha convertido las masas guerreras, ignorantes, supersticiosas y empobrecidas de México, oprimidas por siglos de crueldad y avaricia española, en una fuerte, pacífica y equilibrada nación que paga sus deudas y progresa". *Ibidem*, pp. 9-10.

[10] La notable estampa de Díaz ha sido frecuentemente descrita. José C. Valadés, excelente analista de aquella etapa de nuestra historia, se refiere al porte de Díaz en sus comparecencias ante el Congreso, de las que haré frecuentes alusiones en este trabajo. Cuando acude ante el cuerpo legislativo el 1º de diciembre de 1884, hombre ya de cincuenta y cuatro años, "su semblante denota placidez y templanza; aunque también obstinación de mando. Tiene perspicacia y sosiego en la mirada (…) Es de cuerpo vigoroso pero flexible (…) y aunque su caminar es de majestad, nada de ostentoso y sí de grave hay en el general Porfirio Díaz al ascender a la plataforma del salón de sesiones del Congreso de la Unión". Valadés, José C., *op. cit.*, t. II, I, p. 1.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 169 06/01/16 5:35 p.m.

siguientes de haber sido aprehendidos y condenados. Ordenamos que donde quiera que los cables telegráficos fueran cortados y el jefe del distrito no lograra capturar al criminal, él debería sufrir el castigo; y en el caso de que el corte ocurriera en una plantación, el propietario, por no haber tomado medidas preventivas, debería ser colgado en el poste de telégrafo más cercano. No olvide usted –señala el "guía y héroe del México moderno"– que éstas eran órdenes militares".

> Éramos duros –prosigue Díaz en esta entrevista, que tiene no poco de testamento–. Algunas veces, hasta la crueldad. Pero todo esto era necesario para la vida y el progreso de la nación. Si hubo crueldad, los resultados la han justificado con creces… Fue mejor derramar un poco de sangre, para que mucha sangre se salvara. La que se derramó era sangre mala, las que se salvó, buena.[11]

Esa fue la conclusión de un hombre que sabía distinguir la calidad de la sangre, y actuar en consecuencia.

## III. Dichos y hechos

Sería ingenuo y engañoso que nos refugiáramos en la dogmática jurídica, imperio de la abstracción, para medir la obra penal de un gobierno, y menos aún de uno que penetró profundamente en la vida de la nación y condujo sus pasos en un buen trecho del camino, entre la zanahoria y la bayoneta, maiceando o madrugando "en caliente", para invocar la consigna –mal avenida con los principios del Derecho penal civilizado– que contuvo el fatídico telegrama dirigido a Luis Mier y Terán, gobernador de Veracruz, llamado a resolver en 1879, a la manera de su tiempo y de su circunstancia, el destino de algunos sublevados.

Sea que se hubiese dicho al gobernador "mátalos en caliente", sea que se le hubiera ordenado que "infraganti fusilara a los com-

[11] *Ibidem*, p. 18.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 170 06/01/16 5:35 p.m.

prometidos", el apoyo manifiesto del aparato porfiriano a esta acción de absoluta ilegalidad "es deshonra para el general Díaz".[12] De estos hechos derivaría la facultad que durante mucho tiempo tuvo la Suprema Corte de Justicia para investigar violaciones graves de garantías individuales.[13]

Abundan, hasta el colmo, las lecciones sobre la enorme distancia que media entre los dichos y los hechos: la pura y dura realidad. Las leyes son, finalmente, una solemne acumulación de dichos, salvo prueba en contrario. Esa distancia, que puede ser abismal, se halla bien documentada, comentada y condenada. Y es tanto más inquietante o de plano abrumadora en el ámbito penal, donde se enfrentan el Leviatán hobbesiano, con su máxima pujanza, y el ligero ciudadano con etiqueta de infractor.

Emilio Rabasa, hombre de aquel tiempo, con toda la experiencia de quien fuera señor de leyes y de letras, pero también de poder y gobierno, hizo ver el abismo entre la Carta de 1857 –que se mantuvo vigente a lo largo del porfiriato, con mayores o menores reformas, que fueron relativamente pocas– y la realidad de nuestra vida política.

Con la Constitución de los demócratas de 1856-1857 no se podía gobernar; y en efecto, Díaz gobernó *praeter legem* o *contra legem*. Lo hizo según su vocación, su pretensión y su circunstancia. Díaz fue él y su circunstancia, orteguianamente.[14] Y para hacerlo tuvo a la mano todos los medios de poder que necesitaba; uno de ellos el aparato represivo, legal y metalegal. La Constitución permaneció

---

[12] Valadés, José C., "El nacimiento…", *op. cit.*, pp. 149-151.

[13] *Cfr.* González Oropeza, Manuel, "Los orígenes y el futuro de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", estudio introductorio a *Proceso instruido por la Sección del Gran Jurado con motivo de los acontecimientos ocurridos en la ciudad de Veracruz la noche del 24 al 25 de junio de 1879*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, pp. XXIV y LXVII.

[14] *Cfr.* Ortega y Gasset, José, *Meditaciones del Quijote*, 3ª. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1856, p. 18.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 171 06/01/16 5:35 p.m.

poblada de ciudadanos "imaginarios", para utilizar la feliz expresión de Escalante Gonzalbo.[15] Pasó todo y no pasó nada, salvo el progreso de la economía y el prestigio exterior de una república en orden y en paz.

Entre los devotos del régimen figuraron muchos juristas de primera línea; hubo penalistas de notoria enjundia, que trabajaron al lado de Díaz, para beneficio de ellos y de él. Mencionaré, sólo por ejemplo, a los hermanos Macedo, don Miguel y don Pablo; aquél, un "caudillo" de los penalistas de su época; éste, también comprometido en tareas de legislación penal, y además director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia cuando su nuevo edificio fue inaugurado por el dictador, el 5 de febrero de 1908.[16] Y además crítico incómodo de una democracia que concedía el sufragio a los iletrados.[17] Quien requiera una lista más completa puede mirarla en el testimonio –también una denuncia– de Luis Cabrera.[18]

La "ideología penal" de la era porfirista no se disciplina en un solo rumbo. Si bien hubo fuertes corrientes liberales, que militaban a favor de las soluciones clásicas –como las denominó Enrico Ferri–,[19] también las hubo de corte positivista, con énfasis en la etiología social o biológica del crimen. Hay estudios penetran-

[15] Que así tituló una de sus obras: *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992.

[16] *Cfr.* MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1975, pp. 178 y ss.

[17] *Cfr*. VALADÉS, José C., *op. cit.*, "El nacimiento (1876-1884)", p. 48.

[18] *Cfr.* URREA, Blas, *Obras políticas*, México, Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, pp. 59 y ss.

[19] Pondera las virtudes de la "escuela clásica del derecho criminal", cuyo germen se halla en el pensamiento de Beccaria; al cabo de los años vino el relevo, iniciado en la antropología por César Lombroso, que aplica el método positivo a la ciencia del derecho criminal. *Cfr. Sociología criminal*, trad. Antonio Soto y Hernández, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f, t. I, pp. 3 y ss.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 172 06/01/16 5:35 p.m.

tes sobre el pensamiento de aquel periodo,[20] conforme a la posición de los opinantes, no siempre uniforme; en ocasiones cambiante, según las variaciones en su condición personal o en su circunstancia profesional.[21]

Francisco Bulnes rechazó las críticas abundantes al Presidente Díaz y a su estilo personal de gobernar –dicho en palabras que usó Daniel Cosío Villegas, en nuestro tiempo y para referirse a otro Presidente–. Enumerada la retahíla de cargos, sostuvo vigorosamente: "se le acusa de lo que no pretendió ser, de lo que la nación no quiso que fuera, de lo que la opinión pública, escéptica en materia de democracia, no le había pedido (…). Se le acusa de no haber sido Presidente constitucional de una república imposible, que ni siquiera existía en la imaginación de los republicanos, porque nunca habían entendido la República, ni la libertad ni la democracia".[22]

En fin de cuentas –según Carleton Beals, que no es benévolo en su juicio sobre el porfiriato–, cuando México dobló la página del siglo "la clase media, la burocracia, el ejército, los propietarios de tierras, la Iglesia, la aristocracia, todos aquellos que no enmudecían, todos los alfabetizados, toda la gente bien, tal vez el quince por ciento de

---

[20] *Cfr.* Speckman Guerra, Elisa, *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, México, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 71 y ss.

[21] Ejemplo de ello es "la figura de Miguel Macedo. De joven fue un positivista exaltado de corte spenceriano. A través de los años conservó el espíritu positivista en el aspecto metodológico y siguió convencido de que sólo la aplicación del método científico permitiría resolver los problemas que aquejaban a la sociedad, pero en sus cátedras introdujo bases liberales, adoptando una postura ecléctica que reflejan sus trabajos teóricos más relevantes. Sin embargo, cuando le tocó actuar como legislador y presidir la Comisión revisora del Código penal, admitió que no era factible introducir las propuestas de la escuela positiva de derecho penal y elaboró un proyecto que se ciñó al esquema liberal". *Ibidem*, pp. 75-76.

[22] Bulnes, Francisco, *El verdadero Díaz y la Revolución*, México, Ed. del Valle, 1979, p. 23.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 173 06/01/16 5:35 p.m.

la nación, estaban hartamente satisfechos".[23] Sin embargo, no podríamos tomar por entero estas apreciaciones: había inquietud entre muchos integrantes de la clase media emergente, algunos militares, no pocos alfabetizados; habría que descontarlos de ese quince por ciento y sumarlos a la corriente que comenzaba a formarse, inexorablemente: una corriente que sería tumultuosa, incontenible.

Vuelvo a los penalistas. En este punto no olvidaré a Ricardo Rodríguez, comentarista de la normativa procesal penal de la etapa que ahora nos ocupa, que tuvo el buen tino de dedicar su obra más socorrida, *El procedimiento penal en México*, como "homenaje de respeto y de gratitud al eminente hombre de Estado que hoy rige los destinos de mi patria: al Sr. General Porfirio Díaz", espíritu que ha llevado "á nuestras leyes el contingente de sus luces y de su buena voluntad".[24]

En cuanto al Congreso, quienes lo presidían cuando compareció el Ejecutivo para exponer su informe de gobierno, dos veces por año, se mostraron invariablemente afectos a éste; ponderaron sus progresos y excelencias y declararon su solidaridad con las obras y los proyectos del régimen. Es buen ejemplo el discurso de Gabriel Mancera al responder a Díaz, el 16 de septiembre de 1906, con inquietante retórica:

> [...] del mensaje a que acabáis de dar lectura se desprende que el país guarda un estado no sólo satisfactorio sino hasta envidiable … Como flor bis-anual (*sic*), vuestros discursos inaugurales abren sus pétalos con perfecta regularidad en este recinto para difundir su aroma por todos los ámbitos de la República y más allá de los montes, de los ríos y de los mares que limitan nuestro suelo.

---

[23] BEALS, Carleton, *op. cit.*, p. 374.

[24] RODRÍGUEZ, Ricardo, *El procedimiento penal en México*, México, Imprenta Tip. de la Secretaría de Fomento, 1900, dedicatoria en p. s/n y p. 7.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 174 06/01/16 5:35 p.m.

Don Gabriel terminó diciendo, con euforia: "¡¡Que la Nación agradecida os de el merecido premio!!".[25]

Pero hubo otras opiniones. Entre ellas, la siempre citable de John Kenneth Turner, que dejó escalofriantes testimonios del manejo enérgico –digamos– del aparato penal porfiriano: la ley fuga, nunca promulgada, siempre vigente;[26] la diligencia de la policía secreta; la obsecuencia de los funcionarios; la represión ejercida por los rurales, báculo del porfiriato; Belém –sede de "abusos y crímenes" que sería imposible narrar "sin traspasar los límites de la decencia", como señaló un acucioso visitante–,[27] San Juan de Ulúa –donde ochocientos cautivos enfrentaban toda suerte de infortunios, entre ellos la viruela, refiere el periodista Esteban Baca Calderón,[28] que fue uno de esos ochocientos–, Valle Nacional –cuyos horrores reunió Turner bajo el rótulo de "valle de la muerte"–,[29] y Yucatán, en donde se consumaba la transportación en forma arbitraria e ilegal, como reconoció el propio Miguel Macedo.[30] Todo esto cuenta en el arsenal punitivo

---

[25] *Los presidentes de México ante la Nación*, *op. cit.*, p. 728. El doble signo de admiración se halla en la obra de la que tomo la cita.

[26] Frente a la extrema inseguridad imperante, "más severo (que el envío al castillo de Ulúa) iba a ser el procedimiento empleado para fortalecer a la autoridad en los caminos y en los poblados: la aplicación de la ley fuga. El Estado obró, a partir de entonces, sin piedad, declarando una guerra sin cuartel lo mismo al robavacas que al asaltante profesional". Valadés, José C., "El nacimiento…" , *op. cit.*, p. 129.

[27] La referencia se refiere a una etapa anterior al porfiriato. *Cfr. Informe sobre los establecimientos de beneficencia y corrección de esta capital; su estado actual; noticia de sus fondos; reformas que desde luego necesitan y plan general de su arreglo, presentado por José María Andrade, México, 1964. Escrito póstumo de don Joaquín García Icazbalceta, publicado por su hijo Luis García Pimentel*, Méjico, 1907, Moderna Librería Religiosa, p. 71.

[28] *Cfr.* la carta-relato de Baca Calderón en Urrea, *Obras…*, *op. cit.*, pp. 374-375.

[29] Turner, John Kenneth**,** *México Bárbaro*, México, Editores Mexicanos Unidos, 2002, pp. 53 y ss.

[30] *Cfr.* Macedo, Miguel y Ceniceros, José Ángel, *Derecho penal y procedimientos penales. Programa y conferencias de 1926*, México, Escuela Libre de Derecho, 1928



05-García Ramirez-RevFac264.indd 175 06/01/16 5:35 p.m.

del porfiriato, a pesar de los cuestionamientos que han alzado algunos lectores del periodista norteamericano. "Para consolidar la dictadura –concluye, en síntesis, Martín Quirarte– fue preciso doblegar resistencias, extirpar libertades y vencer todo espíritu de rebeldía. Se combatió el bandolerismo con dureza aunque no siempre con apego a la ley".[31]

Si "hay crímenes que el régimen porfirista castiga para dar blancura a la sociedad, hay otros que sirven de teatro a la venganza política", escribe Valadés.[32] Y el mismo autor pondera: "abusos hubo, es cierto, certísimo, en el exterminio de gavillas, en la persecución de abigeos, en el afianzamiento de la hacienda, en el temor a las libertades públicas".[33]

Don Luis Cabrera –instalado como Blas Urrea– hizo ver sus propias y muy duras reflexiones, sin ahorrar detalles en el comentario sobre los abogados, miembros de la comunidad "científica" –calificativo que fue sustantivo, acuñado por Pablo Macedo–,[34] que accedieron al poder y lo disfrutaron a través de jugosos contratos y amistosos tribunales.[35] "Gozan los funcionarios del Estado de todas las facilidades para llevar a cabo sus negocios".[36] "La mayor parte de los 'científicos' a la sombra protectora de la dictadura lograron crear grandes fortunas".[37]

---

(edición mimeográfica), p. 148.

[31] *Visión panorámica de la historia de México*, Cuernavaca, Secretaría de Cultura de Morelos/CONACULTA/FOEM/Nueva Visión, 2014, p. 319.

[32] VALADÉS, José C., "El crecimiento", *op. cit.*, t. III, II, p. 65.

[33] *Ibidem,* pp. 276-27.

[34] *Cfr.* KRAUZE, Enrique, *op. cit.*, p. 60.

[35] *Cfr.* URREA, *Obras políticas*, *op. cit.*, p. 63. Al igual que Urrea, Krauze da cuenta de los favorecidos por esta benevolencia del régimen, a los que comprende en una "larga lista de catrines". *Cfr*. KRAUZE, Enrique, *op. cit.*, pp. 92-93. Asimismo, véanse los señalamientos que hace Beals a lo largo de su obra. *Cfr.* BEALS, Carleton, *op. cit*., esp. pp. 352-355.

[36] VALADÉS, José C., *op. cit.*, t. III, II, p. 55.

[37] QUIRARTE, *Visión panorámica*…, *op. cit.*, pp. 322-323.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 176 06/01/16 5:35 p.m.

Turner, que hizo la extensa relación de carencias que caracterizaba al México que conoció, incluyó puntualmente la ausencia de un verdadero sistema judicial.[38] Muchos años antes, el nuevo rector de la nación, quizás deseoso de sanear la justicia, había inaugurado su gobierno con un cambio casi completo del personal de los juzgados del Distrito Federal.[39] Pero la golondrina, si lo fue, no hizo verano.

Acerca de la opinión que se tuvo, en gran balance –cuyo punto final puso la Revolución–, sobre el manejo de la dictadura en los asuntos de la justicia, sin distinguir entre la especialidad penal y otras, pero con inexorable acento en aquélla, baste recordar el juicio crítico de Luis Cabrera cuando analizó el relevo de gabinete de Díaz, en una acción desesperada para frenar la ola que ya lo ahogaba: "La administración de justicia es tal vez en México el ramo más desastrosamente atendido y constituye el problema más delicado de cuantos se presentan en la actualidad".[40] Había cambiado, pues, la conducta de los juzgadores; antes, los magistrados habían sido "fiera, altanera, soberbia, insensata, irracionalmente independientes", comentó Daniel Cosío Villegas.[41] Pero no bajo la égida de don Porfirio.

La imagen de la justicia –trazada por sus acciones– había llegado a un punto tal que el Constituyente de 1916-1917, cuyos integrantes algo sabían de la policía, los tribunales y las prisiones porfirianos, suprimió expresamente las secretarías de Instrucción Pública y Bellas Artes y de Justicia,[42] supresión que no había solicitado el proyecto de Carranza. La de Justicia tuvo mucho que ver con las reformas a leyes penales, que se prepararon o canalizaron a través de

---

[38] Turner, John Kenneth, *México Bárbaro*, *op. cit.*, p. 7.

[39] *Los Presidentes…*, *op. cit.*, 1 de abril de 1877, p. 10.

[40] Urrea, *Obras políticas*, *op. cit.*, p. 165.

[41] Krauze, *Porfirio Díaz…*, *op. cit.*, p. 45.

[42] El 16 de septiembre de 1901, Díaz informó al Congreso sobre la creación de una Subsecretaría de Justicia dentro de la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública. *Cfr. Los Presidentes…*, *op. cit.*, p. 584.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 177 06/01/16 5:35 p.m.

esa dependencia. José Vasconcelos, ministro lúcido, logró el restablecimiento de la secretaría de Educación[43] –con otros horizontes–; pero la de Justicia no ha podido renacer.

## IV. Delitos y delincuentes

En el discurso porfiriano, reiterado en sendos informes de gobierno rendidos ante un Congreso benévolo, ocuparon un lugar las consideraciones acerca de la seguridad pública en progreso, la criminalidad en retirada, los factores del delito (entre ellos, los de carácter moral, mucho más que los de origen social o económico, aunque no dejó de cargarse el acento sobre el alcoholismo como factor de criminalidad),[44] el esmero legislativo penal del régimen, creador de ilustradas comisiones y emisor de normas prudentes y los proyectos humanizadores de las penas.

A menudo expresó el gobierno una saludable preocupación por disponer de una estadística que pusiera de manifiesto la tendencia y el ritmo de la criminalidad, para "conocer el grado de moralidad del pueblo mexicano, así como para indicar las causas que puedan influir en la criminalidad del pais",[45] al igual que la eficacia de los tribunales y la diligencia de la policía, rural y urbana. Díaz saludó esa estadística, laboriosamente levantada, que "viene a desvanecer la preocupación general de que ha aumentado la criminalidad, puesto que de los datos oficiales reunidos aparece que en realidad no son los delincuentes los que han aumentado, sino el servicio de la policía judicial, que en su constante mejoramiento ha multiplicado las ma-

---

[43] Por reforma publicada el 8 de julio de 1921.

[44] *Cfr.* González Navarro, Moisés, "La vida social", en Cosío Villegas, Daniel, *Historia Moderna de México, El porfiriato,* 2ª. ed., México-Buenos Aires, Ed. Hermes, 1970, pp. 415 y ss.

[45] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1990, p. 309. Se trataba de la estadística del ramo criminal de 1871-1885.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 178 06/01/16 5:35 p.m.

nifestaciones de represión y de castigo".[46] La estadística, afirmó el Ejecutivo, permite "hacer fructuosas generalizaciones y eficaces reformas legislativas" y "desarraigar a tiempo dañosas corruptelas".[47]

Al final del siglo XIX y en el inicio del siglo XX, el gobernante se valía de la estadística para suscribir expresamente "el aforismo de que a mayor delincuencia leve, menor delincuencia grave",[48] y elucubrar sobre las características de los crímenes del fuero común y de los delitos del orden federal, pero también en torno a la acción de la policía: "la ejemplaridad es más eficaz en el fuero federal porque no se trata en él de delitos pasionales y en el fuero común el aumento (de delitos) se debe a la mayor eficacia judicial y policial".[49]

Con todo, la estadística no siempre ha sido interpretada en términos favorables para el régimen porfirista.[50] En su momento, se creyó que en México se registraban "los más elevados coeficientes criminales", creencia sin sustento suficiente; pero más allá de las confusiones parecía cierto que "México ocupaba el primer lugar entre los sentenciados por delitos de lesión, el tercero en homicidios, el cuarto en delitos contra la propiedad y el sexto en la delin-

---

[46] *Ibidem,* 16 de septiembre de 1898, p. 504.

[47] *Ibidem,* 1º de abril de 1902, p. 596. Sobre estadística, *cfr.*, además, *ibidem,* 16 de septiembre de 1905, p. 691; 1º de abril de 1906, p. 705; 1º de abril de 1907, p. 734; 1º de abril de 1908, p. 765; 1º de abril de 1909, p. 798; 1º de abril de 1910, p. 824.

[48] *Ibidem,* 1º de abril de 1900, p. 545.

[49] En 1907 los sentenciados del fuero común fueron 15,192, y en 1908, 16,010; los sentenciados en el orden federal fueron 564 en 1907 y 480 en 1908. *Cfr. Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1909, p. 826.

[50] Las estadísticas de la criminalidad demostraban –señaló Carleton Beals– la pertinencia del comentario que hizo el propio dictador al responder a una pregunta sobre su fórmula de gobierno: "Hago el cálculo que estoy gobernando un gran manicomio". Agrega el biógrafo: "Las estadísticas de criminalidad así lo demostraban. En 1896 ocurrieron 11 692 asaltos con armas mortales, más heridos que entre los doscientos mil soldados ingleses en el Transval en cinco meses de campaña". Beals, Carleton, *op. cit.*, pp. 273-274.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 179 06/01/16 5:35 p.m.

cuencia en general".[51] Y no obstante la severidad de las medidas adoptadas, "el bandidaje no disminuyó conforme a las esperanzas del gobierno. Otras eran las causas que lo engendraban, y no la falta de autoridad".[52] En 1914 –pero refiriéndose a años cubiertos por el porfiriato– Miguel Macedo sostuvo que "la criminalidad ha venido desde muchos años creciendo con proporciones alarmantes que no guardan relación con el incremento de ninguno de los otros factores sociales, ora se atienda a la población, ora a la riqueza o a cualquier otro".[53]

Las alusiones presidenciales, a veces clamorosas –primero de Díaz, luego de González y después, por mucho tiempo, del mismo Díaz–, a desarreglos internos, delitos, asedios en la ciudad y el campo, se cifraron en problemas de varia naturaleza, cada uno de los cuales obedece a motivos específicos –que pueden comunicarse en el subterráneo de la etiología– y que finalmente determinan expedientes persecutorios, represivos. Éstos van desde la ejecución sumaria de bandoleros, el enjuiciamiento formal de "ladrones rateros" –expresión reiterada– hasta el etnocidio de los antiguos mexicanos: el castigo inagotable a los indios yaquis –treinta años de guerra implacable, que colmó los bolsillos de altos funcionarios–[54] y a los indios mayas. Los yaquis prefirieron ser suicidas antes que transportados. Y los mayas, finalmente, "sin iniciativa ya para combatir, en grupos errantes, se limita(ron) a huir y guarecerse en los bosques".[55]

En la transitada galería de estos acontecimientos se hallan las incursiones de indios y grupos diversos, de distinta naturaleza, pero

---

[51] González Navarro, "La vida…", en Cosío Villegas, *Historia Moderna*…, *op. cit.*, p. 427.

[52] Valadés, "El nacimiento…", *op. cit.*, p. 134.

[53] *Trabajos de revisión del Código Penal. Proyecto de reformas y exposición de motivos*, México, Tip. de la Oficina Impresora de Estampillas, Palacio Nacional, 1914, t. IV, p. 847.

[54] *Cfr.* Urrea, *Obras políticas*, *op. cit.*, pp. 371-372.

[55] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1902, p. 618.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 180 06/01/16 5:35 p.m.

todos aviesos y belicosos, en la región fronteriza del norte, en la que se internaban o circulaban bárbaros, salvajes, merodeadores, gavillas, forajidos, bandidos, bandoleros, ladrones y abigeos, se dice.[56] Hubo frecuentes constancias presidenciales sobre la existencia y las depredaciones de estos personajes. Según la forma y el lugar de las incursiones, pudieron operar, a veces, tanto tropas norteamericanas como mexicanas.

También podríamos invocar la expresión de Moisés González Navarro acerca de la aparente división de la sociedad mexicana en función de la presencia de cada sector en el mundo del crimen: "La sociedad porfírica estaba formada por una aristocracia honrada en apariencia y un pueblo delincuente. Con los dedos de una mano podían contarse las conductas ilegales de los ricos; en cambio, en el pueblo bajo se notaba una marcada proclividad al crimen".[57] En este punto viene a la escena la expresión de Lucien Biart: la República mexicana "se compone de sacerdotes, militares, abogados, bandidos y de la nación propiamente dicha".[58] De nuevo en palabras de González Navarro, traigamos aquí la impresión que prevalecía en aquel tiempo sobre las causas de la delincuencia: una, muy importante, el consumo de alcohol, "pero la raíz última de la delincuencia era el carácter de los mexicanos, predispuestos a la comisión de delitos de sangre".[59]

El gobernante –tanto Díaz como González– no cesaba, sin embargo, de ponderar la firmeza de la seguridad pública, la eficiencia de la policía, el desempeño de la justicia: cada quien en su sitio,

---

[56] *Ibidem*, 1º. de abril de 1877, p. 36; 1º de abril de 1879, pp. 47-48; 16 de septiembre de 1881, p. 89; 1º de abril de 1888, p. 243, 16 de septiembre de 1892, p. 348; 1º. de abril de 1894, pp. 392 y 398; 16 de septiembre de 1896, p. 451; 1º de abril de 1897, p. 474; 16 de septiembre de 1898, p. 504.

[57] *Ibidem*, pp. 415-416.

[58] Citado por González y González, Luis *et al.*, "La vida social", en Cosío Villegas, Daniel, *Historia moderna…, op. cit.*, p. 351.

[59] *Ibidem*, p. 420.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 181 06/01/16 5:35 p.m.

merced a las medidas de legislación, justicia y gobierno.[60] Hagamos notar que el régimen se ocupó de ofrecer y demandar justicia más allá de nuestras fronteras, hacia el norte y hacia el sur; en varias ocasiones se ocupó el Presidente de la expulsión de extranjeros perniciosos y del régimen de extradición –inclusive en relación con nacionales–: tratados y ley.[61]

En la misma relación de temas violentos figuran, por supuesto, los alzamientos contra el régimen, vientos de los que Díaz da cuenta en sus últimos mensajes al Congreso, en septiembre de 1910 y abril de 1911; en este texto terminal, que parece muy distante de la inminente derrota, emergen las siluetas –pero no los nombres– de quienes ya habían tomado el camino de la historia: la familia Serdán, Flores Magón y sus acompañantes, Madero y los suyos. Parecía no percatarse, como no se percató Luis XVI, de que el gobierno no se hallaba en medio de un motín, sino en la víspera de una revolución.

---

[60] *Cfr. Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1978, p. 38; 16 de septiembre de 1882, p. 111; 1º de abril de 1883, p. 121; 16 de septiembre de 1883 (hubo trastornos en San Luis Potosí y Puebla, "con pretensiones de un carácter comunista"), p. 128; 1º de abril de 1884, p. 139; 16 de septiembre de 1886, pp. 196 y 202; 1º de abril de 1893, p. 631; 16 de septiembre de 1895, p. 428; 1º de abril de 1896, p. 440; 16 de septiembre de 1897, p. 481; 1º de abril de 1903 (se pondera el éxito de las medidas para combatir la embriaguez y los delitos de sangre que ella ocasiona), p. 622, 16 de septiembre de 1903 (la seguridad pública "se afianza cada día más en todo el territorio"), p. 636; 16 de septiembre de 1903, p. 639; 1º de abril de 1904 (en el Distrito Federal "la seguridad y confianza públicas se consolidan más cada día"), p. 653; 1º de abril de 195 ("la seguridad pública se ha conservado en todo el país, con excepción del Estado de Sonora", debido a los asaltos y asesinatos en caminos públicos cometidos por los yaquis), p. 676; 16 de septiembre de 1905, p. 690; 1º de abril de 1906, p. 705; 16 de septiembre de 1906, p. 720,

[61] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1879, p. 52; 1º de abril de 1881, p. 82, 1º de abril de 1883, p. 121; 1º de abril de 1885, p. 161; 16 de septiembre de 1887, p. 223; 16 de septiembre de 1887, p. 223; 1º de abril de 1895, p. 413; 1º de abril de 1899, p. 516; 16 de septiembre de 1899, p. 528; 16 de septiembre de 1901, p. 582; 1º de abril de 1908, p. 762.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 182 06/01/16 5:35 p.m.

Con un pie en el Ipiranga, con destino a los Campos Elíseos, el anciano dictador pudo informar al Congreso de la Unión –acaso sin inmutarse– de sucesos interesantes: hubo alteraciones de la Paz en Valladolid, Yucatán: la rebelión fue sofocada y tres cabecillas fueron sentenciados a muerte y ejecutados;[62] se sofocó una revuelta en Puebla, pero el alzamiento se ha extendido a Chihuahua, Sonora y Durango; "algunas gavillas sin color político", animadas "por el espíritu de bandidaje" habían surgido en diversos lugares. En Baja California se registraron acciones causadas por bandas comunistas en las que figuran núcleos filibusteros americanos con el fantástico proyecto de "formar una República socialista".[63] Por ello el Ejecutivo inició la suspensión de garantías, aprobada por la Comisión Permanente del Congreso el 16 de marzo de 1911.[64]

Pocos meses después, ya en Veracruz, Díaz se dolió: "Han soltado las bestias salvajes (…) Veamos ahora quién las puede domesticar (…) No será sino hasta que alguien use mis métodos".[65] Soltar a esas bestias quedaría en la cuenta de Madero. Y reaparecería el bandolerismo. Tocó a Carranza reconocerlo ante el Congreso: la victoria de la causa popular fue seguida por "hechos significativos conforme a nuestras leyes históricas", entre ellos la "aparición del bandolerismo".[66]

## v. Regulación penal sustantiva. Trabajos de revisión

La legislación penal-constitucional y la penal ordinaria que heredó el general Díaz cuando subió al trono, seguía siendo en amplia medida –aunque en forma decreciente– un conjunto de normas dispersas, insuficientes, a menudo incoherentes, heredadas todavía

[62] *Cfr. Ibidem,* 16 de septiembre de 1910, p. 847.

[63] *Cfr. Ibidem*, 1º de abril de 1911, p. 853.

[64] *Cfr. Ibidem,* p. 855.

[65] Beals, *Porfirio Díaz*, *op. cit.*, p. 488.

[66] *Cfr. Los Presidentes*…, *op. cit.*, 1º de septiembre de 1917, t. III, p. 211.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 183 06/01/16 5:35 p.m.

de la etapa colonial. Hay buenas descripciones de este rezago legislativo que dominó en la primera parte del siglo XIX[67] en un país atareado en construir instituciones políticas para encauzar la flamante soberanía, más que en revisar estructuras judiciales del orden común. Ya Gómez Farías, en el primer tercio del siglo, se había dolido del estado lamentable de la administración de justicia y de la "suma necesidad de (llevar a cabo) la reforma de este ramo, no por leyes aisladas, sino por códigos completos".[68] Obviamente, abundaron las exigencias de actualización y, sobre todo, mexicanización del orden jurídico[69] en la que ya no era –pero parecía– Nueva España.

Fueron escasas, como dije, las reformas de materia penal a la Constitución de 1857 en el período presidencial de Díaz: poco más de media docena.[70] Asombrémonos de esta moderación, en contraste con el torrente de reformas de la misma materia –y de otras, obviamente– que nos ha caído encima en los primeros años del siglo XXI. Y en cuanto a las novedades de la justicia ordinaria –entre

[67] Así, Rafael Roa Bárcena señaló en 1860 que se hallaban vigentes en gran parte de México los siguientes ordenamientos: Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes de Estilo, Siete Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento Real, Leyes de Toro, Nueva Recopilación, Novísima Recopilación, Recopilación de Indias, Ordenanzas de Intendentes, Autos Acordados y Providencias de Nueva España, Ordenanzas de Minería y Decretos de las Cortes de España. *Cfr. Manual Razonado de Práctica Criminal y Médico-legal Forense Mexicana*, México, Imp. de Andrade y Escalante, 1860, pp. 5-8.

[68] Citado por MACEDO, Miguel, *Apuntes para la historia del Derecho penal mexicano*, México, Ed. Cultura, 1931, p. 271.

[69] *Cfr. Novísimo Sala Mexicano o ilustración al Derecho Real de España, con las notas del señor licenciado D. J. M. de Lacunza, corregida y aumentada por los señores del Manuel Dublán y don Luis Méndez*, México, Imprenta del Comercio de N. Chávez, a cargo de J. Moreno, 1870, t. II, p. 6.

[70] Sobre delitos comunes de funcionarios públicos (1874, artículo 104); delitos oficiales de funcionarios públicos (1874, artículo 105); amnistías (1882, artículo72, fracción XXV); libertad de expresión y delitos de imprenta (1883, artículo 7); pena de muerte (1901, artículo 23); libertad de tránsito y restricciones correspondientes (1908, artículo 14).



05-García Ramirez-RevFac264.indd 184 06/01/16 5:35 p.m.

ellas los ordenamientos fundamentales de una sociedad: civil, penal y procesal– en las primeras seis décadas del siglo XIX apenas aparecieron algunas disposiciones, casi de emergencia, al lado de otras que anunciaban el porvenir.

Al cabo de los años sesenta del siglo XIX comenzó la indispensable codificación. Es preciso reconocer el mérito precursor del ilustrado jurista veracruzano Fernando J. Corona, autor principal de los primeros códigos que hubo en la República, en 1869, sin olvido de anticipaciones de mayor o menor calado, que ha reseñado con detalle nuestro recordado maestro Celestino Porte Petit.[71]

Mucho antes del advenimiento de Díaz se colmó el vacío en materia penal sustantiva para la Federación y el Distrito Federal, merced al Código Penal formado por la comisión que presidió Antonio Martínez de Castro, ministro de justicia del Presidente Juárez. Se trató de un ordenamiento de corte clásico, fiel a las ideas penales de su tiempo, que no se atrevió –adelante volveré sobre este punto– a abolir la pena de muerte; lo impidió –pese al parecer abolicionista de la mayoría de los integrantes de la comisión redactora del código– el parecer retencionista del propio Martínez de Castro y la decisiva opinión de Juárez.

Cuando se formó este código –cuya vigencia cruzó, con reformas secundarias– toda la etapa presidencial de Díaz, la comisión urgió a que se expidiera, para poner el cimiento entero del sistema penal, un código de procedimientos y otro de ejecución de la pena privativa de libertad. Correspondería al gobierno de Díaz, muchos años más tarde, colmar el déficit procesal e intentar, con ordenamientos secundarios, otro tanto en materia de ejecución.

La legislación penal, que recogió principios avanzados, tuvo el efecto –y se propuso tenerlo– de disminuir el arbitrio judicial

---

[71] En su obra *Evolución legislativa penal en México*, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1965. Sobre la obra legislativa de Corona, *cfr. Ibidem*, pp. 19-21; y Domínguez Loyo, Miguel, *Fernando de J. Corona, distinguido jurisconsulto y liberal veracruzano autor de los "Códigos Corona"*, Veracruz, Gobierno del Estado, 1970, pp. 205 y ss.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 185 06/01/16 5:35 p.m.

en aras de la igualdad ante la ley, colmada de previsiones para cuantificar las penas; esta garantía incuestionable pudo desvanecer, sin embargo, la equidad de las decisiones. De ahí que se diga: "los jueces se vieron reducidos a la figura de simples administradores de sanciones previamente contempladas".[72]

El celebrado Código de Martínez de Castro, de corte clásico[73] sobre el que se proyectaba el pensamiento político liberal[74] y que había relevado a la arbitrariedad –observó Lozano–,[75] se mantuvo en pie contra viento y marea, que no fueron intensos. En la tribuna del Congreso, el propio Presidente ponderó las excelencias del ordenamiento, al que calificó como "monumento de la legislación patria".[76]

En tal virtud, no parecía necesario relevarlo, sino perfeccionarlo, enriquecerlo, retocarlo. De ahí que el régimen fuese cauteloso ante la propuesta de revisar el sistema de prisión instituido en 1871: por respeto al "monumento" y atendiendo a la circunstancia de que las reformas no se hallaban "bien justificadas por la experiencia". Inmediatamente respondió el Presidente del Congreso: la discreción

---

[72] SPECKMAN, *Crimen y castigo*…, *op. cit.*, p. 49.

[73] *Cfr.* CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Ed. Porrúa, 1976, p. 124. Asimismo, *cfr.* en cuanto a los elementos adoptados para la elaboración de los ordenamientos de la época, bajo el pensamiento clásico, SODI, Demetrio –quien se remite a Luis Silvela–, *Nuestra ley penal. Estudios prácticos y comentarios sobre el Código del Distrito Federal de 1º de abril de 1872*, México, A, Carranza y Comp., Impresores, 1905, t. I, pp. 21-22.

[74] SPECKMAN, *Crimen y castigo*…, *op. cit.*, p. 14.

[75] Este código –escribió José María Lozano, comentarista del nuevo ordenamiento– "ha venido á sustituir ventajosamente á la arbitrariedad, porque era hace poco el arbitrio de los jueces casi la única forma á que se sujetaba la aplicación de las penas, sistema esencialmente vicioso, y que demandaba con exigencia la reforma de una legislación caída en desuso y reprobada por el sentimiento público, por las costumbres, por las ideas dominantes de la época y por el espíritu de las instituciones de la República". *Derecho penal comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, Imprenta del Comercio, de Nabor Chávez, 1984, p. 8.

[76] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1896, p. 454.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 186 06/01/16 5:35 p.m.

del Ejecutivo en la revisión del Código Penal "merecerá de cierto, el aplauso de cuantos piensen que es por todos conceptos peligroso, retocar incesantemente la legislación, persiguiendo novedades no experimentadas o ajenas ensayadas",[77] buen consejo, por cierto, para legisladores de todos los tiempos.

Para la revisión posible y necesaria servirían los trabajos que comenzaron en 1903, se prolongaron hasta 1912 –ya muy tarde para el régimen de Díaz–, motivaron informes optimistas tanto de aquél[78] como del nuevo Presidente León de la Barra,[79] que anunció la conclusión del proyecto en 1911, y finalmente quedaron recogidos –y sepultados– en sendos volúmenes editados por la Secretaría de Justicia. La comisión a cargo de esta revisión estuvo presidida por Miguel Macedo, a quien acompañaron varios colegas "científicos" o cercanos al grupo poderoso: inicialmente, Manuel Olivera Toro, Victoriano Pimentel, Jesús M. Aguilar y Joaquín Clausel.[80]

Revisten gran importancia los textos reunidos en la obra que concentra esos trabajos de revisión. Dado que se trata del mayor

[77] *Ibidem,* p. 463.

[78] *Cfr. Los Presidentes*…, *op. cit*., 16 de septiembre de 1910, p. 840.

[79] Cfr. *Ibidem,* 16 de septiembre de 1911, p. 867.

[80] En septiembre de 1903, la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública, a cargo de Justino Fernández, designó a Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel para revisar el código penal. Durante un tiempo, Joaquín Clausel fue adjunto; luego, Jesús M. Aguilar. En julio de 1905 se reanudaron las sesiones con Jesús M. Aguilar, Macedo, Olivera Toro, Pimentel y Aguilar. En algunas sesiones participó el subsecretario Novoa. En 1908 se incorporó como secretario, temporalmente, Gilberto Trujillo. El 15 de febrero de 1909 llegaron Julio García y Juan Pérez de León, y el 19 de julio, Manuel A. Mercado. Algunas veces asistieron los exsecretarios Sodi y Calero. En 1911 salieron Pérez de León y Aguilar. El 13 octubre de 1911 comenzaron a concurrir como miembros de la comisión: Manuel Castelazo Fuentes, procurador de la República, y Carlos Trejo y Lerdo de Tejada, procurador del DF. El 30 de octubre se agregó Emilio Monroy. Concluyó la elaboración el 11 de junio de 1912. *Cfr. Trabajos de revisión…, op. cit.,* t. I, pp. XXXIV-XXXVII. Asimismo, *cfr.* Porte Petit, *Evolución legislativa penal*, Ed. Jurídica Mexicana, 1965, pp. 28-29, y *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal*, México, Ed. Porrúa, 3ª. ed., 197, pp. 51-52.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 187 06/01/16 5:35 p.m.

esfuerzo de cambio penal sustantivo realizado en el porfiriato, conviene mencionar algunos datos relevantes de esta obra, además de los que fueron apuntados en los párrafos precedentes. La memoria de las tareas de la Comisión consta de cinco partes, que incluyen, sucesivamente, opiniones de diversos integrantes del foro mexicano acerca de las reformas que conviene introducir en el código de 1871;[81] estudios y anteproyectos de los miembros de la comisión redactora, que distribuyeron entre sí el examen de diversas porciones del código;[82] actas de las sesiones celebradas por ésta;[83] proyecto de reformas y exposición de motivos.[84]

Los comisionados consultaron a la Secretaría de Justicia, a cargo de don Justino Fernández, sobre el alcance que debían dar al proyecto: "revisión general" del Código vigente, "labor prolija que exigiría largo tiempo" o "reforma a los puntos de mayor interés, lo que sería más breve y acaso menos difícil".[85] Corría el año 1903, lejos todavía de la conclusión violenta del porfiriato.

La comisión acordó "respetar el sistema fundamental del Código y no introducir cambios que rompieran su unidad, sino solamente aceptar las reformas reclamadas, o al menos aconsejadas, por la experiencia o por los progresos ya ensayados con éxito en otros países,

[81] La primera parte del t. I ofrece cuarenta y cinco opiniones de magistrados, jueces, representantes del Ministerio Público y defensores de oficio. *Trabajos de revisión*…, *op. cit.*, t. I, pp. 1-260.

[82] Así, en la segunda parte del t. I de la obra que utilizamos como fuente aparecen estudios y anteproyectos (sobre los Libros I y II del Código) que a este respecto formularon Macedo, Olivera Toro, Pimentel y Aguilar. En el t. II figuran más estudios y anteproyectos (acerca de los Libros III y IV) de los mismos comisionados, y también de García y Pérez de León.

[83] En el t. III se recogen 156 actas de sesiones celebradas entre el 10 de mayo de 1909 y el 22 de junio de 1912 (t. III, pp. 3 y ss.), y once informes rendidos por la Comisión a la Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia. *Ibidem*, pp. 395 y ss.

[84] Este material aparece en el t. IV, el más voluminoso. El proyecto de reformas figura en las pp. 3-241, y la exposición de motivos, en las pp. 243-849. Al respecto, véase también t. I, pp. XXVII-XXVIII.

[85] *Trabajos de revisión*…, *op. cit.*, t. I, p. III.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 188 06/01/16 5:35 p.m.

y los que fueren convenientes para perfeccionar las disposiciones ya en vigor, armonizándolas entre sí o aclarándolas".[86]

En suma, se procuró respetar los términos básicos del Código de 1871 y limitarse a novedades sugeridas por la aplicación de este ordenamiento en el curso de treinta años. No era pertinente llevar adelante modificaciones sustanciales. Lo era, en cambio, recoger disposiciones consecuentes con las circunstancias y no perder de vista el mal estado de las prisiones y la policía, y la condición sombría de la seguridad y la criminalidad, más las deficiencias institucionales.

Miguel Macedo formuló una breve y severa crítica del ordenamiento de 1871 y coincidió en la "conveniencia de emprender una revisión de nuestro Código Penal, porque la práctica ha revelado que en algunas de sus partes es obscuro, inconsecuente (incoherente), contradictorio y deficiente, aun examinado desde el punto de vista en que se colocaron sus mismos autores, y también porque el profundo cambio social que ha sufrido el país en los últimos treinta años exige naturalmente cambios correlativos en su legislación y en sus instituciones".[87]

El mismo Macedo hizo notar la trascendencia de los progresos acumulados en el último cuarto de siglo en criminología y en ciencias penales, que "ha sido colosal". Sin embargo, no consideró que a la sazón se contase ya con un sistema sólidamente fundado en la ciencia para instalar sobre él un nuevo código penal. "En consecuencia –agregó– aunque no acepto la escuela clásica y la teoría de la justicia y la utilidad combinadas, que teóricamente informa nuestro Código, no propongo ninguna otra para substituirla, limitándome a iniciar (*sic*) que la reforma se haga empleando el mismo criterio –aunque vago y empírico– seguido en su formación, pero quitándole sí, hasta donde sea posible su vaguedad y empirismo".[88]

---

[86] *Idem.*

[87] *Ibidem*, p. 266.

[88] *Idem*.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 189 06/01/16 5:35 p.m.

Los juristas de la época encomiaron la tarea de la comisión: "obra maestra –dijeron– que honra a sus autores y al foro mexicano".[89]

Es interesante recordar que la comisión elaboró un proyecto para establecer, fuera del Código Penal, la pena de transportación. Para ello tomó en cuenta diversas experiencias foráneas y envió la propuesta a la Secretaría de Gobernación. De ahí pasó a la de Justicia, y de ésta al Congreso. Los legisladores introdujeron cambios de mayor cuantía: modificaron el nombre de la medida, que pasó a denominarse "relegación", y consideraron necesario aplicarla a un amplio conjunto de infractores, principalmente a responsables de delitos patrimoniales. Estos giros fueron rechazados por la comisión presidida por Macedo, que prefería destinar la transportación a los reincidentes. El tema mereció un examen minucioso tanto por parte de la comisión, que consta en la exposición de motivos de los trabajos de reforma, como del Congreso, cuyo dictamen también figura entre los documentos acogidos en la exposición de motivos de los trabajos de revisión.[90]

Al término de la lucha armada –me refiero a la primera etapa, que arrojó del trono a Díaz–, Luis Cabrera consideraba que las leyes penales de la República "requieren una completa revisión, aunque no de urgencia", si se tomaba en cuenta que ya brindaban una teórica protección a la libertad; el problema radicaba, pues, en su ineficacia práctica.[91]

## VI. Regulación penal procesal

Pasemos del Derecho sustantivo al adjetivo, no menos importante que aquél, y acaso más para los ciudadanos comunes, que después

---

[89] Machorro Narváez, Paulino, "Estudio general sobre el Código Penal", en *Memoria del Primer Congreso Jurídico Nacional*, México, Imp. M. León Sánchez, 1922, p. 176.

[90] *Cfr. Trabajos de revisión*…, *op. cit.*, t. IV, pp. 372 y ss.

[91] Urrea, *Obras políticas*, *op. cit.*, p. 185.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 190 06/01/16 5:35 p.m.

de no haber leído ni obedecido el código penal, quedan a merced de la ley del procedimiento, la conozcan o no. A partir de 1824 aparecieron algunas disposiciones de enjuiciamiento. Vale citar, andando el tiempo, la transitoria Ley de Ezequiel Montes, también ministro de justicia del Presidente Juárez, para enjuiciar a homicidas, heridores y vagos. En esta ley preporfiriana, de 1857, campeó el juicio sumario de infractores que asolaban los caminos y las poblaciones. Persistía el aura fulminante de La Acordada.

Otro ordenamiento notable en este ámbito, preporfiriano, fue la Ley de Jurados de 1869 –primera de su materia en México–, debida a Ignacio Mariscal, que también se ocupó del Ministerio Público y que fue, con la Ley Montes y la transitoria del Código de 1871, "la base fundamental del procedimiento penal" hasta en tanto se expidió el código de 1880.[92] Con aquélla se trajo a nuestro país, que tiene sus sabidas complicaciones pero suele importar modelos de catálogo, una institución que había prosperado en Inglaterra, se había abierto paso en la Europa continental y caracterizaba el sistema de justicia de los Estados Unidos: el jurado, expresión del espíritu republicano y escuela de libertad, como había escrito Alexis de Tocqueville;[93] diremos: expresión del espíritu democrático, en cuanto implica el juicio de los pares.

Trasplantado a México con buena voluntad, el jurado popular tropezó de continuo con obstáculos y problemas, que jamás logró superar en definitiva, ni a través de numerosas reformas[94] ni merced a constantes recomendaciones saneadoras.[95] Fue conveniente, inclusive, sustituir al jurado por jueces letrados en el territorio de Baja California, en virtud de que "no ha correspondido allí a la necesidad

---

[92] Piña y Palacios, Javier, "Origen del Ministerio Público en México", en *Revista Mexicana de Justicia,* no. 1, vol. II, enero-marzo de 1984, p. 41.

[93] *Cfr. La democracia en América*, 2ª ed., trad. Luis R. Cuéllar, FCE, México, 1963, pp. 694-695 y 673 y ss.

[94] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 1º. de abril de 1880, p. 63.

[95] *Ibidem,* 16 de septiembre de 1880, p. 72.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 191 06/01/16 5:35 p.m.

de reprimir y castigar los delitos con todo el rigor de la ley".[96] Hubo reformas a la justicia penal sobre presidentes de debate, de modo que las "resoluciones del jurado se dicten sin ideas preconcebidas y con todas las garantías que el juicio popular demanda".[97]

El comentario de los tratadistas, muchos de ellos con experiencia práctica en asuntos de la justicia, fue generalmente crítico. El jurado es:

> [...] elemento heterogéneo –señaló Demetrio Sodi–, agrupación de personas no acostumbradas a juzgar, que fácilmente se impresionan, que absuelven o condenan por simpatía ó mala voluntad que les inspiran las partes ó el procesado, que en muchas ocasiones someten al azar sus fallos… ¡Cuántas injusticias irreparables, cuántos errores, cuántas contradicciones ofrecen las resoluciones del jurado popular![98]

Hubo una segunda ley de jurado, del 24 de junio de 1981, que desembocaría en el Código de 1894, "que, pese a todo, conservaría el fracasado tribunal popular".[99]

En su hora, abundaron las referencias del gobierno, en labios del propio Presidente Díaz, a las escandalosas decisiones del jurado[100], "cuyos actos llegaron a ocasionar duros reproches y alarma en el público", con la consecuente ira social y a la necesidad de responder a ésta con reformas que contribuyesen a "cimentar en México esa benéfica y democrática institución",[101] y con otras medidas eficaces. Una de éstas fue, explícitamente,

---

[96] *Ibidem,* 1º de abril de 1890, p. 293.

[97] *Ibidem,* 1º de septiembre de 1903, p. 638.

[98] *Nuestra ley*…, *op. cit.*, t. I, p. 328.

[99] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, 1966, p. 166.

[100] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 1º de abril de 1880, p. 62; y 16 de septiembre de 1880, p. 72.

[101] *Ibidem,* 16 de septiembre de 1891, p. 327.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 192 06/01/16 5:35 p.m.

la suspensión de garantías[102] recogida en sucesivos decretos; el último, cuando alumbraba la revolución.[103] Fue el precio pagado por la ilusión de que este género de medidas podría contener el malestar que no detuvo la justicia: ni la individual ni la social.

Pero no sólo se utilizó la suspensión para contrarrestar la benevolencia del jurado: también fue instrumento de gobierno para enfrentar la delincuencia en general y otros hervores de la sociedad. Alguna vez aclaró don Porfirio que la suspensión se había aplicado con benevolencia y sin imponer la pena de muerte.[104]

Como señalé, la obra codificadora de 1871 suponía contar con un ordenamiento procesal, en armonía con la normativa material de Martínez de Castro. Para ello, en 1871 se designó una comisión integrada por juristas notables: Manuel Dublán, Manuel Ortiz de Montellano, Luis Méndez, José Linares, Manuel Siliceo y Pablo Macedo. Llevó a término su encomienda en 1872, justificándola con una orientadora exposición de motivos. Empero, las circunstancias de ese momento –y especialmente la muerte del presidente Juárez– impidieron la consideración final del proyecto, que hubiera sido el primer Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En los informes de gobierno del Presidente Díaz hay constantes alusiones a los trabajos preparatorios del Código de Procedi-

---

[102] Suspensión para que "satisfaciéndose la vindicta pública (…) sean pronta y ejemplarmente castigados ciertos delitos graves del orden común". *Ibidem*, p. 1º de abril de 1880. Asimismo, 16 de septiembre de 1880, p. 71. Años después seguía en uso ese método; el Presidente anunció que la seguridad había mejorado, "debiéndose una parte de esa mejora a las leyes dictadas sobre suspensión de garantías", además de las mejoras en el servicio de policía. *Ibidem*, p. 481.

[103] Ley de suspensión de garantías del 1º de marzo de 1911, que previno diversas penas severas y a menudo la pena de muerte para numerosos delitos que se cometían en contra de la seguridad de las comunicaciones, además de plagio y "robo con violencia a las personas, en despoblado, o mediante ataque a una población o finca rústica".

[104] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 1º de abril de 1896, p. 440.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 193 06/01/16 5:35 p.m.

mientos Federales, cuya elaboración tomó muchos años, requirió numerosas opiniones, atrajo temores y satisfacciones. Se trataba de una normativa orgánica y procesal, que no resolvía los asuntos del enjuiciamiento criminal, siempre pendiente de atención y decisión. La tarea cumplida en 1972 tuvo, sin embargo, plausible seguimiento: dio la base para una revisión cuidadosa del material reunido y para la consiguiente definición del nuevo proyecto, ya bajo el gobierno de Díaz.

La revisión del documento de 72 fue presidida por Ignacio Mariscal, a la sazón Ministro de Justicia, quien dio cuenta de aquélla en una cuidadosa exposición de motivos. Era urgente contar con el ordenamiento procesal –advirtió–, reclamado desde todos los frentes. Para ello se revisó el documento de 72 y se acogió una serie de novedades; entre ellas destacaron las concernientes al jurado –que atraía graves cuestionamientos–; en este empeño, Mariscal atendió la constitución y formación del jurado, la preparación y ordenación del juicio y otros extremos destinados a "asegurar que el veredicto final sea la expresión de un juicio honrado y discreto de los que lo pronuncien". Para ello introdujo la posibilidad de someter el veredicto a casación ante la Sala correspondiente.[105]

En septiembre de 1878, el Presidente anunció el inicio de un proyecto de código de procedimiento penal, que abarcaría tribunales correccionales, policía judicial, atribuciones del juez instructor, jurado y Ministerio Público.[106] Fue así que se emitió el Código para el Distrito, de 1880, con exposición de motivos suscrita por Ignacio Mariscal.[107] Este ordenamiento seguía de cerca –como parecía natural en su tiempo y según la formación de los juristas que actuaban en la Secretaría de Justicia y en el

[105] La exposición de motivos suscrita por Mariscal figura en la obra de Ricardo Rodríguez, *El procedimiento penal*…, *op. cit.*, pp. 207 y ss. Las expresiones referentes al jurado aparecen en las pp. 216-220.

[106] *Cfr. Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1878.

[107] *Cfr. Ibidem*, 16 de septiembre de 1880, p. 72.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 194 06/01/16 5:35 p.m.

foro mexicano– a la doctrina y la legislación francesas. Llegó a México el sistema mixto de enjuiciamiento[108] y se afirmó la función indagatoria del juez instructor, dotado de funciones de policía judicial.[109]

Pero sigamos el hilo de esta historia. El malestar social –y profesional– causado por el jurado, generó piedras en el camino del Código de 1880 e impulsó la revisión que determinaría, también en la etapa porfiriana –la adopción de un nuevo código de procedimientos en 1894. En rigor, se trató –así lo manifiesta la propia exposición de motivos– de un proyecto "de adiciones, correcciones y reformas al Código de Procedimientos Penales, que el estudio y la experiencia de doce años aconsejaran como convenientes".[110]

Era ministro de justicia Joaquín Baranda y participaron en la comisión redactora Rafael Rebollar, F. G. Puente y P. Miranda. El propio Presidente anunció la creación de una comisión de tres abogados para elaborar el proyecto de reforma,[111] a quienes se puso –aclaró el Ejecutivo– "en condiciones de consagrarse exclusivamente a esa obra de indiscutible importancia".[112] El ordenamiento fue expedido por el Presidente Díaz "en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo de la Unión, por decreto de 5 de junio de 1891, para

---

[108] *Cfr.* González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho procesal penal mexicano*, 5ª ed., México, Porrúa, 1971, p. 22.

[109] Sobre este código, *cfr.*, entre otros, Díaz de León, Marco Antonio, "Breve historia del Derecho procesal penal mexicano", en *El Derecho en México: dos siglos (1810-2010). Derecho penal*, S. García Ramírez, coord. de la obra, y Olga Islas de González Mariscal, coord. del t. sobre Derecho penal, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Ed. Porrúa, 2010, t. VII, pp. 419 y ss.

[110] *Exposición de Motivos con que fue presentado a la Secretaría de Justicia el proyecto de reformas al Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales*, 1894, Imp. y Lit. de F. Díaz de León Sucesores, S. A., 1894, p. III.

[111] *Los Presidentes…*, *op. cit.*, 1º de abril de 1891, p. 317; *cfr.*, asimismo, *ibidem*, 1º de abril de 1892, p. 338; 16 de septiembre de 1892, p. 349; 1º de abril de 1893, p. 631.

[112] *Ibidem*, 16 de septiembre de 1893, p. 375.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 195 06/01/16 5:35 p.m.

reformar total ó parcialmente el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales".[113] De esta suerte, el Legislativo abonaba a una práctica que arraigó en nuestro medio: delegar atribuciones legislativas en el Poder Ejecutivo. Así se hizo hasta bien entrado el siglo XX: de esta forma fueron emitidos los ordenamientos penal y procesales de 1931 y 1934.

Para la elaboración de la normativa de 1894 –cuya promulgación celebró el Ejecutivo en su informe al Congreso–[114] se tomó en cuenta que la práctica procesal había hecho ver algunos inconvenientes en la regulación y la aplicación del Código de 1880, cuya solución acogió el de 94. Los problemas tenían diverso calado. En "donde se significó más imperiosamente esta necesidad (de reforma), fue en los preceptos relativos al juicio por jurados, puesto que la organización de este Tribunal no prestaba las suficientes garantías de acierto para llenar la función social que conforme a su institución le estaba reservada".[115]

No dejaré de observar que en la exposición de motivos se anota lo que un siglo más tarde pareció olvidarse: el verdadero alcance del cuerpo del delito, que no se entiende a la manera medieval: "Por fortuna –dijo esa exposición– todos los tratadistas, sin excepción, convienen en que cuerpo del delito es la ejecución del mismo delito". Así, los procesalistas de 1894 rechazaban –dicho en sus propias palabras– "la idea vulgar e inadmisible de que el cuerpo del delito lo constituyen los instrumentos con que se comete, ó los resultados ó efectos de él".[116]

Para los fines de una sumaria exposición como la que ahora ofrezco, sólo diré que este ordenamiento del 94 mantuvo las facultades indagatorias del juez instructor, integrado en la policía judicial –que

---

[113] Acerca del ordenamiento de 1894, *cfr.*, entre otros autores, DÍAZ DE LEÓN, "Breve historia…", en *El Derecho en México*…, *op. cit.*, t. VII, pp. 423 y ss.

[114] *Ibidem*, 1º de abril de 1894, p. 405.

[115] RODRÍGUEZ, *El procedimiento penal*…, *op. cit.*, p. 293.

[116] *Exposición de motivos*…, *op. cit.*, pp. X-XI. Igualmente, *cfr.* DÍAZ DE LEÓN, "Breve historia…", en *El Derecho en México*…, *op. cit.*, pp. 426 y ss.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 196 06/01/16 5:35 p.m.

no era un órgano, sino una función que también atendían otros actores, entre ellos el Ministerio Público–,[117] orientación que prevalecería por mucho tiempo y daría pie a la impugnación de Carranza, entre las más vehementes del mensaje al Congreso de 1917.

La última aportación de la etapa porfirista a la codificación procesal penal fue el Código Federal de Procedimientos Penales –también el primero de su materia a escala federal– de 1908,[118] reclamado desde hacía tiempo: "considerando que muchos tribunales tienen que ocurrir a la antigua legislación española, incompatible con nuestras instituciones fundamentales y con los adelantos de la ciencia, adoptados ya en nuestra legislación penal moderna".[119] El Presidente solicitó al Congreso autorización para expedir este código, "cuya falta está produciendo trastornos y rémoras de lamentables trascendencias para la recta y eficaz administración de justicia",[120] y dio noticia sobre la redacción del código,[121] que acogió los lineamientos del distrital de 1894. Se buscaba uniformar o armonizar la preceptiva procesal penal, y por ello parecía razonable acoger las disposiciones del Distrito Federal, bien conocidas al cabo de muchos años de vigencia.[122]

---

[117] El artículo 7 dispuso: "La policía judicial tiene por objeto la investigación de todos los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de los autores, cómplices y encubridores". Y el artículo 8 resolvió que la policía judicial se ejerce en la ciudad de México por los inspectores de cuartel, los comisarios de policía, el Inspector General de policía, el Ministerio Público, los jueces correccionales y los jueces de lo criminal; la categoría superior correspondía a estos juzgadores (artículo 12).

[118] Para una referencia sintética de este ordenamiento, *cfr.* Díaz de León, "Breve historia…", en *El Derecho en México*…, *op. cit.,* t. VII, pp. 423 y ss.

[119] *Los Presidentes*…, *op. cit*., 1º de abril de 1889, p. 279.

[120] *Ibidem,* 1º de abril de 1906, p. 705.

[121] *Cfr. Ibidem*, 16 de septiembre de 1901, p. 584; 1º de abril de 1907, p. 734; 1º de abril de 1908, p. 765.

[122] *Cfr*. Díaz de León, Marco Antonio, "Breve historia…", en *El Derecho en México*…, *op. cit*., pp. 429-430.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 197 06/01/16 5:35 p.m.

## VII. El impacto de la Revolución

En los documentos y las deliberaciones conducentes a la Constitución de 1917, la Revolución hizo su propio examen sobre el procedimiento penal del porfiriato en los aspectos que revestían mayor interés y levantaban con suma fuerza la indignación de los justiciables. Ya me referí al colapso de la Secretaría de Justicia, largo brazo del Ejecutivo en los delicados asuntos de la justicia. Ahora toca el turno al enérgico rechazo del enjuiciamiento penal y del papel que en éste jugaron sus principales actores: el juez de instrucción, el Ministerio Público y el jurado.

Mencionaré, rápidamente, que el jurado quedó reducido a una pequeñísima expresión, que acabaría por desaparecer al cabo del siglo XX. Y recordaré las palabras de Carranza –no se requiere mayor comentario– acerca del papel que jugaron los jueces del ramo penal y del que deberían asumir en lo sucesivo, despejando el camino a la figura-promesa de la Revolución en el marco del enjuiciamiento penal: el Ministerio Público. Dijo el Primer Jefe: "La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por los jueces que, ansiosos de renombre, veían con verdadera fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiese desplegar un sistema completo de opresión (…) no respetando en sus inquisiciones las barreras mismas que terminantemente establecía la ley".[123]

## VIII. Ministerio Público

En el examen, así sea somero, del sistema penal del porfiriato, requiere especial consideración el Ministerio Público: sea por la concepción que se tuvo sobre este personaje –que por entonces tenía una doble raíz: colonial española y francesa–, sea por el papel que cumplió en el procedimiento penal. Desde luego, el Ministerio

[123] *Historia de la Procuraduría…*, pp. 39-40.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 198 06/01/16 5:35 p.m.

Público mexicano no es nativo del porfiriato; desembarcó previamente, bajo el influjo del pensamiento y de la normativa de Francia y con antecedentes hispánicos.

El Constituyente de 1856-1857 miró con desconfianza al Ministerio Público,[124] que se instaló en la Ley de Jurados de 1869, a título de promotor fiscal. Los códigos porfirianos de 1880 y 1894 le hallaron acomodo, que debía ser relevante. Sería, dijeron, "una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta".

Sin embargo, el M.P. –según las siglas que lo consagraron– desempeñó un corto papel. Se le tildó –en el referido mensaje de Carranza– de "figura decorativa", habida cuenta del poderoso desempeño del juez instructor. Dotarlo con el carácter de protagonista de la investigación –y, dicho sea de paso, redentor de la justicia– fue la pretensión revolucionaria acogida en 1917.

En cuanto al emplazamiento constitucional del Ministerio Público y de los órganos supremos con los que se identifica –el Procurador General y el Fiscal General–, hubo un cambio mayor en el cruce entre los siglos XIX y XX, merced a una reforma constitucional que figura en los haberes del porfiriato.

Dos palabras sobre los antecedentes de esta localización constitucional. En la Carta de 1824, un fiscal formaba parte de la Suprema Corte de Justicia; lo mismo en las Siete Leyes, de 1836; otro tanto en las Bases Orgánicas, de 1843. La Ley para el arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común –Ley Lares, confuso ordenamiento emitido por Santa Anna el 16 de diciembre de 1853– se refirió al Ministerio Fiscal, agregado a los tribunales y parte de ellos, y al Procurador General, representante

---

[124] *Cfr.* García Ramírez, "El sistema penal constitucional", en *El Derecho en México*…, *op. cit.*, t. VII, p. 62.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 199 06/01/16 5:35 p.m.

del gobierno.[125] La Constitución del 57 –desarrollando conceptos oriundos de 1824– estipuló que la Suprema Corte se compondría de 11 ministros propietarios, 4 supernumerarios, un Fiscal y un Procurador General.

En el tiempo de don Porfirio las cosas cambiaron. A partir de 1895, la prensa anunció posibles reformas a la ley suprema: "Un asunto de sensación –dijo el periódico *El Globo*–. Nuevas reformas a la Constitución de 1857".[126] En 1896, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados la iniciativa de reforma, que prosperaría.

En la exposición de motivos de aquella iniciativa se explicó el cambio: "Dejar en la Corte de Justicia exclusivamente a los ministros encargados de decidir las cuestiones de su resorte y encomendar la custodia de los intereses de la Federación a una Magistratura especial, que bajo la dirección del Procurador General auxilie la administración de justicia, promueva la represión de los delitos federales, defienda los bienes de la Hacienda pública y exija la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales".[127]

El dictamen[128] de los diputados saludó con entusiasmo –que no era infrecuente– la propuesta del Ejecutivo: bien que el Procurador y el Fiscal quedasen resumidos en el Ministerio Público, para ejercer facultades y poderes propios del poder administrativo. El Senado participó de ese entusiasmo, y el 22 de mayo de 1900 fue promulgada la reforma a los artículos 91 y 96: la Suprema Corte

---

[125] Artículo 244: "El Ministerio Fiscal constituye una magistratura especial, con organización propia é independiente, aunque agregada a los tribunales como parte integrante de ellos, para mejor proveer a la administración de justicia, y sujeto á la disciplina general de los mismos, conforme a esta ley". Artículo 271: "El Procurador General ejerce su ministerio cerca de los tribunales, representando al gobierno". Artículo 275: el Procurador General ejerce el ministerio público en los negocios de hacienda a través de los promotores fiscales.

[126] *Cfr. Apuntes y documentos para la historia de la Procuraduría General de la República,* México, Procuraduría General de la República, 1987, p. 27.

[127] *Ibidem,* p. 28.

[128] *Cfr. Ibidem*, pp. 29-30.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 200 06/01/16 5:35 p.m.

constaría sólo de Ministros; y los funcionarios del Ministerio Público y quien los presidiría –el Procurador General– serían nombrados por el Ejecutivo. Así comenzó una nueva etapa, impulsada por don Porfirio, en la organización del Ministerio Público. En esta etapa se emitió la primera Ley Orgánica de la institución, para el Distrito Federal, que la concibió como parte en el juicio, no como auxiliar de la administración de justicia.[129]

Lo que sigue compete a otra era: los años de la Revolución, que depositó grandes esperanzas en el Ministerio Público, ubicado dentro del Poder Ejecutivo y equipado para perseguir los delitos por medio de la investigación y el ejercicio de la acción, ambas cosas sin injerencia de un juez instructor. Orgánicamente, el capítulo iniciado en 1917 deberá concluir bajo la reforma constitucional que contempla un nuevo ente constitucional autónomo: la Fiscalía General de la Nación.

## IX. Las penas. Muerte y sistema penitenciario

Un asunto mayor de la justicia penal –y de otros órdenes de la consideración política y ética sobre los poderes del Estado, sus fronteras y los derechos radicales de los ciudadanos– es la organización de las consecuencias jurídicas del delito, penas y medidas, y especialmente la retención o abolición de la pena de muerte, estrechamente relacionada con su relevo histórico: la privación punitiva de la libertad. No faltó quien considerara, inclusive, que "en una nación donde no hai penitenciarías es justa la lei sobre la pena de muerte", mientras que "en una nación donde hai penitenciarías es injusta la ley sobre la pena de muerte".[130] Traigo aquí estos temas porque han cruzado

---

[129] *Cfr.* Díaz de León, "Breve historia…", en *El Derecho en México*…, *op. cit.*, t. VII, p. 425. Asimismo, *cfr. Los Presidentes*…, *op. cit.*, 1º de septiembre de 1903, p. 638, y 1º de abril de 1904, p. 652.

[130] Rivera, Agustín, *Tratado breve de delitos y penas según el Derecho civil, escrito en 1859 por el Dr. D*…, San Juan de los Lagos, Tip. De José Martín, 1873, pp. 76 y ss.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 201 06/01/16 5:35 p.m.

con fuerza toda nuestra historia constitucional, y se desplegaron notablemente en el porfiriato.

Sobra decir que la pena capital señoreó el catálogo de los castigos en la Colonia y en el primer siglo de la república independiente. Y es necesario agregar que en todas las horas de ese tiempo hubo reservas crecientes –que llegaron a ser dominantes– acerca de la legitimidad, por una parte, y la utilidad, por la otra, de la privación penal de la vida. Los ciudadanos más adelantados impugnaron la pena capital y reclamaron, para sustituirla, la implantación del sistema penitenciario. No digo la construcción de cárceles inmundas, que las hubo y las hay, sino el establecimiento de un verdadero sistema penitenciario.

Así lo reclamó la "Constitución imaginaria" de Fernández de Lizardi; que sean las prisiones "casas correccionales de donde los hombres salgan menos viciosos que lo que han entrado".[131] Y por este camino anduvieron diversos textos fundamentales, a partir del voto minoritario de 1842, que ostenta, entre otras suscripciones, la de Mariano Otero. En esa etapa previa del gran progreso político, moral y jurídico, quedaron consagradas una aspiración y una restricción: aquélla fue enunciada de esta manera: "Para la abolición de la pena de muerte, se establecerá á la mayor brevedad el régimen penitenciario"; y la restricción acotó los supuestos en que, por lo pronto –un pronto que se prolongó mucho tiempo–, sería admisible la pena capital. Ambos extremos de una sola pretensión civilizadora se instalaron igualmente en el segundo proyecto de Constitución, de 1842, en el proyecto de Constitución, de 1856, y en la Constitución de 1857. En el Constituyente autor de esta Carta se produjo un debate memorable sobre este punto, en el que

[131] A.A.V.V., *El Nacionalismo Revolucionario Mexicano. Antología,* México, Partido Revolucionario Institucional, 1987, p. 31.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 202 06/01/16 5:35 p.m.

intervinieron diputados notables: Prieto, Mata, Zarco, Vallarta, García Granados, Ramírez.[132]

Este era el marco constitucional de la materia –con sus consecuencias en la ley secundaria; ya me referí al Código Penal de 1871– cuando llegó a la Presidencia de la República el señor Díaz. El Ejecutivo había heredado, pues, sin beneficio de inventario, la tarea que le impuso la Constitución del 57: instituir el sistema penitenciario y suprimir la pena de muerte. Díaz asumió esta encomienda, anunció en 1877 la iniciativa para el establecimiento del régimen penitenciario, en el que concurrían "la promesa constante y las aspiraciones humanitarias del siglo",[133] y expuso, una y otra vez, el cumplimiento que se proponía dar a este mandato. Sus informes dan cuenta de los pasos adelante en la mejora de las cárceles y la construcción de nuevas penitenciarías, sobre todo la del Distrito Federal.

Al mismo asunto se refirió, en su corto tiempo de vida presidencial, el general Manuel González. Motivó un elogio del Congreso y una profesión de fe, en labios del diputado Ignacio M. Altamirano. En vena de criminólogo, el diputado sostuvo la necesidad de instituir un régimen penitenciario, reclamado "por el carácter peculiar de los delincuentes de nuestro país, que son más bien lanzados al crimen por falta de hábitos de trabajo y de educación, que por necesidad de subsistencia y que nutridos de tradiciones erróneas de un orgullo bravío desprecian la muerte por afrentosa que sea". La pena capital, "horrorosa" siempre, es estéril en México; en cambio, "no

---

[132] Véase la síntesis del debate en García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, Coordinación de Humanidades, UNAM, 1967, pp. 45-46; y "El sistema penal constitucional", en A.A.V.V., *El Derecho en México…*, *op. cit.*, t. VII, pp. 40-42. En el debate intervinieron ilustres oradores, sosteniendo posiciones encontradas. Los partidarios de la retención de la pena capital en el texto de la Constitución se abstuvieron de legitimarla en sí misma; invocaron, más bien, la situación del país y la imposibilidad de abolirla en esas circunstancias.

[133] *Los Presidentes…*, *op. cit.*, 1º de abril de 1877, p. 10.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 203 06/01/16 5:35 p.m.

lo será el sistema penitenciario que producirá el benéfico efecto de la corrección como corolario del castigo y aterrará a los delincuentes con la expectativa de la reclusión y del trabajo".[134]

Otra formulación de fe –y además de esperanza– hubo años más tarde, cuando Díaz reiteró el empeño en concluir las obras de la Penitenciaría del Distrito Federal. El diputado licenciado Luis Pérez Verdía saludó la futura inauguración del penal –aunque pasarían muchos años antes de que esto ocurriese– como "uno de los más benéficos resultados del empeño constante del Ejecutivo por regenerar las clases desmoralizadas de la sociedad reivindicando (sic) al delincuente por el trabajo y el arrepentimiento del yugo ominoso del crimen y del vicio. El régimen penitenciario ha sido uno de los más bellos ideales de nuestros ilustres constituyentes".[135]

Mariano Otero, descriptor del desastre carcelario (como de otros, en el dolido panorama de la nación, y promotor de la primera penitenciaría con que contó el país, erigida en Guadalajara, en 1840[136]), planteó el problema y sugirió soluciones, orientadas al establecimiento del sistema filadélfico.[137] Mucho tiempo después, el desastre perduraba; entre otros tratadistas, lo expuso Antonio A. de Medina y Ormaechea en un volumen fechado en 1881 y destinado a la consideración del señor Díaz y de su Secretario de Estado y del Despacho de Gobernación, Carlos Díaz Gutiérrez.[138]

---

[134] *Ibidem*, 16 de septiembre de 1881, p. 99.

[135] *Ibidem*, 1º de abril de 1897, p. 477.

[136] *Cfr.* González Navarro, "La vida…", en Cosío Villegas, *Historia Moderna…*, *op. cit.*, p. 446.

[137] *Cfr.* "Mejora del pueblo", en *Obras*, México, Porrúa, 1967, t. II, p. 685.

[138] "En nuestras cárceles se ven aglomeradas, confundidas y en completa confusión personas de todas edades: el ladrón ratero y el salteador en cuadrilla, el reo de simple riña y el asesino; el hombre honrado que en un momento de fascinación ó ceguedad cometió una ligera falta y el facineroso; los criminales ya condenados y los inocentes a quienes se está procesando". Medina y Ormaechea, Antonio A. y Carlos A. de, *Proyecto para el establecimiento del régimen penitenciario en la República Mexicana*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1881, p. 12.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 204 06/01/16 5:35 p.m.

El gobierno emprendió cierto número de obras en edificios de justicia (nuevos planteles, ampliaciones, remozamientos, salas adecuadas para el jurado, no obstante los tropiezos de éste, o quizás para reponerse de ellos)[139] e instalaciones carcelarias, mayores o menores, suyas o de los Estados, de las que informó frecuentemente al Congreso, denunciando sus malas condiciones y ofreciendo mejores.

Al iniciarse el porfiriato, la única prisión nacional era San Juan de Ulúa.[140] En la era del dictador floreció la construcción de prisiones, en muchos Estados.[141] Además de las obras penitenciarias emprendidas en Tepic,[142] San Luis y Puebla –que son ejemplos importantes–, se aludió a mejoras en la Cárcel de Belém[143] e incluso a la construcción de instituciones para infractores menores de edad, cuyo trato normativo quedó primero en el marco del Código Penal:[144] instituciones en Coyoacán y en Tlalpan.[145]

[139] *Cfr. Los Presidentes…, op. cit.*, 16 de septiembre de 1990, p. 307; 1º de abril de 1892, p. 338; 16 de septiembre de 1897, p. 482; 16 de septiembre de 1898, p. 506; 16 de septiembre de 1899, p. 531; 1º de abril de 1900, p. 545; 16 de septiembre de 1900, p. 557; 1o de abril de 1902, p. 602; 16 de septiembre de 1903, p. 639; 1º de abril de 1905, p. 679; 16 de septiembre de 1905, p. 691.

[140] González Navarro, "La vida…", en Cosío Villegas, *Historia Moderna…*, *op. cit.*, p. 444.

[141] *Ibidem*, pp. 444 y ss.

[142] A la que Díaz se refirió en su informe del 16 de septiembre de 1893. *Cfr. Los Presidentes…*, *op. cit.*, p. 375.

[143] *Cfr. Los Presidentes…, op. cit.*, 1º de abril de 1880, p. 62; 1º de abril de 1886, p. 186; 16 de septiembre de 1898, p. 506; 16 de septiembre de 1899, p. 531; 1º de abril de 1904, p. 653; 16 de septiembre de 1905, p. 690; 1º de abril de 1906 (mejoras en la cárcel general, donde "sólo se han registrado pocos casos de tifo"), 1º de abril de 1909, p. 797; 16 de septiembre de 1909, p. 797.

[144] *Cfr.* García Ramírez, *El artículo 18 constitucional….*, *op. cit.*, pp. 98 y ss. En 1908, Antonio Ramos Pedrueza sugirió a Ramón Corral, secretario de Gobernación, el establecimiento de un Juez Paternal, como la había en Nueva York. Corral encomendó un proyecto a Miguel Macedo y Mariano Pimentel, quienes lo presentaron en 1912. *Cfr. Ibídem*, p. 99.

[145] *Cfr. Los Presidentes…, op. cit.*, 16 de septiembre de 1903, p. 636; 16 de septiembre de 1907, p. 749; 1º de abril de 1909, p. 797.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 205 06/01/16 5:35 p.m.

El gobierno se interesó en hacerse representar en congresos penitenciarios internacionales los de Londres, Estocolmo –anunciado por el Presidente Díaz–[146] y Roma, incluso a través de expertos foráneos, como el reconocido profesor E. C. Wines, en 1872, que rindió informe sobre el encuentro para el que nuestro país lo acreditó,[147] y delegados mexicanos –así, Gabino Barreda y Juan Sánchez Azcona–, cuyas contribuciones ponderó el propio Antonio de Medina.[148]

Mientras se animaba el debate y menudeaban las propuestas, algunas obras materiales avanzaron en Tepic, San Luis Potosí[149] y Puebla, que menciono como ejemplos. Esta última –sobre la base del convento de Santa Inés, culminó en festiva ceremonia inaugural encabezada por el Presidente Díaz en 1891, el 2 de abril: fecha significativa para el antiguo general del liberalismo. Díaz saludó tanto la conclusión de la obra como la supresión de la pena de muerte en Puebla, puesto que la entidad ya contaría con un sistema penitenciario.[150] Adelantemos, empero, que no actuó con el mismo fervor abolicionista tras la inauguración de la Penitenciaría del Distrito Federal, casi veinte años después de la poblana.

---

[146] *Cfr. Ibidem,* 1º de abril de 1877, p. 38.

[147] *Informe que acerca de los sistemas penitenciarios rinde ante el Supremo Gobierno de la República Mexicana el Dr. M. E. C. Wines como su comisionado oficial que fue en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres.* Versión castellana hecha bajo la dirección de Enrique de Olavarría y Ferrari, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1873.

[148] El Congreso de Londres se reunió en 1872; el de Estocolmo, en 1878, y el de Roma, en 1885. Sobre estos encuentros y la presencia mexicana en ellos, *cfr.* MEDINA Y ORMAECHEA, Antonio A. de, *México ante los Congresos Internacionales Penitenciarios*, México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1982, pp. 7 y ss.

[149] Inaugurada en 1904, cuando se hallaba todavía inconclusa. *Cfr.* Vega, José Luis, *La prisión moderna*, San Luis Potosí, 1972, pp. 155-156.

[150] *Cfr.* GARCÍA RAMÍREZ, *Los personajes del cautiverio: prisiones, prisioneros y custodios*, México, Secretaría de Gobernación/CVS Publicaciones, 1996, pp. 115-116. Hay una segunda edición, de Ed. Porrúa.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 206 06/01/16 5:35 p.m.

Sigo la narración. Diversos estudiosos, bien provistos de argumentos, aportaron propuestas al gobierno de la República; así, las de Hidalga, Griffon, Bezzosi, Heredia, Rincón, Agea, Cardona, Rego, Méndez, Torres Torija, Echeagaray, Rivas, Plowes y varios más.[151] En este orden fue particularmente apreciable el trabajo de los hermanos Antonio y Carlos de Medina y Ormaechea –abogado e ingeniero, respectivamente–, cuyo proyecto comprendió, entre otras cosas, la idea de constituir una Compañía Constructora de Penitenciarías. Para impulsar esta idea, hicieron una extensa relación de posibles accionistas, entre los que figuraban personajes tales como Protasio Tagle, Luis Méndez, Rafael Dondé, Manuel Dublán, José Ives Limantour, José María del Castillo Velasco, Pablo Macedo, Isidro A. Montiel y Duarte y otros notables.

La selección de terreno para la penitenciaría y el progreso de los trabajos que finalmente se emprendieron, ocuparon frecuentes referencias en los informes presidenciales. De ese destino carcelario se salvó el viejo convento de Tepozotlán, que fuera cedido por la Federación al Estado de México para establecer una penitenciaría que nunca se realizó[152]. La obra emblemática del porfiriato, con la que se entendió cumplida la aspiración del Constituyente de 1857, fue la Penitenciaría de México, en el antiguo potrero de San Lázaro.

Con anuencia de la Secretaría de Gobernación, el Gobierno del Distrito Federal designó a la comisión que formularía el proyecto para erigir ese reclusorio.[153] La comisión inició su trabajo en 1882 y

---

[151] Citados, con otros datos que integran capítulos de la propuesta penitenciaria del siglo XIX, por Antonio A. y Carlos A. de Medina y Ormaechea, *Proyecto para el establecimiento*…, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

[152] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1880, p. 71.

[153] La comisión se integró con los abogados Joaquín M. Alcalde, José María Castillo Velasco, José Y. Limantour, Luis Malanco y Miguel Macedo, los generales Pedro Rincón Gallardo y José Ceballos, los ingenieros Remigio Sáyago, Antonio Torres Torija, Miguel Quintana y Antonio M. Anza. En torno al origen, desarrollo y clausura de esta penitenciaría, cfr. García Ramírez, "Pena y prisión. Los tiempos



05-García Ramirez-RevFac264.indd 207 06/01/16 5:35 p.m.

la edificación comenzó en 1885, dirigida, en diversas etapas, por los ingenieros Antonio Torres Torija, Miguel Quintana y Antonio M. Anza. El Ejecutivo dio cuenta, periódicamente, de los avances de la obra, "proponiéndose no abandonarlos en ningún momento hasta que se vea realizada esa trascendental mejora", y prometiendo que pronto quedaría terminada "tan interesante obra", aunque luego se dijese que los avances, muy lentos, permitían "presumir que un día no lejano quedaría terminada esa obra",[154] que se progresaba con "actividad",[155] y que pronto concluirían las instalaciones de alumbrado y comunicación interna de la penitenciaría,[156] y las obras para el desagüe.[157]

La inauguración de la Penitenciaría –cuyos promotores y artífices difícilmente imaginarían el nombre con el que la bautizó el pueblo: "Palacio negro"– se hizo el 29 de septiembre de 1900,[158] coronación de constantes promesas y lentos progresos. Concurrió el dictador y hablaron en el acto los señores Rafael Rebollar, gobernador del Distrito Federal, quien explicó la adopción del modelo de Crofton, y Miguel Macedo, presidente del primer órgano de gobierno del penal.

---

de Lecumberri", en A.A.V.V., *Lecumberri: un palacio lleno de historia*, México, Archivo General de la Nación, 1994, pp. 71 y ss.; "El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXII, no. I95, mayo-agosto de 1999, pp,. 357 y ss. (ambos artículos aparecen en García Ramírez, *Estudios jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, pp. 787 y ss.), y mi libro *El final de Lecumberri. Reflexiones sobre la prisión*, México, Ed. Porrúa, 1979.

[154] *Los Presidentes…*, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1885, p. 173; 1º de abril de 1886, p. 185; 16 de septiembre de 1886, p. 196; 1º de abril de 1889, p. 263; 1º de abril de 1890, p. 291.

[155] *Ibidem*, 16 de septiembre de 1896, p. 453. Igualmente, antes, 16 de septiembre de 1894, p. 405.

[156] *Ibidem*, 16 de septiembre de 1897, p. 482.

[157] *Ibidem,* 16 de septiembre de 1899.

[158] *Ibidem*, 1º de abril de 1901.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 208 06/01/16 5:35 p.m.

Este hecho, dijo don Miguel, "marcará una etapa en la historia de las instituciones penales de nuestro país: aquí por vez primera va a implantarse un régimen completo, orientado hacia la corrección moral y que abarque todas las fases de la vida del hombre a quien la justicia ha declarado delincuente". Y añadió, dirigiéndose al dictador: "debéis sentir la íntima y durable satisfacción de haber fundado lo que no fue concedido a vuestros antecesores".[159]

La Penitenciaría fue ampliada en 1910.[160] Por un tiempo operó con acierto. Ganó, inclusive, la opinión favorable de Turner: "es una institución moderna, construida decentemente y con servicio de agua y drenaje. Los presos son pocos y están relativamente bien alimentados. Los visitantes son siempre bien recibidos en la Penitenciaría, puesto que ésta fue hecha sobre todo para exhibirse".[161]

En el catálogo de aportaciones penitenciarias bajo el porfiriato cuenta igualmente el establecimiento en la ley penal de la relegación –a la que se atribuían virtudes moralizadoras de los relegados, más otras expectativas–[162] y el acondicionamiento de la colonia penal de Islas Marías. El establecimiento de la relegación provino de la comisión de reformas encabezada por Macedo, que transmitió a la secretaría de Gobernación un proyecto separado para instituir la pena de transportación. Como antes mencioné, esa propuesta fue modificada en el Congreso y mereció desfavorable opinión de los redactores del proyecto a cargo de las reformas al Código Penal.

---

[159] "Discurso" pronunciado en la ceremonia inaugural de la Penitenciaría, *Boletín del Archivo General de la Nación*, p. 13. Citado por García Ramírez, *Los personajes del cautiverio*…, *op. cit.,* p. 127.

[160] *Cfr. Los Presidentes*…, *op. cit*., 1º de abril de 1910, p. 824; y 1º de abril de 1911, p. 853.

[161] Turner, *México Bárbaro*, *op. cit*., p. 124.

[162] Se espera que disminuya la delincuencia, "no sólo por la eficacia en su aspecto primitivo, sino porque los delincuentes durante la extinción de su condena, pueden contraer hábitos de moralidad y de trabajo y, cuando menos, adquieren una manera lícita de subvenir a las necesidades de la vida". *Los Presidentes*…, *op. cit*., 16 de septiembre de 1908, p. 780.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 209 06/01/16 5:35 p.m.

Las Islas Marías forman un archipiélago con historia azarosa, que finalmente volvió a las manos del Gobierno Federal mediante compra que éste hizo en 1905 a la sucesión de Manuel Carpena. Por decreto del Presidente Díaz, del 12 de mayo de 1905, las islas se destinaron al establecimiento de una colonia penitenciaria.[163] La colonia –dijo aquél– servirá de "complemento al sistema represivo de nuestra legislación".[164] En 1908 se hizo el primer traslado de condenados "a la nueva pena de relegación".[165]

Al cabo de tantos esfuerzos para el establecimiento del sistema penitenciario en México, ya no parecía necesario que la Constitución aludiese a ese deber del poder administrativo, referencia que pudo desaparecer de la Constitución, mediante reforma del artículo 23, publicada el 14 de mayo de 1901, todavía en la era de don Porfirio.

La pena de muerte, sin embargo, permaneció; quedó contraída, como lo estuvo en algunos precedentes, a cierto número de delitos muy graves, o mejor dicho, a determinados sujetos en función de los delitos cometidos, lo que constituye una versión sobre los enemigos de la sociedad, más bien que sobre los actos que la agravian: se dijo plagiario, incendiario, parricida, más bien que plago, incendio, parricidio. Así la recogió el Constituyente de 1916-1917 y así navegó la ley suprema hasta su abolición de-

---

[163] Inicialmente, el archipiélago fue concedido al general José López Uraga el 5 de mayo de 1862, en "recompensa de sus servicios". Posteriormente, el Gobierno federal rescató las islas, en virtud de que López Uraga había servido al Imperio. El general recuperó el archipiélago en 1878, por aplicación de la Ley de Amnistía dictada por el Presidente Juárez el 14 de octubre de 1870. En 1879, López Uraga vendió las islas al señor Manuel Carpena, y a la muerte de éste su sucesión, representada por Gila Azcona, viuda de Carpena, las vendió al Gobierno Federal en ciento cincuenta mil pesos. Por parte del Gobierno adquirente, suscribió el contrato J. I. Limantour. *Cfr.* PIÑA Y PALACIOS, Javier, *La colonia penal de las Islas Marías. Su historia, organización y régimen,* México, Ed. Botas, 1970, pp. 19-21.

[164] *Los Presidentes*…, *op. cit.*, 16 de septiembre de 1905, p. 690.

[165] *Ibidem*, 16 de septiembre de 1908, p. 79.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 210 06/01/16 5:35 p.m.

finitiva, lograda por triple vía: la supresión en los ordenamientos estatales y en el Código de Justicia Militar, la abolición constitucional y la adopción del Protocolo para la abolición de la pena de muerte en países de América.[166]

## x. Colofón

Díaz inició su largo mandato con promesas y programas de justicia penal. No en balde había dicho Otero que la ley penal es la verdadera prueba de las instituciones sociales.[167] Y concluyó el mandato con más promesas y programas de ese género: una suspensión de garantías, tras las huellas de una obra penitenciaría que fue modelo arquitectónico para su tiempo, dos códigos de procedimientos penales, un proyecto de reformas al Código Penal que no llegó a su puerto de arribo y el solemne acompañamiento de la ley fuga, los rurales, San Juan de Ulúa, Valle Nacional y las Islas Marías. En cierto modo tuvo razón Macedo cuando le aseguró –en el citado discurso inaugural de la Penitenciaría– "la íntima y durable satisfacción de haber fundado lo que no fue concedido a vuestros antecesores".

Bajo la protección de la herramienta penal, otros programas avanzaron en paz y en orden: por lo menos, la diligente concentración de la tierra y la romántica sirena de los ferrocarriles. El sistema penal velaba su buena marcha. Hasta que la ola elevada en la periferia cundió en el centro y allanó la ciudad de México, el último baluarte del porfiriato. Se desmoronaba la lealtad de la capital, primero desconcertada, luego "alevantada": había llegado

[166] Por reforma del 29 de junio de 2005 se suprimió la pena de muerte en el Código de Justicia Militar, que la contemplaba en el artículo 122, fracción V. La reforma constitucional abolicionista se publicó el 9 de diciembre de 2005. El 20 de agosto de 2007, México depositó el instrumento de ratificación del Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos, para la abolición de la pena de muerte.

[167] *Cfr.* "Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales", en *Obras*, *op. cit.*, pp. 653-654.



05-García Ramirez-RevFac264.indd 211 06/01/16 5:35 p.m.

la "bola" y convocó muchedumbres revolucionarias entre quienes solían ser pacíficos ciudadanos bajo la mirada de don Porfirio: celebrantes del Centenario.[168]

La multitud que en septiembre de 1910 aclamaba a Díaz, tomó la calle en mayo de 1911 para abatir al régimen desfalleciente. Exigía la salida del dictador. Millares de revolucionarios de última hora colmaron las plazas y enfilaron hacia el Congreso, el Jockey Club, el Palacio Nacional, la casa del Presidente en la calle de Cadena.[169] Hubo descargas de fusilería. Pero el sistema penal había perdido toda su fuerza; ya no había porfiriato. Por primera vez en treinta años, el pueblo asumió el poder. Llegaría a encabezarlo formalmente un conspicuo porfirista, Francisco León de la Barra, miembro del gabinete del dictador.

[168] *Cfr.* VALADÉS, José, *Historia general de la Revolución Mexicana,* México, SEP/ Ed. Gernika, 1985, pp. 316 y ss.

[169] *Cfr. Ibidem.*



05-García Ramirez-RevFac264.indd 212 06/01/16 5:35 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# DREYFUS. HISTORIA DE UNA INJUSTICIA

# DREYFUS: NARRATIVE OF AN INJUSTICE

CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ[1]

RESUMEN: A finales del siglo XIX en Francia el capitán del ejército francés Alfredo Dreyfus fue sometido a proceso, acusado de espía, el cual estuvo plagado de irregularidades; la condena por alta traición fue injusta, motivada por el antisemitismo. Por su trascendencia el Caso Dreyfus se convirtió en un ejemplo universal del racismo y de la injusticia. El escritor francés Emilio Zola salió en defensa de este militar y escribió en un periódico un famoso y brillante artículo denominado Yo acuso. La víctima, el capitán Dreyfus, mantuvo una conducta admirable frente a la adversidad; resistió la injusticia, la cárcel y la separación de su familia. La revisión de su caso y la sentencia del mismo no convenció a nadie; lo dejaron libre, pero con el estigma de la culpabilidad. Tuvo que pasar el tiempo para su plena reivindicación.

PALABRAS CLAVE: Caso Dreyfus; injusticia; proceso; antisemitismo; prueba; alta traición.

ABSTRACT: In France, by the end of the 19th century, the captain of the French army Alfredo Dreyfus was indicted for the crime of espionage and his process was plagued with anomalies; the sentence for high treason was unfair, motivated by anti-Semitism. Because of its implications, the Dreyfus Case became a universal example of racism and of injustice. The French writer Emilio Zola stood for this service man and wrote in a newspaper a famous and brilliant report known as *I accuse*. The victim, Captain Dreyfus, maintained an admirable behavior when confronted to adversity; he endured injustice, incarceration and separation from his family. The review of the case and of the sentence itself was not convincing to anybody; he was set free, but still carrying the stigma of guilt, For his vindication a long time has to be spent.

KEYWORDS: *Case Dreyfus; Injustice; Process; Antisemitism; Evidence; High Treason.*

[1] Doctora en Derecho. Profesora de Carrera de la Facultad de Derecho de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 213 06/01/16 1:08 p.m.

SUMARIO: I. Introducción. II. Francia en el siglo XIX. III. Alfredo Dreyfus. IV. Los hechos. V. El proceso. VI. Yo acuso. VII. Revisión. VIII. Reivindicación. IX. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal, cuya aplicación está plagada de injusticias a lo largo de la historia, nos permite acercarnos a procesos o acciones jurídicas que van a repercutir no sólo en el ámbito del derecho, sino en la vida social y en la historia.

Decidí escribir este breve ensayo sobre el Caso Dreyfus porque en su desarrollo no sólo se constata la historia de una injusticia sino que nos ofrece una visión de conjunto de una sociedad en la que en ese entonces germinaba el antisemitismo originado por el racismo.

El procedimiento de la acusación nació de un engaño y una falsificación, que pudo haberse aclarado con relativa facilidad, pero una vez echado a andar el proceso, fue imposible detenerlo; los intereses creados impidieron dar marcha atrás a este acontecimiento que pudo haber sido intrascendente, pero que se volvió grave. Francia entera se vio dividida entre partidarios y contrarios del capitán Dreyfus.

La víctima fue un militar a quien la injusticia le cerró el porvenir, lo afrentó y lo cubrió de infamia; el capitán Dreyfus mantuvo una conducta admirable frente a la adversidad; resistió la cárcel, la injusticia y el dolor de la separación de su familia. Supo defender con gallardía su honor y libertad.

## II. FRANCIA EN EL SIGLO XIX

En 1870 el emperador de Francia Napoleón III declaró la guerra a Prusia. Una vez iniciada la contienda, los estados del sur de Alemania unieron sus esfuerzos a los de Prusia, formando un poderoso



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 214 06/01/16 1:08 p.m.

ejército; la guerra duró seis meses y se dividió en dos etapas la imperial y la republicana.

En la primera etapa que duró cinco semanas los alemanes vencieron a Napoleón III quien tuvo que capitular. Como consecuencia fue destronado y se restableció en Francia la república.

En la segunda etapa que duró cinco meses los alemanes sitiaron París, el ejército francés estacionado en Metz, capituló sin combatir y Francia se rindió en 1871 y cedió Alsacia con la ciudad de Estrasburgo y la parte oriental de Lorena. Además, se comprometieron a pagar una indemnización de cinco mil millones de francos.[2]

En los años 80 hubo una depresión económica y social, se dio el escándalo de la construcción del Canal de Panamá y la bancarrota financiera que llevó a la condena a Ferdinand de Lesseps.[3] En esa época incrementaron su actividad los bancos, la emigración rural a la ciudad, las huelgas y los problemas provocados por los atentados anarquistas. Surge un sentimiento antisemita que se incremente por la adquisición de los judíos de gran parte de la banca.

## III. Alfredo Dreyfus

Alfredo Dreyfus nació en Mulhouse, pequeño pueblo de Alsacia en 1859 dentro de una familia judía. Su padre Rafael Dreyfus tenía un importante complejo industrial, era una persona acaudalada que gozaba de prestigio y respeto entre los habitantes del pueblo; su

[2] Secco Ellauri, Oscar y Baridon, Pedro Daniel, *Historia universal. Época contemporánea*, Argentina, Editorial Kapelusz, 1972, p. 156.

[3] Ingeniero muy destacado que realizó la construcción del canal de Suez y del canal de Panamá, el primero lo concluyó, pero en el segundo hubieron problemas financieros; los trabajos se detuvieron y la compañía constructora quebró lo que arruinó a muchos inversionistas. Este caso fue motivo de uno de los escándalos financieros más importantes del siglo XIX en Francia.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 215 06/01/16 1:08 p.m.

madre fue Jeanne Libmann, el matrimonio procreó trece hijos, siete sobrevivieron, cuatro hombres y tres mujeres.[4]

Al anexionarse Alemania la región de Alsacia y Lorena quedaron los alsacianos y loreneses en libertad se optar por la nacionalidad alemana o francesa, la familia Dreyfus optó por la nacionalidad francesa.

De los cuatro hijos de la familia Dreyfus tres siguieron el negocio de su padre, únicamente el mayor, Alfredo se fue a París donde estudió en el Colegio Santa Bárbara; terminó sus estudios e ingresó en la Escuela Politécnica donde hizo dos años de estudios reglamentarios y se fue a la Escuela de Fontainebleau con el empleo de alférez y en 1883 fue nombrado capitán.[5]

El padre del capitán Dreyfus murió y su fortuna fue repartida entre sus hijos e hijas. Las hijas se habían casado una vivía en París, otra en Bar le Duc (pequeña ciudad francesa) y la tercera en Carpentras (ciudad francesa). De los hijos dos continuaban en Mulhouse (Alsacia), sólo Alfredo y su hermano más joven vivían en París.

Alfredo Dreyfus, dueño de una importante fortuna y con un buen empleo se casó en 1890 con una joven judía llamada Lucia Hadamard hija de un comerciante parisino. De la unión nacieron dos hijos, una niña y un niño.

En 1890 ingreso a la Escuela de Guerra, se dice que era muy estudioso, responsable, ordenado, metódico y dominaba varios idiomas, pero tenía un carácter frío, orgulloso y poco comunicativo, no hizo grandes amigos, sin embargo, sus compañeros lo respetaban.

En 1893 salió de la Escuela de Guerra y entró como agregado al Estado Mayor del ejército, en las oficinas del Ministerio de la Guerra. En ese momento poseía fortuna y un gran porvenir como oficial del ejército.

---

[4] BREDIN, Jean Denis, *The Affair-The Case of Alfred Dreyfus*, trad. de Jeffrey Mehlman, Nueva York, George Braziller, 2000, p. 11.

[5] *Ibidem*, p. 19.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 216 06/01/16 1:08 p.m.

## iv. Los hechos

En septiembre de 1894, la señora Marie Bastian que era la encargada de vigilar los despachos de la embajada alemana en París por parte del Servicio de Estadística francés, descubrió en la papelera del agregado militar en París, el alemán Maximilian von Schwarzkoppen, informes militares que anunciaba, por parte de un oficial francés la oferta de entrega de documentos secretos de la defensa nacional, sobre movimientos y disposiciones estratégicas del ejército francés y acerca de el nuevo armamento contenido en el Manual de tiro de campaña que estaba aún en proyecto. El documento no tenía ni fecha ni firma.[6]

El documento fue recibido por el comandante Hubert Joseph Henry en el Servicio de Información de Contraespionaje. Este documento se envió al Ministro de Guerra el general Mercier que lo remitió al presidente de la República, Jean Casimir Périer, quien ordenó inmediatamente que se iniciara una investigación.

El documento era una hoja rota en cuatro pedazos, unidos éstos para reconstruirlo mejor. El texto del documento era el siguiente:

> Sin noticias que me indiquen que usted desea verme, dirijo a usted sin embargo algunos informes interesantes.
> Una nota acerca del freno hidráulico de 120 (Modo cómo la pieza se ha conducido.
> Una nota acerca de las tropas destinadas a los recubrimientos (en el nuevo plano se introducen algunas modificaciones)
> Una nota sobre las modificaciones que se introducen en las formaciones de la artillería.
> Una nota relativa a Madagascar.
> Un proyecto de manual de tiro de campaña (14 de marzo de 1894).
> Es sumamente difícil hacerse de este último documento y sólo puedo tenerlo a mi disposición muy pocos días. El ministro ha enviado

[6] Caballos Bejano, Mª de Gracia, *El "Affaire" Dreyfus: un caso de xenofobia y antisemitismo en los albores del siglo XX. Implicaciones políticas y literarias en la prensa francesa*, España, Universidad de Sevilla, 2002, p. 40.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 217 06/01/16 1:08 p.m.

> un número fijo a los cuerpos que son responsabilidad de esos ejemplares, debiendo, cada oficial que posea uno, entregarlo una vez determinadas las maniobras. Si es que quiere usted extractar de él lo que el interese, y tenerlo a mi disposición después, lo tomará. A no ser que prefiera usted que lo haga copiar in-extenso y que le remita dicha copia.
> Voy a salir a maniobras.[7]

Admitida la existencia de una traición, se procedió a comparar la letra del memorándum o *bordereau* (como le llamaban) con las de los oficiales que en aquel entonces se encontraban empleados en las oficinas del Estado Mayor. Este estudio comparativo no condujo a ningún resultado positivo, sin embargo, el coronel Fabre que había tenido a sus ordenes al capitán Dreyfus expresó que la letra era de Dreyfus, La opinión del coronel no bastaba para hacer una acusación por lo que se consultó al comandante DuPaty de Clam por la reputación de grafólogo que tenía; durante dos días tuvo en su poder el memorándum y al devolverlo aseguró que la letra era de Dreyfus.[8]

Después de esto se contrató al señor Gobert, perito calígrafo del Banco de Francia y del Tribunal de Apelación, se le entregó el memorándum y algunas piezas escritas por Dreyfus para que sirviera de término de comparación en su examen. El resultado del peritaje fue que la carta había sido escrita por otra persona distinta de quien se sospechaba.

El mismo día en que Gobert emitió su resultado fue consultado el señor Bertillon, quien no era calígrafo, desempeñaba el cargo de jefe del servicio antropométrico de la prefectura de policía, el cual, ese mismo día, emitió un informe donde decía que las dos letras, las del memorándum y la de los documentos escritos por Dreyfus estaba hechas por la misma mano.

---

[7] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *El Capitán Dreyfus (Un proceso celebre)*, Barcelona, Casa editorial Maucci, t. I, 1902, pp. 22-23.

[8] Sin embargo, en la redacción del documento existían errores gramaticales que no eran habituales en el capitán Dreyfus.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 218 06/01/16 1:08 p.m.

Se convocó al capitán Dreyfus en el Ministerio de Guerra, lo recibió el comandante DuPaty de Clamy le pidió que escribiera lo que le iba a dictar, el capitán aceptó extrañado. Después de ésto, el comandante lo acusó de alta traición por la entrega del documento al enemigo, manifestando que su escritura tenía los mismos rasgos que los de la carta que había aparecido en el despacho del agregado alemán. De nada sirvieron las protestas de Dreyfus, fue conducido por el comandante Henry a la prisión de Cherche-Midi.Bastaron estos dos peritajes para encerrar al capitán.

El comandante Forzinetti era jefe de las prisiones militares de Cherche Midi y recibió instrucciones por escrito, de manos de Henry y procedentes del ministro de la Guerra, sobre el trato al prisionero.

En el escrito se le ordenaba admitir al capitán Dreyfus y ponerlo en seguridad, pero sin inscribir su nombre en el registro de entrada, tenerlo incomunicado, no permitirle hablar con el personal de vigilancia, excepción hecha del agente principal que debía encargarse de asegurar la alimentación del preso, El escrito terminaba con la advertencia que prohibía de la manera más terminante informar a nadie de la existencia del prisionero.[9]

El envió a la prisión era una ilegalidad, la orden de prisión contra el capitán, sólo podía darla el gobernador militar de París, general Saussier, quien más tarde censuró al comandante Forzinetti por haber admitido en la prisión, sin su orden, a un oficial.

El día en que enviaron a prisión a Dreyfus, el comandante DuPaty de Clam se presentó en casa del prisionero donde hizo un registro domiciliario y no quiso darle información a la señora Dreyfus respecto del lugar donde estaba su esposo, e incluso le mencionó que no cometiera ninguna indiscreción; si lo quería ayudar debía estar en el silencio más absoluto.

Durante más de dos semanas estuvo Dreyfus detenido en su celda, DuPaty lo visitaba todas las tardes para ver si obtenía información, el lo consideraba culpable y lo insultaba y al mismo tiempo

[9] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *op. cit.,* p. 47.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 219 06/01/16 1:08 p.m.

molestaba inútilmente a la esposa del acusado, y registrando su la casa una infinidad de veces.[10]

Como no conseguían pruebas. Lo único que tenían era el memorándum que Dreyfus desconocía y del cual era necesario que se declarara culpable, llamaron a tres peritos más para examinar el documento, y DuPaty hizo escribir al detenido de pie, sentado, parado, con guantes, con la mano derecha con la izquierda y entrego a los peritos la letra del capitán para que la cotejaran con el memorándum.

De los tres peritos uno dijo que la letra del memorándum estaba trazada por la que trazara la de los papeles que le dieron para comparar; la opinión del segundo perito fue similar pero dijo que había observado diferencias dignas de tomarse en cuenta; el tercero dijo que las letras eran diferentes.

Al no tener pruebas, ya que los informes de los peritos eran contradictorios y temiendo que en vista de esto el ministro de la Guerra decretara soltar a Dreyfus, se les ocurrió una idea,dar a conocer el caso al periódico , para que este influyera en la opinión pública.

El 1 de noviembre en el encabezado del periódico *La Libre Parole*[11] se publicó: "Alta traición, arrestaron a un oficial judío, el capitán Dreyfus". Este periódico comienza una campaña difamatoria e inflama el ambiente antisemita.[12]

También se publicó una nota n el periódico Leclair donde decía que se tenía detenido a un capitán por alta traición y que pronto comparecería ante un consejo de guerra.

Siguieron las noticias y artículos contra Dreyfus en uno de *La Libre Parole* se decía:

---

[10] *Ibidem*, p. 46.

[11] El periódico *La Libre Parole* era dirigido por Eduardo Drumont un antisemita.

[12] Años más tarde se descubrió una carta del 28 de octubre de 1894, firmada por Henry donde decía: "Mi querido amigo: ya se lo había dicho, es el capitán Dreyfus. Se le ha detenido por espía y está en la cárcel del Cherche-Midi. Dicen que salió de viaje, pero es mentira quieren echar tierra al asunto".



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 220 06/01/16 1:08 p.m.

> El oficial francés detenido por delito de traición, está agregado al Estado Mayor del Ministerio de Guerra, y a los que preguntan porél se les contesta que ha salido de París con una misión especial. Es indudable que se pretende echar tierra al asunto, por la razón entendible de que dicho oficial es judío…Detenido desde hace más de quinde días, parece que ha cantado de plano, y el gobierno tiene la prueba de que ha vendido nuestros secretos a Alemania. Digan lo que quieran en los círculos militares, lo cierto es que el traidor está en la cárcel de Cherche Midi, aunque no bajo su nombre: parece que se trata de hacerle refugiar en Mulhouse, donde reside su familia.[13]

Se desató una tormenta de injurias contra Dreyfus los periódicos manipularon la opinión pública y todos lo consideraron culpable.

El Ministro de Guerra el general Mercier, aunque sabía que las pruebas eran muy frágiles y también tenía el temor de un incidente diplomático; se sentía presionado y no se atrevió a desafiar a la prensa. por lo tanto pasó los autos al gobernador militar de París, general Saussier, para que éste se encargara de convocar al Consejo de Guerra encargado de juzgar a Dreyfus.

## v. El proceso

El Consejo de Guerra con residencia en País, nombró juez instructor de la causa al comandante Bessónd´Ormescheville, y fiscal al comandante Brisset. Cuando el juez instructor comenzó a instruir las primeras diligencias, se encontró que el comandante DuPaty no había recogido las declaraciones de ningún testigo, ni de cargo ni de descargo, siendo, por lo tanto, ésta la primera diligencia practicada por dicho ponente.[14]

Los oficiales que prestaron declaración ante el juez instructor fueron veintitrés. Con ligeras variantes se limitaron a dar detalles sobre la vida y costumbres del detenido, pero nada de importancia.

---

[13] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *op. cit.,* p. 60.
[14] *Ibidem*, p. 67.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 221 06/01/16 1:08 p.m.

Un policía había recibido el encargo de indagar acerca de la vida privada del capitán. El dictamen de éste fue favorable a Dreyfus por lo que contrataron a un agente llamado Guenée, a sueldo del Ministerio de Guerra, este dijo que Dreyfus era asiduo a los garitos donde de jugaba y perdía grandes cantidades de dinero y que tenía una amante a la que le pretendía comprar un chalet, para todo esto necesitaba dinero esto fue unido a los autos del proceso, porque gracias a esto quedaba explicado el móvil de la traición.[15]

Los periódicos publicaban historias absurdas sobre el capitán y la gente lo creía porque lo decía el periódico.

Por su parte el Ministro de Guerra, el general Mercier, que debió haberse mantenido imparcial y callado por la influencia que sus palabras podían tener en el ánimo de los militares encargados de juzgar a Dreyfus, aceptó entrevistas donde aseguraba que los cargos se acumulaban contra el acusado, y que de la traición se tenían pruebas irrefutables.

El presidente de la República, Jean Casimire Perier, le hizo observar al general Mercier la fragilidad de una acusación apoyada en bases tan endebles. pero el general ya no podía detenerse, los periodistas antisemitas o simplemente amarillistas levantaron contra el acusado a la opinión pública, el asunto Dreyfus salió de las manos del ministro para pasar a las de los periodistas. El linchamiento público estaba preparado.

El periodo de instrucción duró casi mes y medio. El juez instructor Bessónd´Ormescheville no pudo consignar grandes cargos, pero hizo lo que pudo para presentar al acusado como lo que la opinión pública manipulada por los periódicos se empeñaba en ver de él.

Dreyfus fue acusado de haber vendido o hecho llegar a manos del embajador de una nación europea unos documentos confidenciales. Como pruebas de esta acusación tenían el memorándum. Cinco expertos, fueron requeridos, (uno fue descalificado antes de terminarse

[15] Dreyfus, no necesitaba el dinero; había heredado de su padre y su esposa era la hija de un rico comerciante.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 222 06/01/16 1:08 p.m.

el proceso), dos afirmaban no reconocer en el memorándum la letra del preso, en tanto que otros dos sostenían lo contrario.

El 19 de diciembre se inició el proceso, penetraron en la sala miembros del consejo, compuesto por seis militares, pertenecientes a diversos cuerpos del ejército, presididos por el coronel Maurel. Los jueces ocuparon sus puestos, así como el fiscal comandante Brisset y enfrente de él tomó asiento el defensor de Dreyfus el jurista Edgar Demange.[16] Posteriormente entró el acusado, se veía sereno; en ese entonces el capitán tenía 35 años de edad, era delgado, alto, usaba lentes, tenía la cara afilada, nariz aguileña y usaba un delgado bigote.

El presidente le dijo que le iban a dar lectura a unos documentos que le concernían. Luego pasarían los testigos para declarar. Sin embargo el fiscal militar se levantó y manifestó que de acuerdo al artículo 113 del Código de Justicia Militar que establece que si se considera peligrosa para el orden público o para las costumbres la publicidad de los debates, el consejo puede ordenar que estos tengan lugar a puerta cerrada. Y expresó: "me creo en el deber de pedir el secreto para los de la causa que nos ocupa, pues su publicidad puede ser peligrosa para el orden".[17]

El abogado defensor pidió la palabra, no estaba de acuerdo que el proceso fuera a puerta cerrada e insistió; el presidente expresó que si seguía esta actitud el consejo se retiraría a deliberar.

El defensor manifestó que si pedía la publicidad no era porque dudara de ellos y dijo: "sabemos que juzgarán inspirados en su conciencia y ni el secreto o la publicidad pueden influir lo más mínimo en un fallo que seguramente será imparcial. Pero nadie podrá contradecirme si declaro que desde hace siete semanas el honor de un oficial del ejército francés, es pasto de todas las murmuraciones".[18]

---

[16] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *op. cit.,* p. 85.
[17] *Ibidem*, p. 87.
[18] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *op. cit.,* p. 91.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 223 06/01/16 1:08 p.m.

Al oír estas palabras el presidente se levantó y dijo: "en virtud de mi poder discrecional, ordeno que el consejo se retire".

Se retiraron a deliberar y a los quince minutos regresaron, el presidente ordenó que la sala fuera inmediatamente evacuada y que se tomaran todas las medidas posibles para evitar que lo que se hablara en la sala pudiera ser escuchado afuera.

Se llamaron a los testigos, dos de los cuales trataron con sus declaraciones de hundir al capitán, ellos fueron Henry y DuPaty. Respecto de los peritos nuevamente hubieron contradicciones; pero el perito Bertillon, jefe del servicio antropométrico, afirmó que en el texto del memorándum había logrado descubrir, con ayuda de procedimientos especiales, la suma percibida por el capitán Dreyfus como prueba de su traición: quinientos mil francos.

Terminadas las declaraciones de los testigos y peritos, el comandante Henry, sabiendo que los jueces no estaban convencidos de la culpabilidad del acusado, pidió secretamente a ser llamado a declarar.

El comandante fue llamado a declarar nuevamente y con voz muy fuerte y apuntando a Dreyfus dijo: "este hombre es un traidor". Uno de los jueces le preguntó que cómo lo sabía y respondió: "hay algunos secretos en la cabeza de un oficial que su misma gorra debe ignorar". Dreyfus estaba asombrado y el coronel Maurel le preguntó al comandante: "¿afirma por su honor que Dreyfus es el traidor?" y con gesto teatral contestó: "lo juro por Dios".[19]

Cuando terminó el debate, el defensor tomó la palabra y demostró que no había contra Dreyfus más cargo que el memorándum, y este documento ni por su forma ni por su contenido, podía serle atribuido al acusado.

El consejo se retiró a deliberar el defensor se sentía tranquilo y seguro, creyó que el capitán seria absuelto.

Cuando el consejo se encerró a deliberar, el coronel presidente abrió un sobre de parte del ministro de Guerra que le había entre-

[19] BREDIN, Jean Denis, *op. cit.*, p. 94.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 224 06/01/16 1:08 p.m.

gado a DuPaty de Clam y de él saco unos documentos. El presidente cometió una ilegalidad para estar más seguro de la condena.

El primer documento era una carta del agregado militar de Alemania, coronel Schwarzkoppen al agregado de Italia, la carta empezaba diciendo: "ese canalla de D… se hace cada vez más exigente. Me ha entregado para usted doce planos directores".

Lo que omitió el coronel presidente a los jueces fue que esa carta estaba en el ministerio desde muchos meses antes del asunto Dreyfus; como tampoco dijo que la inicial D se refería a un tal Dubois, espía subalterno que no era militar, por el contrario dio a entender que la D se refería a Dreyfus.[20]

Otro documento que se leyó fueron unos comentarios redactado por DuPaty y en los cuales insistía en las acusaciones sobe la vida privada del capitán.

El 23 de diciembre el coronel Maurel leyó la sentencia, donde se le consideraba culpable y se le condenaba a deportación perpetua en un recinto fortificado y se ordenaba se procediera a la degradación de este oficial, lo declaraba desposeído de todas sus condecoraciones y privilegios, y del derecho de llevar armas. Se le condenó a pagar al Estado las costas del proceso.

Por lo tanto a Dreyfus se le juzgó con pruebas que el mismo detenido desconocía. El expediente secreto había sido elaborado por la Sección de Estadística y entregado a los jueces después de las secciones de deliberación y con testimonios contradictorios, fue condenado a cadena perpetua por unanimidad, a la degradación militar y a la deportación a la Isla del Diablo.[21]

El abogado defensor interpuso un recurso de apelación contra esta sentencia pero fue desechado (ellos ignoraban el expediente secreto).

[20] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *op. cit.,* p. 117.

[21] La Isla del Diablo se encuentra en América del Sur, frente a las costas de la Guyana Francesa; constituye un archipiélago de tres islas, volcánicas, separadas una de otra por un estrecho canal, las tres islas son: Isla Royal, Isla San José y La Isla del Diablo que es la más chica. Y se denominan Islas de la Salvación.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 225 06/01/16 1:08 p.m.

La prensa expresó su satisfacción por la sentencia, aunque algunos decían que la pena era leve para el delito cometido.

El 5 de enero de 1895 tuvo lugar la degradación en el patio de la escuela militar, desde muy temprano empezaron a llegar cantidad de curiosos y las tropas designadas para asistir al evento.

A las nueve en punto se abrió una puerta y salió un pequeño grupo al centro estaba Dreyfus rodeado por cuatro soldados de artillería, en el centro del patio se colocó el capitán y un general le dijo: "es usted indigno de llevar las armas, en nombre del pueblo de Francia te degradamos".

La gente gritaba: ¡Muera el traidor! ¡Mueran los judíos! El capitán estaba impávido, con los labios muy apretados. En un momento levantó los brazos y gritó: ¡Juro que soy inocente, viva Francia! La gente siguió gritándole judas y muera el traidor. Después un soldado le arrancó las insignias y le sacó el sable y lo rompió.

Luego lo llevaron escoltado y cuando pasaba por donde estaban los representantes de la prensa les dijo: "digan ustedes a Francia que soy inocente".

Los periodistas le gritaron: ¡traidor judas! El capitán viéndolos despectivamente dijo: "Ustedes no tienen derecho a insultarme ¡Viva Francia!". La respuesta de los periodistas fue: ¡cobarde, Judas, sucio judío![22]

Después de la degradación algunos amigos del hermano de Dreyfus, Mateo se acercaron para consolarlo, pero todos tenían la impresión de que el caso Dreyfus estaba terminado. Mateo, Lucia Dreyfus, y sus familias estaban convencidas de la inocencia del capitán por lo que decidieron no descansar hasta lograr su liberación, el hermano menor Mateo dedicó todo su tiempo y dinero en esto.

El capitán fue enviado a la Isla del Diablo, en donde estaba vigilado por seis guardias, quienes eran relevados cada dos horas y no lo podían perder de vista ni de noche mi de día, tenían prohibido

[22] BREDIN, Jean Denis, *op. cit.*, p. 5.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 226 06/01/16 1:08 p.m.

hablar con él. Hubo un tiempo que sin causa le pusieron grilletes en los pies durante dos meses.[23]

A pesar de los esfuerzos de Mateo Dreyfus y del escritor Bernard Lazare que intentaron probar la inocencia del condenado, el asunto parecía olvidado en cierta medida hasta 1896. Mateo tocó puertas, habló con periodistas, incluyendo a Ernest Judet que (había sido hostil a Dreyfus) aceptó verlo, se conmovió y ofreció ayudarlo; también fue a visitar al vicepresidente del senado Auguste Scheurer Kestner, quien le dijo que el asunto estaba concluido, pero posteriormente defendió a Dreyfus.[24]

Logró encontrar apoyo en los medios israelitas, que hasta entonces se habían mantenido en reserva.

El hermano de Dreyfus, en 1896, hizo correr la falsa información que Dreyfus se había escapado de la prisión, esto con el objeto de revivir el caso. Para ese momento le habían contado de la existencia de un expediente secreto, por lo que estaba convencido de que la revisión era posible.[25]

En 1896 la misma espía, señora Bastian, envió al Servicio de información del Estado Mayor bajo la dirección del comandante Georges Picquart, un documento, que por su tamaño y color le llamaron el "*petit bleu*" que procedía de la embajada alemana, del Agregado Schwarzkoppen y dirigido al comandante Ferdinand Walsin Esterházy; Picquart al estudiar a éste personaje, lo investigó y encontró que era un conde de la antigua nobleza húngara, jugador y lleno de deudas e incriminado en reiteradas estafas. Consiguió cartas con su letra y descubrió que la letra era idéntica al memorándum. Picquart, con la autorización del Ministro de Guerra, consultó al perito calígrafo con respecto a dos cartas, en presencia del mismo ministro. El grafólogo, que había actuado como perito en el

[23] *Ibidem*, p. 125.
[24] *Ibidem*, pp. 114-115.
[25] Miquel, Pierre, *El caso Dreyfus,* trad. de Félix Blanco Sasueta, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 37.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 227 06/01/16 1:08 p.m.

caso Dreyfus, ignorante del origen de los textos, y ante el asombro del ministro, comentó: "es la misma letra del memorándum".[26]

Comunicó su descubrimiento a sus superiores, quienes le aconsejaron que no se reabriera el caso y que lo olvidara y lo mandaron a una misión a Túnez.

En noviembre el comandante Joseph Henry, jefe del contraespionaje, a instancias superiores, redactó un falso documento de fecha 31 de octubre de 1896, una carta del agregado italiano, Panizzardi firmada Alexandrine, dirigida al agregado alemán Schwartzkoppen, en que menciona el nombre de Dreyfus, esto lo hizo para debilitar al capitán en sus tentativas de defensa.

El 5 de noviembre Gabriel Monod afirmó en un artículo que Dreyfus había sido víctima de un error judicial, un día después Bernard Lazare publicó un folleto denominado: *Error judicial, la verdad sobre el caso Dreyfus*. En el que exponía las irregularidades del proceso y envió este documento a los senadores y diputados.

Poco después apareció publicada en un periódico el facsímil de la carta acusadora.

Picquard temeroso les contó a un amigo alsaciano y al tío de este que era el senador ScheurerKester, vicepresidente del Senado, sus descubrimientos y depositó en la casa del amigo un documento donde consignó todo lo referido. Tanto tío, como sobrino quedaron convencidos de las irregularidades del caso.[27]

El Senador Aguste Scheurer Kestner, era director del periódico *La República Francesa* y persuadido por las falsedades del juicio llevado a cabo contra Dreyfus, proclamó la inocencia del condenado en una carta abierta y publicada en el periódico, y se entrevistó con el presidente de la República Félix Faure quién lo recibió fríamente.

Por casualidad a principios de noviembre de 1897, el banquero Castro reconoció en el original de la carta publicada la letra de

[26] "El caso Dreyfus", p. 80. Disponible en: http://campus.ort.edu.ar/descargar/repositorio/archivo/306913/modulo

[27] MIQUEL, Pierre, *op. cit.*, p. 40.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 228 06/01/16 1:08 p.m.

uno de sus clientes el comandante Esterhazy y se lo comunicó a Mateos Dreyfus y este al senador Scheurer Kester. En ese mismo mes Mateos Dreyfus publicó en varios periódicos una carta en la que acusó a Esternházy de ser el autor del documento y de ser un traidor, así como la conclusión de que los estudios realizados por diferentes grafólogos de que la escritura de Dreyfus no era igual a la del memorándum o *bordereau*.[28]

El periódico *La Libre Parole* publicó un artículo (posiblemente escrito por Henry) acusando a Picquart, de ser el alma de la conspiración contra Esterházy.[29]

El 28 de noviembre de 1897 aparecieron publicadas también unas cartas de Esterházy a una señora que fue su amante en las que el comandante mostraba su desprecio por Francia y su ejército. Este hecho causó sensación aunque los periódicos nacionalistas alegaron que eran falsas.

El Ministro de la Guerra el general Billot ordenó una investigación, y el comandante Esterházy fue juzgado por un consejo de guerra. Se pidió también un consejo de investigación para dar de baja a Picquart, culpable según él de faltas contra el honor. En enero de 1898 el comandante fue absuelto en tres minutos por unanimidad. Y Picquard acusado de falsía fue internado en el Mont Valérien. En su prisión Picquart permaneció sereno y le comentó a un amigo: "no entiendo porque soy exaltado por algunos y atacado por otros, yo no hice nada más que cumplir con mi deber".[30]

Bernard Lazare había persuadido al escritor de renombre Emilio Zola, con pruebas irrefutables de la inocencia de Dreyfus y que el escritor prometió intervenir.

La absolución de Esterházy fue considerada por el escritor Emilio Zola como un crimen social que desvirtuaba la imagen de Francia. Este escritor decidió defender abiertamente al militar judío no

[28] Caballos Bejano, Mª de Gracia, *op. cit.*, p. 46.
[29] Miquel, Pierre, *op. cit.*, p. 43.
[30] Bredin, Jean Denis, *op. cit.*, p. 363.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 229 06/01/16 1:08 p.m.

por su ascendencia familiar o militar, sino porque estaba en contra de la injusticia que se había cometido.

## VI. Yo acuso

El escritor Emilio Zola, el 13 de enero de 1898, publicó en el periódico *L´Aurore* una carta abierta al presidente de la República Félix Faure, con el título *J´accuse* (Yo acuso).

La carta inicia diciéndole al presidente que una mancha se cierne sobre él,

> [...] ya que bajo su gobierno se ha permitido realiza un vergonzoso crimen social….no quiero que turbe mi sueño el espectro del inocente que en su destierro expía, sometido a espantosas torturas, el crimen que otros han cometido.
> Os diré, señor Presidente, esa verdad con toda mi convicción de hombre honrado. Creo que, para honra vuestra, ignoráis todo lo sucedido. ¿Y a quién, si no a vos, he de denunciar la turba malvada de los verdaderos culpables? Vos sois el primer magistrado de la nación.

Luego el autor explicó todo el caso con detalles y finalizó la carta con una serie de acusaciones:

> Acuso al teniente coronel DuPaty de Clam, de haber sido el obrero diabólico del error judicial, instrumento no más, a mi juicio, y de haber defendido su obra nefasta durante tres años con las maquinaciones más ridículas y culpables.
> Acuso al general Mercier de haberse hecho cómplice, al menos por debilidad, de una de las mayores iniquidades de este siglo.
> Acuso al general Billot de haber poseído las pruebas irrecusables de la inocencia de Dreyfus sin dignarse a utilizarlas, de culpable de lesa humanidad y lesa justicia, movido por un fin político y para salvar al Estado Mayor comprometido[…]

Continúa Zola, acusando a otros generales, a los peritos a las oficinas de guerra y al Consejo de Guerra.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 230 06/01/16 1:08 p.m.

Finaliza el escrito diciendo: "Al formular estas acusaciones caigo bajo la sanción de los artículos 30 y 31 de la Ley sobre la Prensa de 29 de julio de 1881, que castiga los delitos de difamación; pero estoy dispuesto a arrastrar las consecuencias de mi acto… mi acto es sólo un medio para apresurar la explosión de la verdad y la justicia…".[31]

Se vendieron 200,000 ejemplares del periódico y se expuso la carta en los muros de París. El artículo se convirtió en el manifiesto en torno al cual iban a unir sus fuerzas todos los que reclamaban la revisión del escandaloso proceso.[32]

El 14 de enero en *L´Aurore* se publicó una carta firmada por un gran número de intelectuales que se unieron a la protesta del escritor y solicitaron una revisión del proceso. Dreyfus empezó a tener más partidarios a quienes se les llamaba los dreyfusistas, los contrarios antidreyfusistas.

Un antidreyfusistas comentaban respecto a los dreyfusistas que eran un pequeño grupo de judíos y protestantes, aparte, la lista de los intelectuales tiene una mayoría de zoquetes y también los extranjeros y finalmente algunos buenos franceses como Anatole France y como algunos jóvenes socialistas.[33]

Los dreyfusistas estaban unidos a través de la Liga de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los antidreyfusistas por la Liga Antisemita de Francia. La agitación antidreyfusistas era violenta y desorganizada. Su fuerza era la prensa y escribían en periódicos antisemitas como *La Libre Parole*, *L´Eclair*, *Le Petit Journal*, *Le Jour*, *Le Soir*, etc.[34]

Los periódicos de los dreyfusistas eran entre otros: *L´Aurore*, *Le Siecle*, *La Petite Republique*, *Le Rappel*, etc.

El país estaba dividido en dos bandos. Un caricaturista pone una escena en familia y el letrero "no hablemos del caso", luego otra

[31] Bredin, Jean Denis, *op. cit.*, pp. 248-249.

[32] Rodríguez Ramírez, Ana Belén, *El affaire Dreyfus en la literatura sefardí*, p. 216. Disponible en: http://www.egr.es/estremi/miscelania

[33] Miquel, Pierre, *op. cit.*, p. 54.

[34] *Ibidem*, p. 56.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 231 06/01/16 1:08 p.m.

escena donde está la vajilla rota y todos en el suelo y el letrero: "Hablaron del caso".[35]

Los partidos políticos tomaron posición. La derecha, estaba representada por los diversos grupos monárquicos y nacionalistas, se oponían a la revisión del caso. Sus argumentos fueron la defensa del ejército, poner freno a las maquinaciones de los "judíos antinacionales" y sobreponerse a la debilidad y corrupción de la Tercera República. Los socialistas permanecieron al margen, con la excepción de Jean Jaurés[36] que apoyaba a Dreyfus. Los que querían la revisión del caso eran los radicales, los defensores de las ideas liberales, republicanas y anticlericales.[37]

En enero de 1898 general Billot formuló una denuncia y se emplazó para que comparecieran ante el tribunal al señor Perreux, gerente del periódico *L´Aurore* al escritor Emilio Zola acusados de haber injuriado y difamado al ejército.

Perreux y Zola entregaron al procurador general la lista de los testigos que debían prestar declaración, eran más de doscientos, entre ellos estaban los generales, los jueces del Consejo de Guerra de Dreyfus, los peritos y los agregados militares extranjeros y los documentos de prueba.

El proceso se desarrollo entre el 7 y 23 de febrero de 1898. El juicio tuvo mucha audiencia, pero la mayoría de los testigos no se presentó. El que sí se presentó fue el coronel Picquart que explicó como había descubierto la culpabilidad de Esterházy y todo el complot establecido por el Estado Mayor francés para que Dreyfus siguiera en prisión y se acallara el asunto. Otra testigo fue Lucie Dreyfus, pero el presidente no le permitió hablar.[38]

A pesar de su defensa, Perreux fue condenado a cuatro meses de prisión y tres mil francos de multa, y a Zola a un año de prisión

---

[35] *Ibidem*, p. 63.
[36] Famoso dirigente socialista francés.
[37] "El caso Dreyfus", *op. cit.*, p. 70.
[38] Caballos Bejano, Mª Gracia, *op. cit.*, p. 52.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 232 06/01/16 1:08 p.m.

y multa de tres mis francos. A causa de esta sentencia injusta para unos y justa para otros, se produjeron múltiples manifestaciones a favor y en contra de Zola. La prensa europea, se hizo eco del escándalo tomando partido en un sentido o en otro con igual pasión.[39]

Perreux y Zola interpusieron un recurso contra la sentencia en la sala de lo penal de la Corte Casación; el recurso fue desechado.

Tres peritos a los que había acusado Zola, demandaron al autor y pidieron una indemnización por daños y perjuicios. El tribunal condenó al escritor al pago de unos miles de francos y a un año de prisión. Ante esta situación Zola huyó a Bruselas y de allí a Londres donde permaneció unos meses.

El 3 de junio de 1898 en el periódico *Le Matin* se publicó una entrevista con el Comandante Esterházy en la cual reconoció ser el autor del conocido memorándum. Si, dijo, yo escribí el *bordereau* a requerimiento del Coronel Sandherr mi superior y amigo. Estoy revelando este secreto que nadie antes había sido capaz de obtener ni siquiera a precio de oro… Billot, Boisdeffre, y Gonse, sabían que yo era el autor del documento. Esta entrevista fue autentificada el 8 de junio en una declaración firmada por Esterhazy.[40] El comandante huyó a Londres donde murió en 1934.

La esposa de Dreyfus Lucia Hadamard interpuso la petición de un nuevo juicio y la revisión de las pruebas en julio de 1898.

El 30 de agosto de 1898 se publicó una sorprendente noticia: "Hoy, en el despacho del Ministro de Guerra, el Teniente coronel Henry se confesó autor de la carta fechada en octubre de 1896, en que se mencionó a Dreyfus. El Ministro de Guerra ordenó inmediatamente la detención del teniente coronel".

La confesión se dio a causa de lo siguiente: en 1898 se nombró como Ministro de Guerra a Godeffroy Cavaignac quien estaba convencido de la culpabilidad de Dreyfus, pero sin embargo, solicitó un estudio profundo de los documentos que componían el ex-

[39] Rodríguez Ramírez, Ana Belén, *op. cit.*, p. 212.
[40] Bredin, Jean Denis, *op. cit.*, p. 384.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 233 06/01/16 1:08 p.m.

pediente. Un oficial de su despacho se dio cuenta que el documento firmado Alexandrine, no estaba escrito en un papel homogéneo. Advertido por él, Cavaignac, mandó a llamar a Henry quien negó todo, pero por fin confesó que el era el autor, alegando que lo hizo para dar más peso a la acusación, tranquilizar a sus superiores y por amor a su patria. Al comprobarse la similitud de la letra de Henry con la de la carta es condenado y encerrado en la prisión militar de Mont Valérien, días después de su encierro el 31 de agosto de 1898 se suicido con su navaja de afeitar.[41]

El diputado y redactor jefe de *La Republique Francaise*, el judío Joseph Reinach al defender a Dreyfus había acusado a Henry de haber sido cómplice de Esterházy en la entrega de importantes documentos políticos a Schwartzkoppen. La viuda de Henry intentó llevar a juicio al diputado, para mostrar lo absurdo de sus acusaciones y levantó un monumento a su esposo en el cementerio, pagado por el periódico *La Libre Parole,* que llevó a cabo una colecta donde se reunió la cantidad de 131,000 francos.

En los días que siguieron a su muerte, a Henry lo quisieron hacer un héroe. El escritor Carlos Maurras, del periódico la *Gaceta de Francia*, proclamó que las virtudes de Henry lo habían convertido en un mártir por una causa justa.[42]

El suicidio del teniente coronel levantó una fuerte polémica en la sociedad y el ataque de los dreyfusistas provocó la dimisión del general Boisddeffre, jefe del Estado Mayor, del senador Tillaye y del Ministro de Guerra Cavaignac, todos estos contrarios a la revisión del proceso.

## VII. Revisión

La esposa de Dreyfus solicitó la revisión y por fin le contestaron:

> Visto el fallo de 29 de octubre de 1898 por el que la sala de lo criminal ha ordenado una instrucción y ha declarado pertinente

[41] Miquel, Pierre, *op. cit.*, pp. 80-81.
[42] Bredin, Jean Denis, *op. cit.*, p. 337.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 234 06/01/16 1:08 p.m.

> la demanda de revisión interpuesta en nombre de Alfredo Dreyfus, condenado el 22 de diciembre de 1884 a la deportación en recinto fortificado y a la degradación por crimen de alta traición.

Vistas las actas que constan en autos viene la narración del juicio anterior y las conclusiones y termina considerando que se debe abrir un nuevo juicio: "por lo tanto se anula el fallo condenatorio dictado el 22 de diciembre de 1894 contra Alfredo Dreyfus por el primer Consejo de Guerra del Gobierno militar de París y envía al acusado ante el Consejo de Guerra de Rennes (ciudad de Francia)".[43]

El 5 de junio de 1899, Dreyfus recibió una nota en su celda por la que se le comunicó la revisión de su juicio, la anulación del anterior, el levantamiento de las penas impuestas en el anterior juicio, su rehabilitación y su traslado a Europa.[44]

En Francia los ánimos estaban muy caldeados, los antidreyfusistas y los dreyfusistas, se olvidaron si Dreyfus era culpable o no, lo importante era cuál de los dos bandos iba a ganar.

Una persona menciono respecto a Dreyfus: "Es como una bola de carne disputada entre dos equipos de jugadores y que desde hace seis años no ha tenido un momento de reposo, llega de América para rodar por la mitad en nuestra batalla".[45]

Admitida la revisión por el Tribunal Supremo se celebró un nuevo juicio entre el 7 de agosto y 9 de septiembre de 1899 ante el consejo de guerra.

El 7 de agosto a las siete de la mañana dio inicio el proceso. Llegaron los jueces, los testigos y periodistas. A las siete de la mañana se hizo un silencio en la Sala del Consejo, entró en la Sala Dreyfus, alto, delgado, altivo, con menos pelo y más canoso que cinco años antes.

Se presentaron una serie de testigos, la mayoría insistió en la culpabilidad de Dreyfus, otros están a favor de él, como el coronel

---

[43] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 76.
[44] Caballos Bejano, Mª Gracia, *op. cit.*, p. 62.
[45] Miquel, Pierre, *op. cit.*, p. 120.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 235 06/01/16 1:08 p.m.

Picquart y Armand Cochefert, jefe de policía de Seguridad en París. Un testimonio que tomó muy en cuenta el consejo fue el de jefe de servicios antropométricos de París. Alphose Bertillon, que se presentó cargado de fotografías y expedientes e intentó establecer la culpabilidad de Dreyfus, fundándose en explicaciones absurdas que los miembros del tribunal no comprendieron bien.[46]

El abogado de Dreyfus presentó unas conclusiones muy claras, su discurso fue muy elocuente. Sin embargo, es declarado de nuevo culpable; se dijo: "en el nombre del pueblo de Francia, por una mayoría de cinco votos contra dos el acusado es culpable. Por una mayoría existe una circunstancia atenuante, en consecuencia la Corte Marcial condena a Alfredo Dreyfus a diez años de prisión.[47]

Pero con circunstancias atenuantes siendo condenado a diez años de prisión, como ya había pasado cinco en la Isla del Diablo sólo cumpliría cinco años de prisión.

Todos estaban muy decepcionados por la sentencia y Zola escribió en *L´Aurore* el 11 de septiembre una carta donde dijo entre otras cosas:

> Este proceso de Rennes será en monumento más execrable de la infamia humana. La ignorancia, la imbecilidad, la locura, la crueldad, la mentira, el crimen, aparecen aquí tan de manifiesto, que las generaciones venideras se estremecerán de vergüenza al recordar la obra de estos tiempos. Es la confesión descarada y horrible de nuestra bajeza. ¿Significa la muerte próxima de nuestra nación? ¿Qué baño de bondad y de pureza nos limpiará del cieno emponzoñado en que nos revolcamos…?
>
> Como dije en carta dirigida al presidente de la república después de la vergonzosa absolución de Esterházy, es imposible que un consejo de guerra deshaga lo que otro consejo de guerra ha hecho. Eso sería contrario al espíritu de disciplina. Y el fallo jesuítico del consejo de Rennes es prueba de que por disciplina se puede llegar al extremo de condenar dos veces a un inocente. Así la justicia militar debe

[46] BREDIN, Jean Denis, *op. cit.*, pp. 413-415.
[47] *Ibidem*, pp. 427-428.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 236 06/01/16 1:08 p.m.

considerarse solo como un arma en manos de los jefes. Desde ahora sólo debe ser válida en tiempo de guerra. No tiene razón de ser en tiempos de paz, puesto que ella misma acaba de condenarse […][48]

## viii. Reivindicación

Después de la sentencia de Dreyfus hubo mucha indignación y protestas. El gobierno propuso indultarlo, Dreyfus no estaba de acuerdo, él no era culpable y el indulto era un perdón. Mateo su hermano le sugirió aceptarlo, era la única forma para que terminaran los sufrimientos, el capitán aceptó el indulto.

El día 19 Dreyfus fue liberado por el Presidente de la República, Emilie Loubert, a petición del gobierno, aunque desde el punto de vista oficial seguía siendo culpable. Le dejaron el estigma de la culpabilidad; tuvo que pasar  más tiempo para su reivindicación.

Los conflictos entre dreyfusistas y los antidreyfusistas se fueron aplacando. A lo largo de siete años, luchó por demostrar la falsedad de la acusación que se hicieron contra él y por consiguiente su reintegración en el ejército.

La reivindicación se dio poco a poco. En 1906 la Corte de Casación anuló la sentencia de Rennes, que se declaró pronunciada por error y equivocadamente. Dreyfus fue nombrado jefe de batallón.

El 21 de julio de 1906, en el mismo patio de la escuela militar, se efectuó una ceremonia para condecorar a Dreyfus, quien recibió la Legión de Honor de manos del general Gillain, en presencia de Picquart ya ascendido a general. Y así Dreyfus quedó limpio de la injusta condena.

Dreyfus murió el 12 de julio de 1935, pero cinco años antes de su muerte se publicaron los cuadernos del agregado alemán Max von Schwartzkopper en los que se demostraba en forma definitiva la inocencia de Dreyfus y la culpabilidad del comandante.

[48] De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *op. cit.*, t. II, pp. 200-201.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 237 06/01/16 1:08 p.m.

El 13 de julio de 1998, el Presidente de Francia Jaques Chirac presidió un acto de desagravio a Dreyfus, víctima inocente condenada por los prejuicios y la intolerancia.

Este resonado Caso Dreyfus fue muy importante en la historia de la política mundial, influyó en el pensamiento de uno de los principales ideólogos del sionismo político: Theodor Herzl, que presenció el proceso y se percato de cómo éste juicio desencadenó una violenta reacción anti judía por parte de las masas que reclamaban "muerte a los judíos". Eso conmocionó a los judíos de Francia y de toda Europa, porque qué podían esperar si Francia, la "sede de la razón", los trataba de esa manera. La injusticia presenciada cambió su vida y le impulsó a escribir un breve libro denominado: *El Estado Judío*, que fue editado en Viena en 1896.[49]

La tesis del autor erala siguiente: el antisemitismo, forma de odio racial, no puede eliminarse más que por la reorganización de los judíos en un centro autónomo, el Estado de los judíos; y su conclusión fue que la nación judía debía resurgir sobre un territorio propio.[50] Su sueño se vio realizado en 1948.

## IX. Bibliografía

Caballos Bejano, Mª de Gracia, *El "Affaire" Dreyfus: un caso de xenofobia y antisemitismo en los albores del siglo XX. Implicaciones políticas y literarias en la prensa francesa*, España, Universidad de Sevilla, 2002.

Bredin, Jean Denis, *The Affair-The Case of Alfred Dreyfus*, trad. de Jeffrey Mehlman, Nueva York, George Braziller, 2000.

De Bray, Eduardo y Sempau, Ramón, *El Capitán Dreyfus (Un proceso celebre*), Barcelona, Casa editorial Maucci, t. I, 1902.

"El caso Dreyfus", disponible en: http://campus.ort.edu.ar/descargar/repositorio/archivo/306913/modulo

[49] Sirvent Gutiérrez, Consuelo, "Palestina", en *Sistemas jurídicos atípicos,* México, Editorial Porrúa, 2011, p. 53.

[50] Herzl, Theodor, *El Estado judío*, Buenos Aires, Editorial Prometeo, 2005, p. 71.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 238 06/01/16 1:08 p.m.

Herzl, Theodor, *El Estado judío*, Buenos Aires, Editorial Prometeo, 2005.

Miquel, Pierre, *El caso Dreyfus,* trad. de Félix Blanco Sasueta, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

Rodríguez Ramírez, Ana Belén, *El affaire Dreyfus en la literatura sefardí*. Disponible en: http://www.egr.es/estremi/miscelania

Secco Ellauri, Oscar y Baridon, Pedro Daniel, *Historia universal. Época contemporánea*, Argentina, Editorial Kapelusz, 1972.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo, "Palestina", en *Sistemas jurídicos atípicos,* México, Editorial Porrúa, 2011.



06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 239 06/01/16 1:08 p.m.

06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 240 06/01/16 1:08 p.m.

# Artículos

## Articles

06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 241 06/01/16 1:08 p.m.

06 SIRVENT (Rev Fac 264).indd 242 06/01/16 1:08 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# La enseñanza-aprendizaje por competencia

## The Teaching And Learning By Competence

María Leoba Castañeda Rivas[1]

Resumen: La educación es un eje clave en el desarrollo de cada país, por ello se debe poner en marcha un cambio del sistema educativo tradicional hacia un sistema de enseñanza por competencia, que permita adquirir conocimientos para la solución de los problemas sociales actuales. Los gobiernos deben implementar políticas públicas encaminadas al acceso a la educación de calidad, para garantizar que nuestra sociedad cuente con mejores condiciones sociales, para hacer posible el estado de bienestar al que la ciudadanía del siglo XXI aspira y tiene derecho.

Palabras clave: *Enseñanza-aprendizaje por competencia; derecho a la educación; Estado de bienestar; desarrollo ciudadano.*

Abstract: Education is a key axis in the development of each country; a change must be implemented from the traditional educational system towards a system of teaching by competence that allows acquire knowledge to solve current social problems. Governments should implement public policies on access to quality education, to ensure the improvement of social conditions in our society, to enable the welfare state that citizenship of the XXI century aims and is entitled.

Keywords: *Teaching and learning by competence; education rights; Welfare state; citizen development.*

[1] Doctora en Derecho por la UNAM y Catedrática de Carrera de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y de la División de Estudios de Posgrado. Doctora Honoris Causa por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Miembro del Consejo Editorial de diversas y prestigiadas publicaciones jurídicas tanto de México como del extranjero. Evaluadora Par de los Programas Nacionales de Posgrado de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Secretaria General de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho. Investigadora Nacional Nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Primera mujer Directora de la Facultad de Derecho de la UNAM, en más de 459 años.

07-Castañeda-RevFac264.indd 243 06/01/16 1:02 p.m.

SUMARIO: I. Introducción. II. La importancia de la educación y el acceso a la misma. III. La enseñanza y el aprendizaje. IV. Las reformas educativas son necesarias para que México avance. V. ¿Qué es la competencia? VI. El sistema educativo por competencia. VII. El proyecto Tuning en América Latina y México. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

*Educar a un joven no es hacerle aprender algo que no sabía, sino hacer de él alguien que no existía.*

JOHN RUSKIN

## I. INTRODUCCIÓN

Toda persona tiene el derecho a la educación, como se señala en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual debe ser gratuita y obligatoria, al menos en lo concerniente a la educación elemental, la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos.

Han existido diversos modelos de enseñanza; algunos, meramente informativos; otros, abiertos y absolutamente tendientes a la práctica de hoy, en el auge de los derechos humanos, se requiere dotar a toda persona por el hecho de serlo, de los elementos y herramientas que le permitan ser competitivo, para lograr un desarrollo integral, en su comunidad.

En tal sentido, los gobiernos de los Estados deben garantizar el acceso a la misma, toda vez que la educación es un eje clave en el desarrollo de cada país, gracias a ésta es posible mejorar las condiciones sociales, económicas, política, culturales y de valores de cada sociedad, por ello se debe poner en marcha un cambio al sistema educativo tradicional en el que solo se adquieren conocimientos pero no se resuelven los problemas sociales, a una enseñanza por competencia que permite adquirir conocimientos



07-Castañeda-RevFac264.indd 244 06/01/16 1:02 p.m.

para la solución de los mismos, lo cual dará paso a un desarrollo económico de cada país.

El diseño de la educación por competencia, debe dar paso a las nuevas tecnologías, presentes en el mundo globalizado; pues el futuro de la sociedad depende de conocimientos, destrezas y competencias que se deben adquirir a través de la educación, por ello los gobiernos deben implementar políticas públicas encaminadas al desarrollo de las habilidades derivadas del acceso a la educación de calidad, para garantizar que nuestra sociedad cuente con mejores condiciones sociales y de conocimiento ante otras regiones, para hacer posible el estado de bienestar a que la ciudadanía del siglo XXI aspira y tiene derecho, incluso de mandato constitucional.

## II. La importancia de la educación y el acceso a la misma

La sociedad y el gobierno de cada país, juegan un papel importante para promover la educación; con ésta se busca mejorar y transformar a la sociedad, a través de un mayor compromiso de las personas con su entorno.

Los países –Estados en el ámbito internacional– tienen la obligación de garantizar la educación, como un derecho humano consignado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 26, el cual señala:

> Artículo 26.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.[2]

[2] *Declaración Universal de Derechos Humanos*, disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/, (visitada el 7 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 245 06/01/16 1:02 p.m.

Asimismo el objeto de la educación lo encontramos consagrado en su párrafo 2 de este mismo artículo, que en lo conducente establece:

> La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.[3]

Por tanto, la educación tiene por objeto entre otros, el de promover el perfeccionamiento de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y el desarrollo de cada país, toda vez que la educación contribuye a mejorar la calidad de vida, adquiriendo el conocimiento y las aptitudes necesarias para la calidad de vida de los seres humanos, en el contexto de su "habitad" natural e intelectual.

Cada país, debe garantizar el acceso a la educación de primera calidad, incluyendo el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres desde los primeros años de educación, es decir, a través de una enseñanza de calidad, en la que se promueva el desarrollo creativo y psicológico "respaldando los objetivos de la paz, la ciudadanía y la seguridad, fomentando la igualdad y transmitiendo los valores culturales mundiales y locales a las generaciones futuras".[4]

En este sentido, el "derecho al acceso a la educación comprende tres elementos: la prestación de educación en todas las fases de la niñez y después de ésta, de forma coherente con los objetivos de la Educación para Todos; la existencia de plazas escolares accesibles o

---

[3] *Ídem.*

[4] UNICEF, *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos*, Nueva York, 2008, p. 32. Disponible en: http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001588/158893s.pdf, (visitada el 7 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 246 06/01/16 1:02 p.m.

de oportunidades de aprendizaje en cantidad suficiente; y la igualdad de oportunidades".[5]

Así, la educación tiene que ser igual para todos, de esta forma la sociedad en su conjunto se podrá desarrollar en un mismo nivel de competencia.

Por ello, a fin de garantizar el derecho a la educación, México forma parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de los integrantes de los Estados miembros. Realiza foros entre los gobiernos que la integran para compartir experiencias y acciones positivas y buscar soluciones a los problemas comunes, proponiendo reformas al sistema educativo en todos los niveles.

Es verdad que en la actualidad, se requiere una reforma integral al sistema educativo, ya que se debe tratar de abatir "la pobreza, reducir los niveles de desigualdad, romper con los mecanismos que perpetúan estas condiciones en los grupos y las familias de menores ingresos y excluidas de los derechos sociales, lograr una más rápida integración del país en la sociedad y la economía del conocimiento, incrementar la competitividad".[6] Esto podría alcanzarse cuando los niños y jóvenes de México tengan acceso a una educación de calidad que introduzca el manejo de las nuevas tecnologías en la enseñanza-aprendizaje con docentes capacitados.

En tal sentido, los gobiernos de los Estados deben garantizar el acceso a la misma, toda vez que la educación es un eje clave en el desarrollo de cada país, gracias a ésta es posible mejorar las

---

[5] *Ibídem*, p. 29.

[6] Narro Robles, José y Moctezuma Navarro, David, "Hacia una reforma del Sistema Educativo Nacional", en Narro Robles, José, Martuscelli Quintana, Jaime y Barzana García, Eduardo (coords.), *Plan de diez años para desarrollar el Sistema Educativo Nacional* (En Línea), México, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, UNAM, pp. 9-10. Disponible en: http://www.planeducativonacional.unam.mx/PDF/completo.pdf, (visitada el 7 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 247 06/01/16 1:02 p.m.

condiciones sociales, económicas, política y de valores; desafortunadamente, aún se debe trabajar para ello. Por tanto es así que la educación:

> [...] está llamada a cumplir un papel decisivo en los cambios que México requiere. No sólo porque la formación de individuos educados y capacitados es indispensable para impulsar una economía moderna, sino también y principalmente porque el proceso educativo, desde la formación inicial hasta la máxima especialización, transforma las maneras de pensar, actuar y relacionarse de las personas. La educación genera sociedad y genera cultura. Por ello de la transformación educativa depende, en gran medida, la gestación del cambio social y cultural que habrá de conducir el futuro de México.[7]

## III. La enseñanza y el aprendizaje

La enseñanza y el aprendizaje forman un binomio que permite al ser humano transmitir sus conocimientos y aprender de su experiencia, de tal suerte que una generación prepara a otra, mediante la formación y las herramientas tendientes a replicar el conocimiento.

Es decir, a través de la enseñanza se instruye, se educa, se prepara para la vida y el trabajo a las próximas generaciones, toda vez que el aprendizaje es "un cambio relativamente permanente en el comportamiento, que refleja la adquisición de conocimiento o habilidades a través de la experiencia, y que puede incluir el estudio, la instrucción, la observación o la práctica",[8] dirigir el conocimiento para preparar a los jóvenes al cambiante contexto social en el que vivimos desarrollando las habilidades y actitudes de cada uno, para ser más competitivos.

---

[7] Muñoz García, Humberto y Rodríguez Gómez, Roberto, *La educación y el futuro de México, op. cit.*, p. 60.

[8] *¿Qué es el aprendizaje?*, p. 1. Disponible en: http://www.educativo.utalca.cl/medios/educativo/profesores/basica/aprender.pdf (visitada el 8 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 248 06/01/16 1:02 p.m.

Sin embargo, los alumnos son aptos para aprender cualquier conocimiento, si le dan un significado pero también puede aprender de una forma memorística utilizando el conocimiento de manera mecánica, sin entender lo que dice o lo que hace, como sucede en los modelos tradicionales de enseñanza, en los cuales los alumnos son destinatarios pasivos, lo cual debe cambiar para que sean más activos y competitivos. A nivel mundial, se debe dar la oportunidad a los alumnos de desarrollar las habilidades y destrezas, para dejar de lado al sistema tradicional memorístico y dar paso al sistema educativo por competencias.

Así, por ejemplo en "el país norteamericano se calcula que el 85% del tiempo de una clase es ocupada por la explicación del maestro, dejando simplemente un 15% para que los alumnos opinen. Mientras que en Finlandia se enfoca un 60% a las opiniones de los alumnos y un 40% a la explicación de los maestros, dando mayor apertura al aprendizaje de cada estudiante".[9] De ahí que Finlandia, se ha posicionado en los primeros lugares de la prueba PISA (Programfor International Student Assessment), ya que se han preocupado por adecuar la educación a los intereses de los estudiantes, basado en la colaboración, creatividad, igualdad de oportunidades y la formación de los educadores, de tal suerte que resulta importante transformar el sistema de enseñanza aprendizaje para que nuestros estudiantes tengan mayores habilidades para su proyecto profesional futuro.

## IV. Las reformas educativas son necesarias para que México avance

La demanda de formar recursos humanos preparados para enfrentar las necesidades a través de la educación tradicional ha sido

[9] Martínez, Fabiola, *La educación es la mejor herramienta para el desarrollo de un país*, 9 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.maestrosdelweb.com/educacion-para-desarrollo-de-un-pais/, (visitada el 8 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 249 06/01/16 1:02 p.m.

rebasada, por ello han surgido nuevos proyectos de reforma a la educación en las que se busca adaptar nuevos modelos académicos.

Las reformas en materia de educación en el mundo, obedecen a las transformaciones sufridas por el sistema educativo en los países desarrollados y en desarrollo.

México se encuentra estancado; deben buscarse estrategias para ejecutar el aprendizaje competitivo, según el contexto mundial. Ante esta situación se han puesto en marcha reformas integrales de la educación media superior y educación básica, que abarcan todos los niveles desde preescolar hasta la universidad, las cuales tienen como común denominador el enfoque basado en competencias.

Para ello es necesario que "la educación que se imparta dé respuesta a las necesidades de los estudiantes, de manera que el costo-beneficio de continuar estudiando o comenzar a trabajar de tiempo completo se incline hacia la permanencia en la escuela,"[10] es decir, la educación debe contribuir al crecimiento del estudiante como individuo, a través del desarrollo de habilidades y actitudes, que les permitan desenvolverse en nuestra sociedad, buscando así una vinculación entre el sector educativo con el productivo, elevando sus habilidades, de cara a las múltiples transformaciones que se dan en nuestra sociedad.

La pluralidad de modelos educativos en la educación media superior, permite atender a la población, por ello en México se ha creado la reforma estructural en el Sistema Nacional de Bachillerato, la cual contempla cuatro ejes:

1. El primero, está enfocado a la construcción de un marco curricular común, con base en competencias.

---

[10] *Reforma Integral de la Educación Media Superior en México: La Creación de un Sistema Nacional de Bachillerato en un marco de diversidad*. México, enero de 2008, p. 11. Disponible en: http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38043188, (visitada el 8 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 250 06/01/16 1:02 p.m.

2. El segundo eje, integra las características de las distintas opciones de operación de la educación media superior, de manera que puedan ser integradas al Sistema Educativo del país, es decir, al Sistema Nacional de Bachillerato.
3. El tercer eje, especifica los mecanismos de gestión de la reforma, necesarios para fortalecer el desempeño académico de los alumnos para una mejor calidad de las instituciones, mecanismos de apoyo a los estudiantes y la formación docente.
4. En el cuarto y último eje, se establece la forma en que se reconocerán los estudios realizados en el marco del Sistema Nacional de Bachillerato, en el que compartan objetivos fundamentales, que se verán reflejados en una certificación nacional.[11]

De tal suerte que el 26 de septiembre de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo número 442 por el que se establece el Sistema Nacional de Bachillerato en un marco de diversidad, estableciéndose en dicho acuerdo el marco curricular común de competencias, es decir la integración de habilidades, conocimientos y actitudes, enriqueciendo los planes y programas de estudio existentes, para asegurar a los jóvenes diversas oportunidades para realizarse en su vida adulta.

Es valioso fortalecer las matriculas, o bien disminuirlas para vincular a las carreras con el sector productivo, por ello

> [...] es necesario innovar el Sistema Educativo para formular nuevas opciones y modalidades que usen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, con modalidades de educación abierta y a distancia. A su vez, es importante fomentar las carreras técnicas y vocacionales que permitan la inmediata incorporación al

[11] *Cfr. Ibidem*, p. 5.



07-Castañeda-RevFac264.indd 251 06/01/16 1:02 p.m.

trabajo, propiciando la especialización, así como la capacitación en el trabajo.[12]

Así, el nuevo docente por competencia debe utilizar su creatividad, experiencia y conocimiento, para "*crear escenarios de aprendizaje* donde el estudiante se enfrente a retos que pongan a prueba sus recursos de todo tipo, mismos que se desarrollará y dejará en un escalón superior para que a su vez le sirvan de base para, posteriormente, en otro "escenario de aprendizaje", subir un peldaño más".[13]

## V. ¿Qué es la competencia en la enseñanza?

Al escuchar el término competencia, lo primero que viene a la mente es un enfrentamiento o una contienda, sin embargo no nos referimos a esto, sino a las habilidades, conocimientos y valores, los cuales se convierten en competencias, al ponerlos a prueba para resolver un problema en un contexto particular.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): "Una competencia es más que conocimiento y habilidades. Implica la capacidad de responder a demandas complejas, utilizando y movilizando recursos psicosociales (incluyendo habilidades y actitudes) en un contexto particular".[14]

---

[12] *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, México, Gobierno de la República, p. 62. Disponible en: http://pnd.gob.mx/, (visitada el 8 de septiembre del 2015).

[13] Blanco Patiño, Armando, *Sobre el concepto y modelo de competencias*, México, UNAM, p. 28. Disponible en: ://www.cch.unam.mx/comunicacion/sites/www.cch.unam.mx.comunicacion/files/eutopia11_epic_d.pdf, (visitada el 8 de septiembre del 2015).

[14] DeSeCo, *The definition and selection of key competencies. Executive Summary*, OCDE, 2005, p. 4. Citado en: Acuerdo Número 442 por el que se establece el Sistema Nacional de Bachillerato en un marco de diversidad, viernes 26 de septiembre de 2008, Diario Oficial de la Federación, p. 31. Disponible en: http://www.sems.gob.mx/work/models/sems/Resource/10905/1/images/Acuerdo_numero_442_establece_SNB.pdf (visitada el 9 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 252 06/01/16 1:02 p.m.

En este sentido, la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), define la competencia como un:

> Conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas, tanto específicas como transversales, que debe reunir un titulado para satisfacer plenamente las exigencias sociales. Fomentar las competencias es el objetivo de los programas educativos. Las competencias son capacidades que la persona desarrolla en forma gradual y a lo largo de todo el proceso educativo y son evaluadas en diferentes etapas. Pueden estar divididas en competencias relacionadas con la formación profesional en general (competencias genéricas) o con un área de conocimiento (específicas de un campo de estudio).[15]

Podemos señalar que, la competencia no sólo es conocimiento y habilidades, es saber resolver un problema con base en las habilidades y destrezas obtenidas a través de la educación, que nos permite desarrollarnos profesionalmente, es decir, la capacidad de responder a demandas complejas.

Si bien no se cuenta con un consenso respecto de este término, José Gimeno Sacristán, señala que todas sus concepciones suelen tener en común tres enfoques:

> a) reaccionar en contra de los aprendizajes academicistas tradicionales que no aporta capacitación alguna al sujeto porque, una vez memorizados y evaluados, se erosionan en la memoria o se fijan como mera erudición; b) una orientación más precisa de este enfoque utilitarista de la enseñanza lo representa la experiencia de formación profesional, en las que el dominio de determinadas destrezas, habilidades o competencias es la condición primordial del sentido de la formación; y c) se trata de planteamientos que estiman que la funcionalidad es la meta de toda educación, refiriéndose a que lo aprendido pueda ser empleado como recursos o capacitación

[15] Allende, Carlos María de y Morones Díaz, Guillermo, *Glosario de términos vinculados con la cooperación académica*, México, ANUIES, 2006, p. 4. Citado en Acuerdo Número 442 por el que se establece el Sistema Nacional de Bachillerato en un marco de diversidad, *idem*.



07-Castañeda-RevFac264.indd 253 06/01/16 1:02 p.m.

> adquirida en el empeño de cualquier acción humana, no sólo en las de carácter manual, sino también en las conductuales (ejercer determinados comportamientos), intelectuales (utilizar una teoría para interpretar un suceso o fenómeno), expresivas o de comunicación (emitir mensajes), de relación con los demás (dialogar).[16]

Con la educación de competencias, se busca que el binomio profesor-estudiante, se desarrolle de tal suerte que se permita que adquieran mayores habilidades para su competitividad en cuanto a la resolución de conflictos que se dan en su entorno, profesional y puedan tener una mejor calidad de vida.

## VI. El sistema educativo por competencia

Debido a las múltiples transformaciones que se dan en nuestra sociedad, tanto en la vida económica, política y social, las nuevas generaciones del siglo XXI, deberán estar preparadas con ciertas y diversas habilidades, conocimientos y competencias para un mejor futuro, por ello es necesario que los planes de estudio de nuestro sector educativo se actualicen en cuanto a las necesidades de nuestra sociedad, es decir, que estén articulados con los problemas del mundo.

Para alcanzar un sistema educativo por competencia, se requiere de la colaboración de todos los actores en su conjunto, elaborando nuevas políticas en educación que den paso a la transformación y uso de las nuevas tecnologías, mejorar la calidad educativa en todos los niveles de educación, que las instituciones educativas cuenten con infraestructura y equipamiento necesario, que se amplié la cobertura en educación superior, para tener cada día mejores ciudadanos en el mundo.

---

[16] Moreno Olivos, Tiburcio, "Competencias en educación Una mirada crítica", en *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 15, núm. 44, enero-marzo de 2010, p. 291. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/rmie/v15n44/v15n44a17.pdf, (visitada el 9 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 254 06/01/16 1:02 p.m.

Así, la educación permitirá mejorar las oportunidades laborales, eliminando la pobreza en los hogares, la oportunidad que tienen las mujeres a no ser discriminadas, ya que gracias a la igualdad de oportunidades este sector tiene conocimiento de los derechos que le asisten, sin embargo no debemos perder de vista que aun se tiene que trabajar sobre la desigualdad al acceso a la educación, no obstante los avances que se han obtenido actualmente.

La educación por competencia surge desde finales del siglo XX en Europa, primero el proyecto Tuning, impulsado por la Unión Europea y posteriormente por el proyecto DeSeCo (Definición y Selección de Competencias) (DeSeCo, 2000 y 2005), que promueve la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Así, se propone innovar la calidad educativa, garantizando un nivel general de habilidades y conocimiento más alto, formando recursos humanos preparados para enfrentar las necesidades, facilitando con ello el crecimiento económico en el contexto nacional e internacional. De tal suerte que, el Proyecto Tuning es uno de los más importantes en educación superior en Europa, toda vez que contempla los principios de calidad, movilidad, diversidad y competitividad, con la finalidad de incrementar el empleo, y atraer a estudiantes y profesores de otras partes del mundo.

Lo que se exige es reinventar la escuela de modo que sea capaz de estimular el desarrollo de los conocimientos, habilidades, actitudes, valores y emociones, pues los ciudadanos, cada vez más requieren convivir en contextos sociales cambiantes, inciertos y saturados de información, contextos caracterizados por la supercomplejidad.

Es decir, se busca pasar del conocimiento tradicional, en el que el objetivo era desarrollar teoría para explicar el problema y cuyo conocimiento se revierte a la comunidad científica, a un conocimiento de competencia que tiene como objetivo resolver los problemas usando la teoría, enfocando los problemas desde la necesidad de su



07-Castañeda-RevFac264.indd 255 06/01/16 1:02 p.m.

resolución revirtiendo dicho conocimiento a la sociedad y no sólo a un sector o a una formación de pensamiento.

Para esto, los profesores deben ayudar a que los estudiantes desarrollen competencias, es decir, que obtengan un pensamiento crítico que les permita resolver problemas; que tengan la capacidad para el trabajo colaborativo en distintos entornos; la adaptación al cambio, y la capacidad para adquirir nuevos conocimientos a lo largo de sus vidas.

> La adopción del modelo por competencias en educación superior supone, para el docente, mover el foco de la enseñanza al aprendizaje. Aprendizaje entendido como un proceso que permite captar, codificar, relacionar y almacenar nueva información con aquella ya integrada en la memoria a largo plazo; el procesamiento de la información así entendido, está implicado en todas las actividades cognitivas, sea el pensamiento, la resolución de problemas, el olvido, el recuerdo, etc.[17]

De acuerdo con la publicación intitulada "Acuerdo de cooperación México-OCDE para mejorar la calidad de la educación de las escuelas mexicanas" de la OCDE, establece una serie de recomendaciones en el diseño de políticas educativas, las cuales proponen lo siguiente:

- Reforzar la importancia del papel que juegan los docentes, determinar los estándares claros de la práctica docente (ITP, por sus siglas en inglés) de alta calidad; atraer mejores candidatos; profesionalizar la selección, contratación, y evaluación de docentes; y vincular a los docentes y su desarrollo profesional de forma más directa con las necesidades de las escuelas.

---

[17] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Aurora *et al.*, "Aprendizaje basado en competencias: una propuesta para la autoevaluación del docente", en *Profesorado Revista de currículum y formación del profesorado*, vol. 16, núm. 2, mayo-agosto de 2012, p. 375. Disponible en: http://www.ugr.es/~recfpro/rev162COL5.pdf, (visitada el 9 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 256 06/01/16 1:02 p.m.

- Redefinir y apoyar un liderazgo y una gestión escolar de excelencia; consolidar el papel de los directores escolares fijando estándares claros: proporcionando formación, selección y contratación profesionales, facilitando una autonomía escolar con estructuras de apoyo y garantizando la participación social. Las escuelas también necesitan tener una fuente de financiamiento estable que responda a sus necesidades específicas.[18]

Así, la educación como política de Estado debe materializarse en planes, programas, proyectos y acciones que promuevan la cultura, la investigación, la innovación, el conocimiento, la ciencia, la tecnología y la técnica, para la solución de problemas sociales como lo hemos señalado con antelación.

Es así que, debido a la diversificación de carreras profesionales, las universidades tienen la obligación de proporcionar a estudiantes y a la sociedad en su conjunto, un sistema de educación superior que ofrezca las mejores oportunidades de desarrollo profesional, permitiéndoles acceder al mundo académico a través de la educación a distancia con el uso de las nuevas tecnologías y la movilidad estudiantil y académica.

Por tanto, el Estado, como rector de la educación tiene la obligación de garantizar el pleno cumplimiento del derecho a la misma en condiciones de equidad, a través de sus políticas públicas debe autorizar la asignación de los recursos al sector educativo, ya que al garantizar la calidad en la educación inicial, les permite a los niños y jóvenes, desarrollar sus habilidades y competencias para construir principios y valores que fortalezcan a la sociedad, llenándola de

[18] "Acuerdo de cooperación México-OCDE para mejorar las escuelas: Estrategias para la acción en México. Establecimiento de un marco para la evolución de un marco para la evaluación e incentivos para docentes: Consideraciones para México. Resumen ejecutivo", OCDE, 2010, p. 3. Disponible en: http://www.oecd.org/edu/school/46216786.pdf, (visitada el 9 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 257 06/01/16 1:02 p.m.

conocimiento para su crecimiento económico y hacerla más competitiva en el mundo.

## VII. El proyecto Tuning en América Latina y México

El proyecto Tuning hasta finales del 2004 había sido sólo una experiencia exclusiva de Europa, sin embargo las Universidades de América Latina se interesaron por el proyecto, dada la globalización que enfrenta nuestra sociedad.

Dicho proyecto, ha sido concebido como "un espacio de reflexión de actores comprometidos con la educación superior, que a través de la búsqueda de consensos, contribuye para avanzar en el desarrollo de titulaciones fácilmente comprobables y comprensibles, de forma articulada en América Latina"[19]

Con ello, podemos destacar las cuatro grandes líneas que tiene el Proyecto Tuning, las cuales son: "1) competencias (genéricas y especificas de las áreas temáticas); 2) enfoques de enseñanza aprendizaje y evaluación; 3) créditos académicos; y 4) calidad de los programas".[20]

El enfoque de competencias centra su atención en los procesos educativos, esto se refleja en las habilidades y actitudes que adquiera en los procesos de formación, es decir, que se encuentran en los planes y programas de estudio de diversas carreras. Así el profesor

[19] "Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina, Informe Final-Proyecto Tuning-América Latina 2004-2007", España, Universidad de Deusto, Universidad de Groningen, p. 13. Disponible en: http://www.uv.mx/personal/aririvera/files/2012/06/LIBRO_TUNING_AMERICA_LATINA-texto.pdf, (visitada el 9 de septiembre del 2015).

[20] Beneitone, Pablo, "El proyecto Tuning América Latina y el desarrollo curricular basado en competencias, Seminario taller centroamericano sobre desarrollo curricular basado en competencias y evaluación de calidad de la educación superior", p. 3. Disponible en: http://daad.csuca.org/attachments/122_MEMORIA%20I%20SEMINARIO%20TALLER%20SOBRE%20DESARROLLO%20CURRICULAR%20BASADO%20EN%20COMPETENCIAS.pdf, (visitada el 9 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 258 06/01/16 1:02 p.m.

centra su atención en el aprendizaje y desarrollo de competencias de sus estudiantes, de tal suerte que el estudiante se convierte en el actor de su propio aprendizaje, desarrollando un pensamiento crítico y es a través de éste que se adquiere la competencia.

Es importante resaltar, que las Universidades latinoamericanas son los actores centrales de este proyecto, ellas trabajan en la búsqueda de lo que debería saber y hacer un alumno universitario, para ampliar sus destrezas y habilidades elevando su desarrollo; inicialmente estas Universidades se enfocaron en cuatro áreas del conocimiento que fueron: Administración de empresas, Educación, Historia y Matemáticas, posteriormente se incorporaron: Arquitectura, Derecho, Enfermería, Física, Geología, Ingeniería Civil, Medicina y Química, así se elaboró una lista de las competencias genéricas para América Latina, en la que se establece:

1. Capacidad de abstracción, análisis y síntesis.
2. Capacidad de aplicar los conocimientos en la práctica.
3. Capacidad para organizar y planificar el tiempo.
4. Conocimientos sobre el área de estudio y la profesión.
5. Responsabilidad social y compromiso ciudadano.
6. Capacidad de comunicación oral y escrita.
7. Capacidad de comunicación en un segundo idioma.
8. Habilidades en el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.
9. Capacidad de investigación.
10. Capacidad de aprender y actualizarse permanentemente.
11. Habilidades para buscar, procesar y analizar información procedente de fuentes diversas.
12. Capacidad crítica y autocrítica.
13. Capacidad para actuar en nuevas situaciones.
14. Capacidad creativa.



07-Castañeda-RevFac264.indd 259 06/01/16 1:02 p.m.

15. Capacidad para identificar, plantear y resolver problemas.
16. Capacidad para tomar decisiones.
17. Capacidad de trabajo en equipo.
18. Habilidades interpersonales.
19. Capacidad de motivar y conducir hacia metas comunes.
20. Compromiso con la preservación de medio ambiente.
21. Compromiso con su medio socio-cultural.
22. Valoración y respecto por la diversidad y multiculturalidad.
23. Habilidad para trabajar en contextos internacionales.
24. Habilidad para trabajar en forma autónoma.
25. Capacidad para formular y gestionar proyectos.
26. Compromiso ético.
27. Compromiso con la calidad.[21]

De esta manera, lo que se busca es iniciar un diálogo para intercambiar información y mejorar la colaboración entre las instituciones de educación superior, favoreciendo el desarrollo de la calidad, efectividad y transparencia, tomando en cuenta las competencias que se adquieren.

Así, las universidades pueden convertirse en centros de capacitación para el trabajo, en tal sentido, no sólo se evaluará el conocimiento abstracto sino que se haya adquirido destrezas y habilidades suficientes para la competencia. Los modelos por competencias profesionales, promueven acciones que modifican la práctica docente, proponen el acercamiento dinámico a la realidad del mundo y requieren que el estudiante asuma un papel activo en su aprendizaje.

De la misma manera, ante la globalización que vivimos se ha dado paso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC´s), lo cual ha implicado nuevos cambios en la forma de

[21] BENEITONE, Pablo, "El proyecto Tuning América Latina y el desarrollo curricular basado en competencias…", *ibidem*, pp. 6-7.



07-Castañeda-RevFac264.indd 260 06/01/16 1:02 p.m.

enseñanza-aprendizaje, ya que lo que se busca al incorporar estas tecnologías, es mejorar la calidad de la educación enriqueciendo las prácticas educativas tradicionales para dar paso a un sistema en el que adquiera conocimientos y habilidades que le permitan resolver problemas sociales, formando profesionales enfocados a contribuir con el desarrollo de las sociedades.

Por ejemplo, el Departamento de Educación de Puerto Rico, ha implementado estrategias educativas a los estudiantes a través del acceso a las Tecnologías de la Información y la comunicación (TIC), diseñando una escuela virtual buscando con ello "revertir el abandono escolar, elevar los niveles de competencia y aptitudes del estudiantado y mejorar la práctica docente ampliando sus herramientas de enseñanza".[22] Fomentando la creatividad, las habilidades y competencias tanto de los alumnos como de los docentes.

De igual forma, la oferta académica se ha modificado ya que la movilidad académica ha permitido el intercambio de información, de experiencias y de conocimientos culturales; enfocados a un conocimiento multi e interdisciplinarios, dando paso a la internacionalización de la educación superior en todas las universidades, toda vez que los estudiantes deben seguir ampliando su conocimiento para mejorar sus competencias, así las universidades deben darse a la tarea de fortalecerse entre ellas, para promover la colaboración y el intercambio disciplinario local, estatal, nacional e internacional.

Es así que los gobiernos deben poner atención y generar políticas públicas en torno al Sistema educativo, que permita dar a nuestros jóvenes una educación de calidad de la que adquieran las habilidades y destrezas para alcanzar un mejor nivel de vida a través de una educación de calidad, promoviendo el desarrollo económico de cada país.

---

[22] Ruiz, Silvia, "La nueva escuela virtual", en *az. Revista de Educación y Cultura*, México, núm. 91, marzo de 2015, p. 34.



07-Castañeda-RevFac264.indd 261 06/01/16 1:02 p.m.

## VIII. Conclusiones

*Primera.* La educación es un Derecho Humano, ésta debe ser gratuita y obligatoria, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental, el acceso a los estudios superiores será igual para todos.

Para que este derecho sea garantizado, el Estado debe dar acceso a una educación de calidad para todos, en tal virtud éste se debe encargar de elaborar las reformas necesarias para abatir la pobreza, los niveles de desigualdad, logrando con ello una integración más rápida de la sociedad y la economía, incrementando la competitividad de sus ciudadanos.

*Segunda.* Es a través de la enseñanza que se instruye, se educa, se prepara para la vida y el trabajo a las próximas generaciones, toda vez que el aprendizaje refleja la adquisición de conocimiento o habilidades a través de la experiencia, permitiendo así preparar a los estudiantes, para enfrentar el cambiante contexto social en el que vivimos.

*Tercera.* Las reformas en materia de educación en el mundo, obedecen a las transformaciones del propio sistema, en los países desarrollados y en desarrollo. México debe hacerse más competitivo en el contexto mundial, así se debe buscar que las reformas al sistema educativo den respuesta a las necesidades de los estudiantes, de manera que el costo-beneficio de continuar estudiando o comenzar a trabajar de tiempo completo se incline hacia la permanencia en la escuela, de tal suerte que se debe innovar el Sistema Educativo para formular nuevas opciones y modalidades que usen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que permitan alcanzar tal cometido.

*Cuarta.* La competencia implica la capacidad de responder a demandas complejas que se dan en nuestra sociedad, a través de la educación por competencia en la que se adquieren las habilidades



07-Castañeda-RevFac264.indd 262 06/01/16 1:02 p.m.

y destrezas necesarias para la resolución de conflictos que se dan en el entorno

*Quinta.* Debido a las múltiples transformaciones de nuestra sociedad, tanto en la vida económica, política y social, las nuevas generaciones del siglo XXI, deberán estar preparadas con nuevas habilidades, conocimientos y competencias para un mejor futuro.

De este modo, se requiere de la colaboración de todos los actores en su conjunto, elaborando nuevas políticas en educación que den paso a la transformación y uso de las nuevas tecnologías, que permitan mejorar la calidad educativa en todos los niveles de educación.

*Sexta.* Las reformas sobre la educación por competencia surge desde finales del siglo XX en Europa, primero el proyecto Tuning, impulsado por la Unión Europea y posteriormente por el proyecto DeSeCo (Definición y Selección de Competencias) (DeSeCo, 2000 y 2005), que promueve la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

En éstas, se propone innovar la calidad educativa, garantizando un nivel general de habilidades y conocimiento más alto, formando recursos humanos preparados para enfrentar las necesidades, facilitando con ello el crecimiento económico en el contexto nacional e internacional

*Séptima*. El proyecto Tuning hasta finales del 2004 había sido sólo una experiencia exclusiva de Europa, sin embargo las Universidades de América Latina se interesaron por el proyecto, dada la globalización que enfrenta nuestra sociedad, ellas trabajan en la búsqueda de lo que debería saber y hacer un alumno universitario, para ampliar sus destrezas y habilidades elevando su desarrollo profesional.



07-Castañeda-RevFac264.indd 263 06/01/16 1:02 p.m.

## IX. Bibliografía

### 1. Referencias electrónicas

"Acuerdo de cooperación México-OCDE para mejorar las escuelas: Estrategias para la acción en México. Establecimiento de un marco para la evolución de un marco para la evaluación e incentivos para docentes: Consideraciones para México. Resumen ejecutivo", OCDE, 2010. Disponible en: http://www.oecd.org/edu/school/46216786.pdf

"Acuerdo Número 442 por el que se establece el Sistema Nacional de Bachillerato en un marco de diversidad", *Diario Oficial de la Federación*, viernes 26 de septiembre de 2008. Disponible en: http://www.sems.gob.mx/work/models/sems/Resource/10905/1/images/Acuerdo_numero_442_establece_SNB.pdf

Beneitone, Pablo, *El proyecto Tuning América Latina y el desarrollo curricular basado en competencias. Seminario taller centroamericano sobre desarrollo curricular basado en competencias y evaluación de calidad de la educación superior*. Disponible en: http://daad.csuca.org/attachments/122_MEMORIA%20I%20SEMINARIO%20TALLER%20SOBRE%20DESARROLLO%20CURRICULAR%20BASADO%20EN%20COMPETENCIAS.pdf

Blanco Patiño, Armando, *Sobre el concepto y modelo de competencias*. Disponible en: http://www.cch.unam.mx/comunicacion/sites/www.cch.unam.mx.comunicacion/files/eutopia11_epic_d.pdf

"Declaración Universal de Derechos Humanos", disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/

Martínez Martínez, Aurora *et al.*, "Aprendizaje basado en competencias: una propuesta para la autoevaluación del docente", en *Profesorado Revista de currículum y formación del profesorado*, vol. 16, núm. 2, mayo-agosto de 2012, p. 375. Disponible en: http://www.ugr.es/~recfpro/rev162COL5.pdf, (visitada el 9 de septiembre del 2015).



07-Castañeda-RevFac264.indd 264 06/01/16 1:02 p.m.

Martínez, Fabiola, *La educación es la mejor herramienta para el desarrollo de un país*, 9 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.maestrosdelweb.com/educacion-para-desarrollo-de-un-pais/

Narro Robles, José y Moctezuma Navarro, David, "Hacia una reforma del Sistema Educativo Nacional", en Narro Robles, José, Martuscelli Quintana, Jaime y Barzana García, Eduardo (coords.), *Plan de diez años para desarrollar el Sistema Educativo Nacional* (En Línea), México, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, UNAM, pp. 9-10. Disponible en: http://www.planeducativonacional.unam.mx/PDF/completo.pdf, (visitada el 7 de septiembre del 2015).

Moreno Olivos, Tiburcio, "Competencias en educación Una mirada crítica", en *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 15, núm. 44, enero-marzo de 2010, p. 291. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/rmie/v15n44/v15n44a17.pdf, (visitada el 9 de septiembre del 2015).

*Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, México, Gobierno de la República. Disponible en: http://pnd.gob.mx/ .

*¿Qué es el aprendizaje?* Disponible en: http://www.educativo.utalca.cl/medios/educativo/profesores/basica/aprender.pdf

"Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina, Informe Final-Proyecto Tuning-América Latina 2004-2007", España, Universidad de Deusto, Universidad de Groningen. Disponible en: http://www.uv.mx/personal/aririvera/files/2012/06/LIBRO_TUNING_AMERICA_LATINA-texto.pdf

"Reforma Integral de la Educación Media Superior en México: La Creación de un Sistema Nacional de Bachillerato en un marco de diversidad", enero de 2008. Disponible en: http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38043188.

UNICEF, *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos*, Nueva York, 2008. Disponible en: http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001588/158893s.pdf.

Referencia hemerográfica

Ruiz, Silvia, "La nueva escuela virtual", en *az. Revista de Educación y Cultura*, México, núm. 91, marzo de 2015.



07-Castañeda-RevFac264.indd 265 06/01/16 1:02 p.m.

07-Castañeda-RevFac264.indd 266 06/01/16 1:02 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# El principio *pro persona* y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones

## The principle pro personan and the protection of human rights: scope and implications

Rodrigo Brito Melgarejo[1]

Resumen: El principio *pro persona* supone una nueva dinámica de actuación por parte de los operadores jurídicos en nuestro país. Es por ello que en este artículo se señala la importancia de conocer los alcances e implicaciones que este criterio hermenéutico tiene dentro de nuestro sistema jurídico, pues de esta manera se podrá orientar la actuación de los órganos jurisdiccionales a fin de dotar de una mayor eficacia a las normas de derechos humanos.

Palabras clave: *principio* pro persona*; reforma constitucional de junio de 2011; sistema normativo; interpretación jurídica; derechos humanos.*

Abstract: The *pro persona* principle implies a new dynamic of action by legal operators in our country. That is why in this article the author shows the importance of knowing the scope and implications of this hermeneutical criterion in our legal system, because this way you can guide the actions of the courts in order to provide greater efficiency to human rights standards.

Keywords: *Pro persona principle; Constitutional reform of June 2011; Regulatory system; Legal interpretation; Human Rights.*

Sumario: I. El principio pro persona en el marco de la reforma constitucional de junio de 2011. II. Alcances del principio pro persona. III. Preferencia de normas. IV. Preferencia interpretativa. V. Las implicaciones del principio pro persona. VI. Retos y perspectivas.

[1] Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

08-Brito-RevFac264.indd 267 05/01/16 1:43 p.m.

## I. El principio pro persona en el marco de la reforma constitucional de junio de 2011

La reforma al artículo 1º constitucional de junio de 2011 supone un cambio tan positivo como profundo en el funcionamiento del Estado mexicano que, sin embargo, requiere para su materialización práctica de la traducción de las disposiciones constitucionales en normas, políticas y prácticas en el conjunto de áreas y niveles que componen el Estado mexicano, así como de la apropiación que hagan los ciudadanos en su quehacer diario de los principios de la Constitución.[2] Por ello se torna tan necesario conocer los contenidos de la reforma, pues sus alcances dependerán en gran medida del nivel de conocimiento colectivo que se genere sobre ellos. De hecho, la reforma constitucional supone un reto mayúsculo, dado que demanda *aprender a desaprender* algunas de las teorías, prácticas, dinámicas y lógicas con las que hasta ahora se operaba; por tanto, el desafío no solamente implica la necesidad de incorporar nuevos elementos al bagaje cultural de los usuarios del derecho, sino que se materializa en la necesidad de pensar y operar bajo técnicas y prácticas distintas a las que se utilizaban anteriormente.[3]

Uno de los elementos contenidos en la reforma que implica de manera importante romper con modelos que se encuentran arraigados fuertemente entre los operadores jurídicos es el principio *pro persona*. Este principio constituye un criterio hermenéutico que exige trascender relaciones jerárquicas y lograr la armonización de todas

---

[2] Murayama Rendón, Ciro, "Nota introductoria", en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual,* México, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2014, pp. 11-12.

[3] Estos planteamientos se exponen en el resumen ejecutivo realizado por Pedro Salazar Ugarte, José Luis Caballero Ochoa y Luis Daniel Vázquez, *Ibidem,* pp. 32-33.



08-Brito-RevFac264.indd 268 05/01/16 1:43 p.m.

las piezas normativas relevantes para dotar de significado a las disposiciones vinculadas a derechos humanos a fin de lograr, en todo tiempo, favorecer a las personas con la protección más amplia.[4]

El segundo párrafo del artículo 1º constitucional,[5] hace que en nuestro país se siga la tendencia de enfrentar los "nuevos retos interpretativos que aparecen con el desarrollo del derecho occidental, en la medida que el derecho lentamente abandona el plano interno como exclusivo en materia de fuentes".[6] Pero además, el principio *pro persona* conlleva una serie de consecuencias que están cambiando de manera radical la forma de entender el derecho en México. Cabría preguntarse entonces si la aplicación de este principio constituye sólo un instrumento hermenéutico o tiene otros alcances.

## II. Alcances del principio *pro persona*

El principio *pro persona* se ofrece en el ordenamiento jurídico como una herramienta fundamental para resolver y superar los eventuales conflictos que pueden plantearse ante la pluralidad de fuentes que existe en un determinado sistema. Esto es así pues, como señala Mónica Pinto, el derecho de los derechos humanos es, esencialmente, un conjunto de normas que, en más de una ocasión, se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o de cuestiones que presentan aspectos análogos. Pinto refiere que en cada país, al lado de las normas internas, se acomodan una serie de normas consuetudinarias internacionales bajo la forma de declaraciones de derechos

---

[4] Silva Meza, Juan N., "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XVIII, 2012, p. 162.

[5] Este párrafo señala: "Las normas de 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".

[6] Amaya Villareal, Álvaro Francisco, "El principio *pro homine*: interpretación extensiva *vs.* el consentimiento del Estado", *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, junio de 2005, p. 341.



08-Brito-RevFac264.indd 269 05/01/16 1:43 p.m.

contenidas en resoluciones de organismos internacionales, tratados universales con fórmulas susceptibles de generar el consentimiento de la mayoría de los Estados y tratados regionales con proposiciones más acotadas a realidades parciales. Esta gran cantidad de fuentes requiere, necesariamente, de una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.[7] De esta manera, el principio *pro persona* se presenta como "un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".[8]

Esta definición de la profesora Pinto retoma de alguna manera los planteamientos que, sobre este principio, pueden encontrarse con anterioridad en el sistema interamericano. Una prueba de ello es que desde 1985, el juez Rodolfo E. Piza, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Separada que acompañó a la Opinión Consultiva OC-5/85 de ese órgano jurisdiccional,[9] relacionaba el principio *pro homine* con la interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.[10] Dicha idea fue plasmada de nueva cuenta por el juez Piza Escalante dentro de otra de sus opiniones separadas, en la que señaló que el principio *pro homine*, como criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensiva-

[7] PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Editures del Puerto SRL, 1997, p. 163.

[8] *Idem*.

[9] La Opinión Consultiva, fechada el 13 de noviembre de 1985, fue solicitada por el Gobierno de Costa Rica y se refería a la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

[10] *Cfr*. el punto 12 de la Opinión Separada del Juez Piza.



08-Brito-RevFac264.indd 270 05/01/16 1:43 p.m.

mente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción.[11] Estos planteamientos hacen evidente que el principio *pro persona*, como criterio hermenéutico útil para hacer compatibles dentro de un sistema jurídico los derechos contemplados en diversas fuentes, se convierte en un elemento fundamental para la eficacia de los derechos humanos.

El principio *pro persona* encuentra expresión normativa en distintos instrumentos internacionales. Basta mencionar que de acuerdo con el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en esos tratados.[12] Estos instrumentos internacionales, al haber sido firmados y ratificados por un gran número de Estados, imponen en muchos casos el principio *pro persona* como directriz interpretativa. Pero además de ser un criterio hermenéutico contemplado en instrumentos internacionales y de tener gran importancia en la labor de quienes hacen del derecho su profesión, el principio *pro persona* se constituye

---

[11] Punto 36, de la Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante en la Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto, sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

[12] El artículo 29 de la Convención Americana señala: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda ser reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en el primer párrafo de su artículo 5 que: "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".



08-Brito-RevFac264.indd 271 05/01/16 1:43 p.m.

también como una garantía de interpretación constitucional que permite asegurar en y para todos los niveles el respeto y la vigencia de los derechos humanos.[13] Dicha tarea se cumple por medio de la preferencia de normas y la preferencia interpretativa. Estas manifestaciones del principio *pro persona* tienen, a su vez, distintas vertientes que, a pesar de la diversidad en sus alcances, apuntan en la misma dirección: favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

## III. Preferencia de normas

La preferencia de normas se proyecta a través de la elección de la norma más protectora y de la conservación de la norma más favorable; mientras que la preferencia interpretativa se manifiesta a través de interpretaciones extensivas o restringidas. Karlos Castilla refiere que la preferencia de normas del principio *pro persona* se presenta cuando es posible aplicar dos o más normas vigentes a una situación concreta. Bajo este supuesto, la importancia práctica de esta regla se acrecienta pues a través de ella se desplaza la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen internacional y las de origen interno, con lo que también se deja de lado el debate doctrinal entre tradiciones monistas, dualistas o coordinadoras. Pero por medio de la preferencia normativa, se supera además, según Castilla, el tradicional debate relacionado con la jerarquía de normas, pues al tenerse como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico.[14] Se hace evidente entonces que al

---

[13] Castilla, Karlos, "El principio *pro persona* en la administración de justicia", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* México, núm. 20, enero-junio 2009, p. 71.

[14] *Ibidem*, pp. 71-72.



08-Brito-RevFac264.indd 272 05/01/16 1:43 p.m.

resolver casos concretos, el juez tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona con independencia de su nivel jerárquico.[15]

Esta regla, cuando se manifiesta mediante la aplicación de la norma más protectora:

> Permite al juez o intérprete legal seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos [...] Cabe destacar que la aplicación de esta manifestación del principio pro persona implica [también] acudir o utilizar [la norma que] menos restrinja al ser humano en el ejercicio de sus derechos fundamentales, ya sea sobre otra igual, inferior o incluso de superior rango en la jerarquía jurídica de cada Estado, pues lo importante es asegurar el ejercicio y garantía de los derechos humanos, preservar la dignidad y alentar el desarrollo de los seres humanos.[16]

Existen sistemas en los que este principio se proyecta expresamente en el propio texto constitucional. Un ejemplo de ello es Venezuela, cuya norma fundamental establece, en su artículo 23, que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por esa nación, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la república.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dar respuesta a la solicitud de opinión consultiva OC-5/85, estableció pautas que desarrollan esta manifestación del principio *pro persona*. En esa

---

[15] Sagüés, Nestor Pedro, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", en Palomino Manchego, José F., y Remotti Carbonell, José Carlos (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), 2002, pp. 36 ss.

[16] Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 72.



08-Brito-RevFac264.indd 273 05/01/16 1:43 p.m.

solicitud, que buscaba que la Corte estableciera los alcances de la libertad de expresión regulada al amparo del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica planteaba que cuando en las normas de la Convención se reconociera un derecho de forma más amplia respecto a lo que se establecía en otros tratados internacionales, debería preferirse la norma que fuera menos gravosa para la actuación del Estado, pues de otra forma podría llegarse a la apreciación errónea de que algo que es lícito y permisible, por ejemplo, en el ámbito universal, podría constituir una violación en el sistema interamericano. La Corte no aceptó los planteamientos de Costa Rica, pues seguir los argumentos que esgrimía podría tener como resultado que se actuara en demérito de los derechos contenidos en la Convención. La determinación que tomó la Corte, por tanto, fue que en el proceso de creación de sus leyes internas, Costa Rica debería seguir los estándares internacionales más protectores, aun cuando éstos no se contemplaran en todos los tratados de los que el Estado fuera parte.

Los órganos jurisdiccionales encargados del control de constitucionalidad en diversos Estados también han asumido este principio al resolver, por ejemplo, casos en los que entran en conflicto normas de derecho interno y de derecho internacional. Una muestra de ello es la Sentencia C-148/05-22 de la Corte Constitucional de la República de Colombia[17], mediante la cual este órgano de control se pronunció sobre la tipificación de los delitos de genocidio y de tortura en la legislación colombiana. Con dicha decisión, la Corte Constitucional determinó la constitucionalidad de la manera en que el legislador tipificó el delito de genocidio porque al hacerlo no se desconocieron las normas internacionales que definían este ilícito; sin embargo, declaró la inconstitucionalidad de la tipificación de la tortura dentro del Código Penal colombiano por considerar,

[17] Demanda de Inconstitucionalidad contra las expresiones "grave", del artículo 101, numeral 1, y "graves" contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal".



08-Brito-RevFac264.indd 274 05/01/16 1:43 p.m.

entre otras cosas, que vulneraba lo dispuesto por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al analizar una serie de normas internacionales vigentes en Colombia a través de las cuales se definía la tortura, la Corte consideró que el instrumento internacional que debía tomarse en cuenta en virtud del principio *pro persona* era la mencionada Convención, pues dicho instrumento internacional contenía las normas menos restrictivas para los derechos de las personas víctimas de tortura.

Los alcances del principio *pro persona* se han planteado también mediante la conservación de la norma más favorable y, con ello, se añade un elemento de temporalidad para privilegiar la protección de los derechos humanos. Karlos Castilla señala que la aplicación del principio *pro persona* en estos casos:

> [...] conlleva que la norma posterior que ofrece una menor protección o impone mayores restricciones al ejercicio de un derecho fundamental, no deroga o desaplica la norma anterior, sin importar si es de igual, menor o mayor rango jerárquico, siempre y cuando la norma anterior o norma a desaplicar/derogar, sea la que consagre mejores o mayores protecciones para las personas.[18]

Esta manifestación del principio *pro persona* modifica las tradicionales interpretaciones de derecho interno, que aceptan que la norma posterior deroga a la anterior y, aunque ha sido muy cuestionada por las posibles implicaciones que tendría sobre la seguridad jurídica, encuentra como argumento a favor el hecho de buscar la vigencia de los derechos aún por encima de reglas de temporalidad, a fin de otorgar la mayor protección de las personas en este ámbito.

## iv. Preferencia interpretativa

En el caso de la preferencia interpretativa, todos los operadores jurídicos deberán interpretar las normas de derechos humanos de

[18] Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 74.



08-Brito-RevFac264.indd 275 05/01/16 1:43 p.m.

la manera más amplia para de esta forma optimizar, con su aplicación, la defensa de los derechos. Además, en los casos en que deban interpretar alguna restricción o la suspensión de un derecho, deberán optar por aquella interpretación que más limite su alcance. La interpretación extensiva implica entonces buscar la más amplia protección de los derechos al desentrañar el significado de las disposiciones normativas, pero también la obligación de elegir, cuando existan varias interpretaciones jurídicamente válidas, aquella que ofrezca una mayor amplitud en la defensa de los derechos.[19]

De manera inversa, la interpretación restringida implica que "cuando se establecen restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, la norma debe ser interpretada de tal manera que se limite o restrinja lo menos posible dicho derecho".[20] En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Boyce y otros vs. Barbados*[21] señaló que las dis-

[19] Sin embargo, la Corte Interamericana ha señalado, como límite a esta interpretación, la coherencia del sistema. En este sentido, señaló en el punto 16 del asunto *Viviana Gallardo y otras. Costa Rica* (Decisión de 13 de noviembre de 1981): "La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema".

[20] CASTILLA, Karlos, *op. cit.*, n. 12, p. 76. Mónica Pinto define las restricciones legítimas como los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda. Por otra parte, relaciona a la suspensión con situaciones extraordinarias en las cuales se encuentra en peligro la vida de la nación, que haga necesario decidir la suspensión del ejercicio de determinados derechos por el tiempo y en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. PINTO, Mónica, *op. cit.,* p. 166.

[21] Sentencia del 20 de noviembre de 2007, punto 52.



08-Brito-RevFac264.indd 276 05/01/16 1:43 p.m.

posiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto a la aplicación de la pena de muerte debían interpretarse conforme al principio *pro persona*, es decir, a favor del individuo, en el sentido en que dichas disposiciones imponen restricciones para limitar rigurosamente la aplicación y alcance de la pena de muerte, de modo que ésta se fuera reduciendo hasta su supresión final.[22] Con esta resolución se hace evidente que la interpretación restrictiva también implica acotar los alcances de normas que, aun cuando están vigentes, son contrarias a los objetivos y fines contemplados en los instrumentos normativos que protegen derechos.

Pero la restricción en la interpretación también implica la salvaguardia de cualquier otro derecho que pudiera ser afectado por dichas restricciones o suspensiones. No debe olvidarse que los derechos humanos consagrados en los distintos órdenes jurídicos son esencialmente relativos y, por ello, susceptibles de ser reglamentados razonablemente. Por ello, en cada sistema es posible encontrar criterios válidos que legitiman la restricción o suspensión de un determinado derecho.[23] Sin embargo, uno de los problemas que se presentan con estas suspensiones o restricciones, es que en el

---

[22] Apuntes interesantes sobre las condiciones generales de validez de la pena de muerte en los Estados que han adoptado la Convención Americana pueden encontrarse en Silva García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal, 2011, pp. 50 ss.

[23] Estos criterios pueden derivar, en principio, de lo establecido en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". Esta regla se ha incorporado con terminología y alcance variado a algunos tratados de alcance general como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo y la Carta Africana. Pinto, Mónica, *op. cit.*, pp. 166-167.



08-Brito-RevFac264.indd 277 05/01/16 1:43 p.m.

terreno de los fines que los justifican o legitiman las disposiciones que las regulan están pobladas de conceptos indeterminados como "bien común", "seguridad pública", "seguridad nacional", "salud pública", "moral", etc. Es precisamente en el momento de dotar de contenido a estos conceptos que adquiere especial importancia el principio *pro persona*, pues a partir de él, la interpretación y alcance que se da a estos conceptos debe contemplar en todo momento la protección de los derechos de las personas. Pero además, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.[24] Esta manifestación del principio *pro persona* busca, de esta forma, alejarse lo menos posible en sentido negativo del centro o núcleo del derecho humano a limitar o suspender.[25]

## V. Las implicaciones del principio *pro persona*

Como señala Ximena Medellín, el uso efectivo del principio *pro persona* requiere "que los operadores jurídicos hagan uso de distintos elementos de la doctrina constitucional nacional en donde se detallan los alcances y particularidades de la interpretación de los derechos humanos en ciertos contextos".[26] Entre estos criterios se encuentran mandatos de favorabilidad específicos que inciden en la protección de los derechos humanos y que, generalmente se expresan a través de máximas latinas como *in dubio pro reo, favor libertatis, pro actione, in dubio pro operario, favor debilis,* así como otras fórmulas jurídicas como el principio del interés superior del menor. Debe

[24] La Corte Interamericana retoma esta idea en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 46, aludiendo a resoluciones de otros órganos jurisdiccionales como el caso Barthold de 25 de marzo de 1985, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[25] Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 77.

[26] Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, México, CDHDF-SCJN-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p. 35.



08-Brito-RevFac264.indd 278 05/01/16 1:43 p.m.

señalarse, sin embargo, que aunque estos principios específicos de favorabilidad no son incompatibles de ninguna manera con el principio *pro persona* –pues todos ellos se proyectan para ofrecer la protección más amplia de los derechos– no deben confundirse con él, pues dichos criterios se determinan por la materia concreta a la cual se refieren e implican distintos tipos normativos que no necesariamente pueden ser duplicados en otros contextos; por el contrario, el principio *pro persona* implica un mandato general que toca a todo el sistema jurídico e institucional. Pero más allá de este tipo de distinciones, lo cierto es que el principio *pro persona* no sustituye estos mandatos de favorabilidad o alguno de los criterios clásicos de interpretación, sino que coexiste con ellos, pues lo único que hace es establecer una preferencia por aquella interpretación jurídicamente posible que resulte ser la más protectora para la persona en el caso concreto.[27]

Es necesario señalar también que, en ciertos casos, los órganos jurisdiccionales han determinado que la aplicación del principio *pro persona*, cuando no es aplicado de oficio por el juez sino que es solicitado por una de las partes, puede exigir ciertos requisitos mínimos. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nuestro país, al resolver el amparo directo en revisión 4212/2013, ha señalado, por ejemplo, que si bien el artículo 1º constitucional impone a las autoridades el deber de aplicar el principio *pro persona* como un criterio de interpretación de las normas relativas a derechos humanos, cuando un quejoso en un juicio de amparo se inconforme con su falta de aplicación, o bien solicite al órgano jurisdiccional llevar a cabo tal ejercicio interpretativo, esta petición, para ser atendida de fondo, requiere del cumplimiento de una carga mínima. Para la Primera Sala, si se toma en cuenta la regla de expresar con claridad lo pedido y la causa de pedir, así como los conceptos de violación que causa el acto reclamado, es necesario

[27] *Ibidem*, pp. 35-42.



08-Brito-RevFac264.indd 279 05/01/16 1:43 p.m.

que la solicitud para aplicar el principio *pro persona* o la impugnación de no haberse realizado por la autoridad responsable, dirigida al tribunal de amparo, reúna los siguientes requisitos mínimos:

a) Pedir la aplicación del principio o impugnar su falta de aplicación por la autoridad responsable;

b) señalar cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende;

c) indicar la norma cuya aplicación debe preferirse o la interpretación que resulta más favorable hacia el derecho fundamental, y

d) precisar los motivos para preferirlos en lugar de otras normas o interpretaciones posibles.

Para justificar esta carga de carácter procesal, la Sala señaló que con el primer requisito se evita toda duda o incertidumbre sobre lo que se pretende del tribunal; con el segundo se obedece al objeto del principio *pro persona*, pues para realizarlo debe conocerse cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende, y a través de los dos últimos requisitos se cumple la función de establecer al tribunal cuál es la disyuntiva de elección entre dos o más normas o interpretaciones, y los motivos para estimar que la propuesta por el quejoso es de mayor protección al derecho.[28]

En esta misma línea, la Primera Sala ha señalado además que el principio *pro persona* tampoco exime a los gobernados de cumplir con los requisitos previstos en las leyes para la interposición de cualquier medio de defensa, pues si bien con él se busca brindar la protección más amplia, dado que las formalidades procesales son la

---

[28] Época: Décima Época. Registro: 2007561. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional, Común. Tesis: 1a. CCCXXVII/2014 (10a.). Página: 613. PRINCIPIO PRO PERSONA. REQUISITOS MÍNIMOS PARA QUE SE ATIENDA EL FONDO DE LA SOLICITUD DE SU APLICACIÓN, O LA IMPUGNACIÓN DE SU OMISIÓN POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE.



08-Brito-RevFac264.indd 280 05/01/16 1:43 p.m.

vía que hace posible arribar a una adecuada resolución, este criterio hermenéutico, por sí mismo, sería insuficiente para declarar procedente lo improcedente.[29]

Tratados estos aspectos, sería pertinente considerar si el principio *pro persona* puede llegar a la anulación de normas constitucionales. Entendido dicho principio en los términos que han sido señalados, no cabría distinción alguna de carácter jerárquico y ante la posibilidad de aplicar dos o más normas que pudieran incidir en los derechos de una persona o grupo debería preferirse siempre la norma que otorgara la protección más amplia, incluso en detrimento de la aplicación e incluso de la validez de la norma constitucional. Sólo de esta manera podría entenderse la plena eficacia del principio *pro persona*; sin embargo, todo indica que nuestra Suprema Corte, a través de sus decisiones, sigue otro camino, pues al resolver la contradicción de tesis 293/2011, parece haber limitado los alcances de este principio. En el proyecto de resolución de este expediente se señaló en un inicio que la reforma constitucional de junio de 2011 constitucionalizaba los derechos humanos de fuente internacional, de manera que se conformaba un catálogo de derechos que debían relacionarse entre sí, en términos de armonización y coordinación a través de la interpretación conforme y el principio *pro persona* a que alude el segundo párrafo del artículo 1º constitucional, no pudiendo referirse o relacionarse en términos de jerarquía, porque de hacer esto se estaría reconociendo que existen derechos humanos para una dignidad de primera y para una dignidad de segunda. Asimismo, se establecía que los tratados internacionales tienen una jerarquía inferior a la Constitución, pero que habría que distinguir dos

[29] Época: Décima Época. Registro: 2005717. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 10/2014 (10a.) Página: 487. PRINCIPIO PRO PERSONA Y RECURSO EFECTIVO. EL GOBERNADO NO ESTÁ EXIMIDO DE RESPETAR LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA PREVISTOS EN LAS LEYES PARA INTERPONER UN MEDIO DE DEFENSA.



08-Brito-RevFac264.indd 281 05/01/16 1:43 p.m.

momentos: el de su incorporación, en el cual deben cumplir ciertos requisitos de validez formal y sustancial, como es lo relacionado al artículo 15 constitucional, es decir, el hecho de no celebrar ningún tratado o convenio en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, pero una vez que las normas de fuente internacional que contienen derechos humanos se incorporaran a la Constitución, ya no sería viable hablar de jerarquía, sino en términos de armonización y de coordinación.[30]

Esta propuesta, sin embargo, no encontró el consenso necesario para convertirse en la opinión de la Corte y, por ello, el Ministro ponente, al recoger los argumentos de algunos de los integrantes del Pleno, propuso una modificación del proyecto original, con la cual, si bien se conserva el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, se establece también que cuando hay una restricción expresa en la Constitución, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 1° constitucional, se tendrá que estar a lo que marca la norma constitucional.[31] Con esta interpretación, se plantean límites a la aplicación de las normas de fuente internacional que contienen derechos humanos cuando exista contradicción con alguna de las restricciones o casos de suspensión en el ejercicio de derechos establecidos en el texto constitucional y, en consecuencia, la aplicación del principio *pro persona*

---

[30] Versión taquigráfica de la Sesión del Pleno de la Corte del 3 de septiembre de 2013, consultada en: www.scjn.gob.mx.

[31] Esta propuesta obtuvo el voto favorable de diez Ministros (votó en contra el ministro José Ramón Cossío, por considerar que el proyecto modificado se alejaba de la esencia de la reforma constitucional de junio de dos mil once), aunque varios de ellos se reservaron el derecho de plantear votos concurrentes. Lo que se buscó con esta propuesta, según señaló el Ministro Zaldívar, fue lograr consensos que permitieran dar claridad y certeza en un tema tan delicado en el que aparentemente se habían generado opiniones distintas. Pueden verse al respecto las versiones taquigráficas de las sesiones del Pleno, correspondientes a los días 2 y 3 de septiembre de 2013, consultada en: www.scjn.gob.mx.



08-Brito-RevFac264.indd 282 05/01/16 1:43 p.m.

se pone en entredicho cediendo ante la forma en que parte de los ministros entienden la supremacía constitucional.

De hecho, los criterios de la Corte apuntan en esa dirección, pues la Segunda Sala aprobó en 2014 una tesis de jurisprudencia en la que se indica que si bien la reforma al artículo 1º de la Constitución Federal de 10 de junio de 2011, entraña un cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona,

> [...] ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los principios constitucionales y legales –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada–, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.[32]

Está por verse si criterios como éste se siguen sosteniendo al interior de la Corte o si se da un cambio hacia una perspectiva más garantista que permita un mayor desarrollo de los derechos a través de la práctica jurisdiccional. Por lo pronto, las señales enviadas por la Suprema Corte no han sido muy buenas, pues los argumentos de parte de los integrantes de ese órgano jurisdiccional hacen pensar

---

[32] Época: Décima Época. Registro: 2006485. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.). Página: 772. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL.



08-Brito-RevFac264.indd 283 05/01/16 1:43 p.m.

que la eficacia de los derechos contenidos en normas distintas a las constitucionales, puede ceder ante el establecimiento de criterios ligados a una idea rígida de jerarquía normativa que hasta hace poco parecía haberse superado con el fin de ofrecer a las personas la mayor protección de sus derechos.

## VI. Retos y perspectivas

El principio *pro persona* tiene hoy en día un papel fundamental en la interpretación y aplicación del derecho. Y es que a través de este criterio hermenéutico, se busca dar una mayor eficacia a los derechos contenidos en los instrumentos normativos dotándolos de mayor amplitud y extendiendo sus alcances siempre a favor de las personas, así como minimizando los casos en que se restringen o suspenden. La forma en que se incorpora el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno en México a partir de junio de 2011, impone a los operadores jurídicos nuevas interpretaciones sobre el alcance y contenido de las normas internacionales, pero también una nueva forma de entender el derecho interno. En este escenario, el principio *pro persona* resulta un elemento primordial para hacer compatibles las diversas fuentes que contienen derechos humanos en nuestro sistema jurídico, garantizando de esta forma, su eficacia.

Es por ello que se torna necesario buscar una efectiva interacción de las normas que contienen derechos humanos superando la visión clásica que las distingue, a fin de fortalecer sus procesos de tutela. El reto que conlleva este proceso es muy grande, pues plantea nuevas exigencias a los operadores jurídicos que deberán conocer no sólo las normas en que se contemplan los derechos, sino también los nuevos criterios de aplicación que requieren. Esta obligación condiciona el ejercicio de todo el poder público, incluido el poder judicial, por lo que debe exigirse a las autoridades que su actuación tenga como guía el pleno respeto y garantía de los derechos hu-



08-Brito-RevFac264.indd 284 05/01/16 1:43 p.m.

manos. La aplicación de los instrumentos jurídicos que contemplan derechos humanos exige el conocimiento de su texto, sus alcances y fines, pero también de sus criterios de interpretación. El principio *pro persona*, de esta manera, debe orientar esa actividad con la finalidad de dotar de una mayor eficacia a las normas de derechos humanos; sin embargo, la fuerza de este principio sólo podrá proyectarse en nuestro sistema si se cambia de manera clara la idea de jerarquía por la de integración y armonización a fin de favorecer, bajo cualquier circunstancia, la protección de los derechos de las personas.



08-Brito-RevFac264.indd 285 05/01/16 1:43 p.m.

08-Brito-RevFac264.indd 286 05/01/16 1:43 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# El derecho a la alimentación en México

## The right to food in Mexico

Luis Escobar Aubert[1]

Resumen: En el presente trabajo académico se examina el concepto de derecho a la alimentación establecido en el artículo cuarto, tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone: "Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará". Dicho párrafo fue adicionado el 13 de octubre de 2011. Entre otras cosas, el autor analiza la exposición de motivos de la iniciativa, la internalización de compromisos internacionales, la legislación secundaria y una descripción analítica de varios conceptos claves en la materia.

Palabras clave: *Derecho a la alimentación; compromisos internacionales; exposición de motivos; análisis de conceptos; legislación secundaria*

Abstract: This academic work examines the concept of the right to food established in the fourth article, third paragraph of the Political Constitution of the United Mexican States, which said: "Everyone has the right to nutritional, adequate and in quality food. The State shall guarantee". This paragraph was added on 13 October 2011. Among other things, the author analyzes the preamble to the initiative, the internalization of international commitments, secondary legislation and an analytical description of several key concepts in the theorical field.

Keywords: *Right to food; International commitments; Explanatory statement; Analysis concepts; Secondary legislation.*

Sumario: I. Derecho a la alimentación. II. Exposición de motivos de la iniciativa. III. Internalización de los compromisos internacionales. IV. Análisis de conceptos nutritivo, suficiente, calidad y acceso. V. Legislación secundaria.

[1] Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

09-Escobar-RevFac264.indd 287 05/01/16 1:44 p.m.

## I. Derecho a la alimentación

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo cuarto tercer párrafo dispone: "Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará", dicho párrafo fue adicionado el 13 de octubre de 2011 y en el orden subsecuente el segundo párrafo, fracción XX, del artículo 27, que establece, "El desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca".

Asimismo, el citado artículo 4° señala en su párrafo octavo que:

> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. De igual manera, el artículo segundo del citado ordenamiento, dispone en su apartado B fracción III, que:

> B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y



09-Escobar-RevFac264.indd 288 05/01/16 1:44 p.m.

comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

[…]

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

## II. Exposición de motivos de la iniciativa

Parte del texto de la exposición de motivos[2] que establece el derecho a la alimentación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el siguiente:

> Estado tiene la imperante obligación de establecer los mecanismos necesarios para proveer un sistema alimentario, que permita a la sociedad mexicana su sano desarrollo. Poder alimentarse es, sin duda, una necesidad elemental de los seres vivos, pero también es el derecho fundamental de garantizar los derechos del hombre.
>
> En las últimas décadas la producción de la alimentación, se ha convertido en una crisis a nivel internacional, que no sólo abarca la producción, sino que se extiende al abasto y a la calidad de los alimentos, esto tiene como consecuencia que exista una gran preocupación en todas las naciones.
>
> La comunidad internacional, con el fin de contrarrestar los efectos nocivos de la falta de alimentos, creó organismos especializados para hacer frente a la problemática alimenticia que cada año va en aumento, y eso derivó a que dentro del marco de las Naciones Unidas, en 1945 se fundará la Organización Mundial para la Agricultura y la Alimentación, cuyo objetivo es la implementación de programas y la aplicación de acciones para erradicar el hambre y dar la seguridad alimenticia que nuestro mundo requiere.

---

[2] *Cfr.* Consultado en: http://cronica.diputados.gob.mx/ el 20 de septiembre de 2014.



09-Escobar-RevFac264.indd 289 05/01/16 1:44 p.m.

En párrafos precedentes nos hemos ocupado de la muy importante decisión que a nivel mundial desarrolla este organismo.

Asimismo, el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, (TICA) organismo cuyo propósito es lograr el desarrollo agrícola de las comunidades rurales, en función a la producción alimenticia, estos organismos han declarado que es necesario que los países tomen acciones, concretas con la finalidad de superar la crisis que en este rubro enfrenta el mundo.

La crisis alimentaria ha generado en diversos foros y convenciones que los países participantes se comprometan a través de instrumentos jurídicos internacionales a realizar acciones necesarias para abatir las deficiencias alimenticias.

Es de precisarse que, en dichos foros y convenciones, México ha tenido una participación activa, suscribiendo conjuntamente con otros países instrumentos jurídicos internacionales de la siguiente magnitud:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, segunda parte de su artículo 25.
2. La Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Mal Nutrición, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de noviembre de 1974, a la que posteriormente se adhirió nuestro país.
3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 11, punto 2, precisa que los Estados adoptarán las medidas o los métodos necesarios para mejorar la producción, conservación, distribución de alimentos y asegurar una distribución equitativa de los mismos.
4. En La Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada en Roma en 1996, se pidió que se estableciera el derecho a la ali-



09-Escobar-RevFac264.indd 290 05/01/16 1:44 p.m.

mentación, con un contenido más concreto y operativo y, con este objetivo, se recogieron varias iniciativas de los asistentes.

5. En 1999, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el órgano compuesto por expertos independientes que vigila la aplicación por parte de los Estados del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó una Observación General (Observación General No. 12) "Sobre el Derecho a la alimentación".
6. El 17 de abril de 2000, la Comisión de Derechos Humanos estableció, −por resolución 2000/10−, el mandato del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación.
7. La Cumbre Mundial sobre la Alimentación del año de 2002, solicitó crear un Grupo de Trabajo Intergubernamental bajo los auspicios de la FAO, con el fin de poder preparar una serie de directrices encaminadas a la implementación del derecho a la alimentación.
8. El 23 de noviembre de 2004, los 187 Estados Miembros del Consejo General de la FAO, adoptaron un "Conjunto de Directrices Voluntarias con el fin de Respaldar la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional", estas directrices son recomendaciones que los Estados han aprobado para contribuir a la realización del derecho humano a una alimentación adecuada, ofreciendo a los Estados miembros, orientaciones sobre el mejor modo de cumplir la obligación contraída en razón de respetar el derecho a una alimentación, asimismo asegurar que las personas no padezcan hambre.

Los citados instrumentos, ilustran la problemática alimenticia, en el contenido de la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Mal Nutrición, que a la letra dice:



09-Escobar-RevFac264.indd 291 05/01/16 1:44 p.m.

> La grave crisis alimentaria que afecta a las poblaciones de los países en desarrollo, en los que vive la mayoría de las personas hambrientas y malnutridas del mundo y donde más de dos tercios de la población mundial producen alrededor de un tercio de los alimentos del mundo –desequilibrio que amenaza aumentar en los diez próximos años– no sólo tiene graves repercusiones económicas y sociales, sino que compromete gravemente la realización de los principios y valores fundamentales asociados con el derecho a la vida y la dignidad humana, incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...

En este sentido, la comunidad internacional, ha asumido compromisos ineludibles para adoptar medidas que logren abatir la crisis, esto es, a través de mecanismos que redunden en la producción de una autosuficiencia alimentaria y de calidad, cuyo objeto no tenga mayor propósito que satisfacer las necesidades de su población.

El Estado mexicano preocupado por la problemática de la crisis alimentaria, suscribió además la Declaración de Roma sobre Seguridad Alimentaria Mundial, en la que quedó puntualmente establecido el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos.

## III. Internalización de los compromisos internacionales

Derivado de los compromisos internacionales, México llevó a cabo una serie de modificaciones a sus instrumentos jurídicos, entre ellos, destaca la Ley de Desarrollo Sustentable.

Estos esfuerzos han sido insuficientes, y las acciones legislativas han quedado cortas, pues la problemática alimentaria en nuestro país se ha agudizado. Esto es, por la importación de productos alimenticios que desde hace mucho tiempo se ha convertido en una total e indebida dependencia, aunada a una equivocada política de Estado en cuanto a la que debe entenderse por autosuficiencia alimentaria.



09-Escobar-RevFac264.indd 292 05/01/16 1:44 p.m.

Por ello, es prudente que el Estado mexicano implemente políticas que aseguren la producción, el abasto y la calidad de los alimentos de manera oportuna, a fin de superar la crisis alimentaria en nuestro país.

El Estado mexicano está comprometido no solamente a impulsar políticas públicas, sino a realizar una reforma trascendental que implique la responsabilidad esencial que tiene con cada unos de sus gobernados en materia alimentaria, en el entendido de que es un derecho fundamental de carácter universal, que tiene toda persona independientemente de su condición económica, lugar de origen y características étnicas. Por lo tanto, es necesario que en nuestra Carta Magna se reconozca a la alimentación como un derecho fundamental, pues no se debe olvidar que los derechos fundamentales son:

> Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto a *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa de no sufrir lesiones en referencia a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídico-positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y o autor de los actos en ejercicio de estas.

En esta exposición de motivos, se recurre al Derecho internacional para poder establecer en nuestro texto constitucional, el derecho humano a la alimentación. Esto con motivo de armonizar los textos internacionales los cuales reflejan la relación que México ha fijado con los diversos países a nivel mundial, con la firma de tratados internacionales, actualizando así su marco jurídico.



09-Escobar-RevFac264.indd 293 05/01/16 1:44 p.m.

## IV. Análisis de conceptos nutritivo, suficiente, calidad y acceso

### 1. Nutritivo

El derecho a una alimentación adecuada exige que el proceso por el cual las personas pueden tener acceso a los alimentos sea coherente con otros derechos humanos y que la aplicación de un derecho humano no comprometa otro.[3]

En relación con el artículo cuarto Constitucional, en el cual se establece que "Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará", la obligación de hacer efectivo el derecho significa que cuando un individuo o grupo es incapaz, por razones que escapan a su control, de disfrutar del derecho a una alimentación adecuada mediante los recursos a su alcance, los Estados tienen la obligación de hacer efectivo ese derecho directamente mediante el suministro de una alimentación adecuada, en especial a aquellos que por razones de edad, invalidez, desempleo u otras desventajas no puedan valerse por sí mismos.[4]

Esta obligación también rige en el caso de las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole. El derecho a una alimentación adecuada puede materializar se mediante el propio esfuerzo de cada persona o de sus esfuerzos conjuntos con los demás, y debe ser disfrutado por todos sin ninguna distinción desfavorable por razones de raza, religión, sexo, idioma, opinión política u otra causa.

La capacidad del alimento para nutrir al cuerpo humano es la esencia básica de la ciencia de la nutrición. En la actualidad se conocen unas 40 sustancias que deben estar absolutamente pre-

[3] *Cfr.* FAO, directrices.

[4] FAO, *Directrices en materia de legislación alimentaria,* colección "Estudio Legislativo", Roma, núm. 91, *passim*, consultado el 2 de octubre de 2014 en: http://www.fao.org/docrep/012/a0862s/a0862s00.pdf



09-Escobar-RevFac264.indd 294 05/01/16 1:44 p.m.

sentes en la dieta humana. Incluyen aminoácidos, ácidos grasos, agua, vitaminas y minerales. Además, existen otros factores, que no son necesariamente esenciales, pero que en el momento actual se admite que son muy beneficiosos para contribuir al mejor estado posible de salud.

Estas sustancias incluyen fibra y una larga serie de moléculas que se han denominado fitoquímicos o nutracéuticos, procedentes generalmente de fuentes vegetales.[5]

El alimento es consumido por los humanos por varias razones, además de por su capacidad nutricional. Entre ellas se pueden invocar factores sociales, psicológicos, filosóficos y religiosos.

Un nutriente favorece al cuerpo humano de una o de varias formas. O lo que es lo mismo, una sustancia realiza una o varias funciones consideradas beneficiosas para la vida. Por ejemplo, la vitamina B6 es importante en el metabolismo de los aminoácidos, mientras que el hierro es un componente básico de la hemoglobina, mioglobina y citocromos.

Existen dos tipos principales de problemas nutricionales crónicos que se encuentran en los extremos del espectro de la malnutrición: los que se derivan de una ingesta insuficiente de alimentos inocuos y de buena calidad, y los que se generan por una ingesta excesiva o desequilibrada de alimentos o de cierto tipo de alimentos.[6]

Los primeros han sido la principal preocupación de los gobiernos que intentan mitigar el hambre y proporcionar alimentación adecuada a su población, en tanto que los últimos, solamente ahora están requiriendo una mayor atención. Al hacer frente a la malnutrición, los gobiernos han tenido que reexaminar las políticas relacionadas con la producción, comercio, precios y comercialización

---

[5] Consultado el 3 de octubre de 2014 en: http://www.alimentacionynutricion.org/es/index.php?mod=content_detail&id=130

[6] FAO, *Directrices en materia de legislación alimentaria,* colección "Estudio Legislativo", Roma, núm. 91, *passim*, consultado el 2 de octubre de 2014 en: http://www.fao.org/docrep/012/a0862s/a0862s00.pdf



09-Escobar-RevFac264.indd 295 05/01/16 1:44 p.m.

de alimentos y productos agropecuarios, todo lo cual tiene efecto en la capacidad de la población para acceder a alimentos ricos en nutrientes, en especial en el caso de la población de alto riesgo.[7]

## 2. Suficiente

Según la FAO, existe seguridad alimentaria "cuando todas las personas tienen en todo momento el acceso físico, social y económico a alimentos *suficientes*, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana". Se trata de una condición previa del ejercicio pleno del derecho a la alimentación. No obstante, el propio concepto de seguridad alimentaria no es un concepto jurídico en sí mismo, no impone obligaciones a los interesados ni les otorga derechos.[8]

No obstante, según la FAO, el mundo produce suficiente cantidad de alimentos para alimentar a toda su población. La causa básica del hambre y la desnutrición no es la falta de alimentos sino la falta de acceso a los alimentos disponibles.[9]

## 3. Calidad

En materia de productos alimenticios, el término calidad es objeto de interrogantes. Ha sido empleado de formas diferentes en períodos sucesivos, lo cual conduce a considerar tres niveles[10] de enfoque:

> Tradicionalmente, se entiende ante todo por calidad la ausencia de defectos, fraudes y falsificación. No tardaron en intervenir los po-

[7] FAO, *op. cit.*, *passim*.

[8] FAO, ONU, *El derecho a la alimentación adecuada*, Estados Unidos de América, folleto Informativo, núm. 34, 2010, p. 5.

[9] FAO, ONU, *op. cit.*, p. 5.

[10] *Cfr.* Consultado el 3 de octubre de 2014 en: http://www.fao.org/docrep/MEETING/007/J1875s.HTM



09-Escobar-RevFac264.indd 296 05/01/16 1:44 p.m.

deres públicos en relación con estos aspectos mediante el establecimiento de una reglamentación específica. En los diferentes Estados de Europa al parecer se observa una armonización de hecho, así como un consenso emergente sobre la necesidad de una aplicación generalizada de este enfoque.

Más recientemente, la calidad radica en propiedades previstas, tales como las características organolépticas, nutricionales y el valor de utilización. Se llega así a la necesidad de tomar en consideración las expectativas legítimas de los usuarios y de pedir a los profesionales que aporten la garantía de esa consideración. Incumbe al Estado la defensa del interés de sus ciudadanos, inclusive asumiendo la expresión del interés de éstos. De ahí que las necesidades de los consumidores son en gran medida implícitas y están contenidas en la noción de interés público. Tal es el caso de las reglamentaciones relativas a la inocuidad de los alimentos y otras características normativas, que contribuyen en particular al equilibrio nutricional o a los servicios.

La calidad designa características deseadas, susceptibles de conferir el derecho a una plusvalía, por ejemplo, las modalidades de producción (agricultura biológica, producción respetuosa del medio ambiente, bienestar de los animales), las zonas de producción (territorio de origen, montaña) y las tradiciones que conllevan. Estas características deben ser declaradas en la oferta de los productos con el fin de precisar las intervenciones necesarias, las responsabilidades de cada operador y de aportar la valorización esperada.

Estos tres niveles de enfoque no pueden reemplazarse entre sí; se superponen y justifican distintos niveles de intervención de los poderes públicos, de los operadores y los consumidores.

Por lo que se refiere a los alimentos en Europa, cabe considerar que los dos primeros niveles aluden en adelante al conjunto de los productos. Se analizarán conjuntamente bajo la expresión *calidad genérica*, que ha de ser rigurosa y sin ambigüedad. Por el contrario, el tercer nivel supone estrategias de diferenciación de los productos y de segmentación de los mercados.



09-Escobar-RevFac264.indd 297 05/01/16 1:44 p.m.

Este tercer nivel, identificado con la expresión *calidad específica* implica la atribución de signos oficiales de calidad y supone dispositivos particulares.

## 4. Acceso

La accesibilidad se refiere a que las personas tengan los alimentos en formas sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos. La accesibilidad comprende la accesibilidad económica y física:

La accesibilidad económica implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas.[11]

La accesibilidad económica se aplica a cualquier tipo o derecho de adquisición por el que las personas obtienen sus alimentos y es una medida del grado en que es satisfactorio para el disfrute del derecho a la alimentación adecuada. Los grupos socialmente vulnerables como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población pueden requerir la atención de programas especiales.

La accesibilidad física implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales.

Será necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. Son especialmente vulnerables muchos

[11] *Cfr.* Comité ESCR. Observación General 12, El Derecho a una Alimentación Adecuada (art. 11). U.N. Doc.E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.



09-Escobar-RevFac264.indd 298 05/01/16 1:44 p.m.

grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado.

## v. Legislación secundaria

La Ley General de Desarrollo Social establece que esta Ley es de orden público e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional, y tiene por objeto, entre otros, garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asegurando el acceso de toda la población al desarrollo social y señalar las obligaciones del Gobierno, establecer las instituciones responsables del desarrollo social y definir los principios y lineamientos generales a los que debe sujetarse la política nacional de desarrollo social, la cual tiene entre sus objetos propiciar las condiciones que aseguren el disfrute de los derechos sociales, individuales o colectivos, garantizando el acceso a los programas de desarrollo social y la igualdad de oportunidades, así como la superación de la discriminación y la exclusión social.

En este contexto, el artículo sexto del citado ordenamiento nos establece los derechos para el desarrollo social, entre ellos la alimentación, todos en términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de esta manera en su artículo séptimo, dispone que todas las personas tienen derecho a participar y a beneficiarse de los programas de desarrollo social, de acuerdo con los principios rectores de la política de Desarrollo Social en los términos que establezca la normatividad de cada programa.

La política nacional de desarrollo social incluye en sus vertientes el tema que nos ocupa, la superación de la pobreza a través de la educación, la salud, la alimentación, la generación de empleo e ingreso, autoempleo y capacitación, y para la instrumentación de las políticas públicas, crea la Comisión Intersecretarial de Desarrollo Social.

El Sistema Nacional de Desarrollo Social establece la concurrencia, colaboración, concertación etcétera, entre el Gobierno Federal,



09-Escobar-RevFac264.indd 299 05/01/16 1:44 p.m.

las entidades federativas y los municipios, dicha coordinación compete a la Secretaría de Desarrollo Social.

La Ley de Desarrollo Rural Sustentable dispone en su artículo quinto, fracción III, que en el marco previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado, a través del Gobierno Federal y en coordinación con los gobiernos de las entidades federativas y municipales, impulsará políticas, acciones y programas en el medio rural que serán considerados prioritarios para el desarrollo del país y que estarán orientados a, entre otros, a contribuir a la soberanía y seguridad alimentaria de la nación mediante el impulso de la producción agropecuaria del país.

Asimismo, el capítulo XVII, de, título tercero, "de la Seguridad y Soberanía Alimentaria", establece que el Estado instrumentara las medidas para procurar el abasto de alimentos y productos básicos y estratégicos a la población, promoviendo su acceso a los grupos sociales menos favorecidos y dando prioridad a la producción nacional, estableciendo un listado de lo que se considera productos básicos y estratégicos, entre los cuales están, el maíz, frijol, trigo, arroz, sorgo, leche, carne de bovinos, porcinos y aves, pescado y otros.

Aunado a lo anterior se prevé que el gobierno federal establezca programas para el fomento productivo y el desarrollo rural sustentable, así como los acuerdos y tratados internacionales de tal manera que propicien la inocuidad, seguridad y soberanía alimentaria, mediante la producción y abasto de estos productos, de manera que también se integren las cadenas productivas.

La aplicación de medidas de certidumbre económica, financiera y comercial que garanticen el cumplimiento de los programas productivos agroalimentarios referidos en el artículo 180.

## 1. Política Pública

La Cruzada Contra el Hambre constituye una política pública del actual régimen basada en una estrategia de inclusión y bienestar



09-Escobar-RevFac264.indd 300 05/01/16 1:44 p.m.

social que se implementará a partir de un proceso participativo de amplio alcance cuyo propósito es conjuntar esfuerzos y recursos de la federación, las entidades federativas y los municipios, así como de los sectores público, social y privado y de organismos e instituciones internacionales y dicha estrategia contempla entre otros los objetivos de: aumentar la producción de alimentos y el ingreso de campesinos y pequeños productores agrícolas.

Así como minimizar las pérdidas post-cosecha y de alimentos durante su almacenamiento, transporte, distribución y comercialización, estando orientada a la población objetivo, constituida por las personas que viven en condiciones de pobreza multidimensional extrema y que presentan carencia de acceso a la alimentación, conforme lo determine la Secretaría de Desarrollo Social, y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).

La Cruzada Contra el Hambre se aplicará a través de diversos programas, como: apoyo a la inversión en equipamiento e infraestructura; pro-agro productivo; prevención y manejo de riesgos; desarrollo de capacidades, innovación tecnológica y extensionismo rural; sustentabilidad de los recursos naturales.

Una estrategia especial de los programas y sus componentes será la atención de la competitividad de las ramas productivas básicas: maíz, frijol, trigo, sorgo, arroz, caña de azúcar, café, huevo, leche, carne de bovino, porcino y aves, y pescado.

## 2. Otras disposiciones

En materia de seguridad y soberanía alimentaria, podemos encontrar diferentes disposiciones en la leyes: Ley de Ayuda Alimentaria para los Trabajadores; Ley Federal de Consumidor; Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentable; Ley Federal de Sanidad Animal; Ley de Productos Orgánicos; Ley Federal de Producción, Ley Certificación y Comercio de Semillas y Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, entre otras.



09-Escobar-RevFac264.indd 301 05/01/16 1:44 p.m.

09-Escobar-RevFac264.indd 302 05/01/16 1:44 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA REFORMA AL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL

## THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE AMENDMENT TO ARTICLE 21 OF THE MEXICAN CONSTITUTION

RAÚL ARMANDO JIMÉNEZ VÁZQUEZ[1]

RESUMEN: Uno de los propósitos esenciales de la Corte Penal Internacional es evitar y reprimir el uso abusivo de la soberanía nacional. Para ello, se le confirieron potestades jurídicas suficientes a fin de conocer y juzgar los crímenes más graves que afectan y trascienden a la humanidad como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión o guerra agresiva. El Estado Mexicano es signatario del Estatuto de Roma. La recepción del Estatuto fue materializada a través de una reforma al artículo 21 constitucional, por lo que ésta es la clave de acceso al esquema de interacción jurídica de México con la Corte Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE: *Corte Penal Internacional; Estatuto de Roma; Derecho de los Tratados; reforma constitucional; artículo 21.*

ABSTRACT: One of the essential purposes of the International Criminal Court is to prevent and punish the abuse of national sovereignty. To do this, the international community gives legal powers to hear and judge the most serious crimes of concern and transcend humanity such as genocide, crimes against humanity, war crimes and crime of aggression or aggressive war. The Mexican State has signed the Rome Statute. The reception of the Statute was materialized through an amendment to article 21 of the Mexican Constitution, so this is the access key to the scheme of legal interaction between Mexico and the International Criminal Court.

KEYWORDS: *International Criminal Court; Rome Statute; Law of Treaties; Constitutional reform; Article 21.*

[1] Profesor de la Licenciatura y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 303 05/01/16 1:46 p.m.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes de la Corte Penal Internacional. III. Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas sobre la Corte Penal Internacional. IV. Estructura y atribuciones de la Corte Penal Internacional. V. Adhesión del Estado Mexicano al Estatuto de Roma. VI. Reforma al artículo 21 constitucional. VII. Análisis de la reforma constitucional a la luz del Estatuto de Roma. VIII. Análisis de la reforma constitucional a la luz del Derecho de los Tratados. IX. Análisis de la reforma constitucional a la luz de los Derechos Humanos. X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La justicia penal supranacional es un valioso valladar construido por la comunidad de naciones con el propósito de evitar y reprimir el uso abusivo de la soberanía nacional. A la Corte Penal Internacional le corresponde llevar a cabo esta delicada misión y para ello dentro del Estatuto de Roma, su instrumento fundacional, se le confirieron potestades jurídicas suficientes a fin de conocer y juzgar los crímenes más graves que afectan y trascienden a la humanidad entera, tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión o guerra agresiva.

El Estado Mexicano es signatario del Estatuto de Roma. Por consiguiente, los crímenes previstos en dicho instrumento de derecho internacional convencional que se cometan en el territorio nacional, o por nacionales fuera del mismo, pueden ser objeto de los poderes punitivos del tribunal internacional de referencia.

La recepción del Estatuto fue materializada a través de una reforma al artículo 21 constitucional, por lo que ésta es la clave de acceso al esquema de interacción jurídica de México con la Corte Penal Internacional y ello hace necesario efectuar su análisis. Más aún porque la denuncia interpuesta en contra del expresidente Felipe Calderón por las muertes y desapariciones forzadas acaecidas en el contexto de la llamada *guerra antinarco* pone en perspectiva la po-



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 304 05/01/16 1:46 p.m.

sibilidad de que la fiscalía de dicho órgano jurisdiccional abra una investigación preliminar, hecho que igualmente podría suceder con la trágica desaparición forzada de los normalistas de Ayotzinapa y la ejecución sumaria de civiles por parte de efectivos militares que tuvo lugar en la localidad mexiquense de Tlatlaya.

## II. Antecedentes de la Corte Penal Internacional

El Holocausto, la Shoá, devastó al mundo moderno y cimbró los fundamentos de la humanidad. Nunca antes la raza humana había padecido una hecatombe de esa dimensión, magnificada, además, por la frialdad con que miembros del Reich intentaron justificar sus infamias, escudándose tras el papel de meros ejecutores acríticos de las órdenes pronunciadas en la cúspide del aparato de poder maquinado y controlado por el Führer. Pasmosamente, el mundo descubriría que eran seres humanos aparentemente normales cuyo desempeño en los ámbitos personal, familiar y social se ajustaba al estándar de la impecabilidad. Llenaban sus roles existenciales de la forma mejor posible. No se trataba de psicópatas o desquiciados mentales propiamente dichos. Tal fenómeno constituye la externalización más impactante de lo que certeramente sería denominado "la banalización del mal"[2] o "la maldad sistemática, alentada por el Estado, el asesinato industrial y masivo".[3]

El enfoque normativo positivista incursionó en un estado de crisis. Las atrocidades nazis constituían de hecho actos legítimos a la luz del derecho alemán;[4] específicamente las llamadas leyes de

[2] Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén, un estudio sobre la banalidad del mal*, trad. Carlos Ribalta, 2ª ed., Barcelona, Lumen, 1999, p. 15.

[3] Esta tesis está desarrollada en la obra monumental Harran, Marilyn, *et al.*, *Crónica del Holocausto, las palabras e imágenes que hicieron historia,* México, Edivisión Compañía Editorial-Grupo Editorial Diana, 2002, p. 13.

[4] Esa disonancia jurídica dio paso a la llamada "Fórmula Radbruch", según la cual "donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 305 05/01/16 1:46 p.m.

Nüremberg, que tras su vigencia a partir del 15 de septiembre de 1935 se convertirían en piezas fundamentales de la posición genocida subyacente en la normatividad antisemita.

Así fue como emergió el imperativo ético y jurídico de sentar un precedente histórico mediante el enjuiciamiento de tan sórdidos criminales, vía un órgano jurisdiccional pertinente: el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, sustentado en la tesis de que los genocidas poseían plena conciencia del antagonismo de sus actos respecto a la normatividad y principios de derecho internacional vigentes antes del surgimiento de la patología nazi.

La indefectible creación y funcionamiento del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg significó un verdadero parte aguas en la evolución del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sus instrumentos orgánicos y principios de actuación conforman lo que hoy en día se conoce como el Derecho de Nüremberg.[5]

La iniciativa formal que impelía el enjuiciamiento y castigo de los criminales de guerra mediante un Tribunal Militar Internacional germinó dentro de la Conferencia de Moscú. De tal confluencia internacional emanó una Declaración homónima, fechada el 1º de noviembre de 1943, y que consentirían con sendas firmas el Presidente Roosevelt, el Mariscal Stalin y Primer Ministro Churchill.[6]

Este instrumento contiene un pronunciamiento prístino y concreto sobre las atrocidades, masacres y ejecuciones masivas perpetradas a sangre fría por las fuerzas del nacionalsocialismo. Asimis-

---

en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto debe ceder el paso a la justicia"; *cfr.* RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1965, p. 44.

[5] Esta expresión es utilizada, entre otros, por DÍAZ MÜLLER, Luis T., en el capítulo VII de su libro *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 80.

[6] El texto completo de la Declaración de Moscú puede ser consultado en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, t. II, 1964, pp. 1230 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 306 05/01/16 1:46 p.m.

mo, destaca el compromiso imperioso e ineluctable de perseguir y sancionar a los subalternos alemanes e integrantes del partido nazi que hubiesen tenido intervención alguna en dichas transgresiones; sometiéndolos a la jurisdicción de los tribunales correspondientes a los países donde tuvieron lugar las barbaridades o sevicias que nos atañen. Además, la incidencia del contexto de los criminales cuyas felonías no podían ser ubicadas geográficamente, se decretó que serían procesados bajo una decisión conjunta de los gobiernos aliados. Tal diferenciación propiciaría el surgimiento de la categoría jurídica de los "crímenes de derecho internacional".

La voluntad política de los signatarios de la Declaración de Moscú se manifestó de forma concreta en el Acuerdo de Londres, suscrito el 8 de agosto de 1945, también conocido como Estatuto de Londres. Este instrumento de derecho internacional fungió como acta de nacimiento del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, cuya emulación para efectos del juzgamiento de los crímenes de guerra cometidos por los japoneses fue el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.[7]

Con la expresa mención en el sentido de actuar acorde al "interés de las naciones unidas", los representantes de los Estados Unidos, Francia, Inglaterra y la Unión Soviética pactaron lo siguiente:

a) Después de efectuar las consultas necesarias con el Consejo de Control Aliado para Alemania, se constituirá el Tribunal Militar Internacional para procesar a los criminales de guerra cuyas acciones carezcan de una ubicación geográfica específica, bien sea que las imputaciones se refieran a los individuos como tales o en su calidad de miembros de una organización.

b) La Constitución, jurisdicción y funciones del Tribunal Militar Internacional serán las señaladas en el anexo del Acuerdo.

---

[7] El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente fue creado el 19 de enero de 1946 mediante una Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el Lejano Oriente, el general estadounidense Douglas Mac Arthur.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 307 05/01/16 1:46 p.m.

c) Los Estados firmantes tendrán la obligación de adoptar las medidas necesarias para facilitar la investigación y juzgamiento de los responsables.

d) Cualquier gobierno de las naciones unidas podrá hacer suyos los compromisos en cuestión.

El anexo del Acuerdo de Londres fue precisamente la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de cuyo contenido se destaca lo siguiente:[8]

a) La jurisdicción del Tribunal quedó circunscrita a los actos de los mayores criminales de guerra de los países europeos del Eje, considerados como individuos o como miembros de organizaciones, acorde al principio de la responsabilidad individual.

b) Los crímenes materia del Tribunal, respecto a los cuales habría de operar el prinççipio de la responsabilidad individual, son:

*Crímenes contra la paz:* planeación, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes.

*Crímenes de guerra:* violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas a asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratos de prisiones de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes; despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas; devastación no justificada por necesidades militares.

[8] El texto completo de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg puede ser consultado en JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 1233 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 308 05/01/16 1:46 p.m.

*Crímenes contra la humanidad:* asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes.

c) Los hechos materia del Tribunal serían previamente indagados por el Comité para la investigación y persecución de los mayores criminales de guerra.

d) La condición de funcionario no sería considerada como causa de irresponsabilidad penal.

e) El hecho de que el acusado hubiere actuado en cumplimiento a una orden superior no lo eximiría de responsabilidad, pero sería considerado como una causal de mitigación de la pena.

f) Si se llegare a comprobar que un individuo es parte de un grupo u organización, el Tribunal podría declarar que ésta constituye una organización criminal.

Los principios de la Carta significaron una auténtica revolución jurídica. Por un lado, se visibilizaron las categorías de lo que más tarde habría de ser la simiente de una nueva rama del derecho: el derecho penal internacional. Por el otro, se alumbraron los principios torales de la responsabilidad personal, directa e inmediata, atribuible a los culpables de los crímenes contra el derecho internacional, desestimándose defensas tales como el cumplimiento de una orden superior o la detentación de un cargo público.

El Comité para la investigación y persecución de los mayores criminales de guerra cumplió su cometido. En cuatro meses logró



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 309 05/01/16 1:46 p.m.

reunir las evidencias necesarias a fin de que se procediese a la formulación de las acusaciones.

A lo largo del período comprendido del 20 de noviembre de 1945 al 1º de octubre de 1946, el Tribunal sesionó en las instalaciones del Palacio de Justicia de Nüremberg, lugar por muchos conceptos emblemático ya que fue la sede de los congresos del partido nazi y el sitio de la promulgación de las tristemente célebres leyes de Nüremberg.

La dimensión jurídica e histórica de ese procesamiento criminal quedó reflejada en el discurso acusatorio pronunciado por Charles Dubost, Fiscal Francés, ante los Jueces de Nüremberg:[9] "Alemania permitió que se le arrebatara su conciencia y su alma. Señores demoníacos vinieron a despertar sus primitivas pasiones e hicieron posible las atrocidades que les he descrito. En verdad, el crimen de estos hombres provocó que el pueblo Alemán retrocediera más de 12 siglos".

El Tribunal llevó a cabo el enjuiciamiento de 22 oficiales nazis,[10] de los cuales fueron condenados a muerte Franz Von Papen, Hans Fritzche, Hjalmar Schacht, Goering, Ribbentrop, Streicher, Kaitel, Kalterbruner, Rosemberg, Frank, Sauckel, Jodl, Seyss Inquart y Bormann. Los demás, fueron sentenciados a penas privativas de libertad más o menos largas. 200 nazis más fueron juzgados por 12 sucesivos tribunales en Nüremberg; miles y miles por cortes nacionales de Alemania, la Unión Soviética, Polonia, Checoeslovaquia y otros países más.

El 13 de agosto de 1946, durante la trigésima segunda sesión plenaria, la asamblea general de Naciones Unidas emitió la resolución 3 cuyo alcance es el siguiente:

---

[9] HARRAN, Marilyn, *et al., op. cit.,* p. 651.

[10] OWEN, James, *Nüremberg. El mayor juicio de la historia*, Madrid, Editorial Memoria Crítica, 2007, pp. 351 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 310 05/01/16 1:46 p.m.

a) Se tomó nota de la definición de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad que figuran en la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945.

b) Se recomendó a los Estados miembros de las Naciones Unidas, así como a los países que aún no habían suscrito la Carta de San Francisco, que tomaran inmediatamente todas las medidas necesarias para que los criminales de guerra fuesen detenidos y enviados a los países donde se cometieron los actos abominables.

Con esta resolución plenaria la ONU hizo suyas las categorías jurídico-penales acunadas en el Estatuto de Nüremberg, desvaneciéndose cualquier duda que pudiere haber surgido en relación a su validez jurídica en el ámbito del derecho internacional.

En otro orden de ideas, el 14 de diciembre de 1946 la asamblea general de la ONU aprobó la resolución 95 en la que:

a) Se tomó nota del Acuerdo para el establecimiento del Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo y de la Carta constitutiva del mismo.

b) Se confirmaron los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la sentencia emitida por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

c) Se instruyó al Comité de Codificación de Derecho Internacional para que se abocara a la formulación de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad sustentada en los principios de derecho internacional en cita.

Esta resolución es de enorme importancia pues por este camino los Estados miembros de las Naciones Unidas:

a) Confirmaron la validez jurídica del Estatuto de Nüremberg.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 311 05/01/16 1:46 p.m.

b) Confirmaron los principios de derecho internacional emanados del Estatuto y la sentencia de Nüremberg.

c) Confirmaron que tales principios de derecho internacional no surgieron a raíz de la experiencia de Nüremberg, sino que simplemente fueron reconocidos y explicitados tanto en el Estatuto como en la sentencia del Tribunal, denotándose así que precedieron a la firma del Acuerdo de Londres.

El tema de los principios de derecho internacional siguió siendo una preocupación central de las Naciones Unidas. Por ello, en complemento a la resolución 95, en la resolución 177 se mandató a la Comisión de Derecho Internacional para que formulara los Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta y en la sentencia del Tribunal de Nüremberg.

La encomienda fue desarrollada a lo largo de los meses de junio y julio de 1950 y el producto final consistió en un reporte que se sometió a la consideración de la asamblea general. Esta tuvo a bien aprobar el informe y así surgieron a la vida jurídica los paradigmáticos siete Principios de Nüremberg[11] que son la base del actual edificio de la justicia penal internacional.

La experiencia del Tribunal de Nüremberg, replicada a su vez con la experiencia del Tribunal de Tokio, hizo emerger la imperiosa necesidad de contar con un órgano encargado del ejercicio de la jurisdicción penal internacional, ideal que tuvo el siguiente tránsito jurídico:[12]

a) Mediante la resolución 260, del 9 de diciembre de 1948, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que analizara la posibilidad de que se estableciese un tribunal especializado en el juzgamiento de genocidios y

[11] Para una cabal comprensión de la trascendencia jurídica e histórica de los Principios de Nüremberg, *cfr.* DÍAZ MÜLLER, Luis T., *op. cit.*, pp. 83 y ss.

[12] La trayectoria en cuestión está detallada en el libro de FERNANDES, Jean Marcel, *La Corte Penal Internacional*, Madrid, Editorial Ubijus, 2008, pp. 67 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 312 05/01/16 1:46 p.m.

otros delitos señalados en los tratados internacionales. En el estudio correspondiente se concluyó que existían dificultades políticas que impedían la instauración de una jurisdicción internacional.

b) No obstante ello, el máximo órgano de la humanidad dio vida a un comité al que se le encomendó la elaboración de un proyecto de estatuto para una corte penal internacional, el cual fue concluido en el año 1951. Ahí se dio curso a la imagen de un tribunal dotado de competencia para realizar el enjuiciamiento de personas acusadas de delitos de derecho internacional consignados en las convenciones diplomáticas.

c) En esa misma línea, en el artículo VI de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, aprobada en 1948, se estableció que los responsables de dicho crimen serían juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fuese cometido, o bien ante la Corte Penal Internacional que fuese competente en relación a los Estados que hubiesen reconocido su jurisdicción.

En el anexo de la Convención se invitó a la Comisión de Derecho Internacional a examinar la conveniencia de crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fuesen de su competencia en virtud de convenciones internacionales, y así como analizar la posibilidad de crear una Sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia.

a) Más tarde, en el artículo V de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del crimen de Apartheid, votada en 1973, se consignó que las personas acusadas de este delito serían juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado parte que tuviese jurisdicción, o por cualquier tribunal penal internacional que tuviese competencia respecto a los Estados que hubiesen reconocido su jurisdicción.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 313 05/01/16 1:46 p.m.

b) En 1993 se creó el Grupo de Trabajo sobre el proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional, el cual dio a luz un primer borrador que fue complementado con las observaciones provenientes de los Estados. Bajo el liderazgo de la Comisión de Derecho Internacional, el Grupo en cuestión elaboró en 1994 un nuevo proyecto que fue sometido a la consideración del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

c) El resultado de ese gran esfuerzo culminó con la redacción de un Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional que sería el documento base de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, cuyos prolegómenos fueron acometidos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Roma.

Empero, hay que decir que nada de lo anterior habría sido posible sin la formidable sinergia jurídica y política generada a raíz de la creación de los tribunales supranacionales posteriores a Núremberg y Tokio, a saber:

a) *Tribunales penales internacionales* ad hoc: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ambos creados a partir de sendas resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad de la ONU en ejercicio de las atribuciones señaladas en el capítulo VII de la Carta de San Francisco.[13]

b) *Tribunal penales internacionales híbridos*: Corte Especial de Sierra Leona, Páneles de Timor Oriental, Salas Extraordinarias de Camboya y Tribunales para Kosovo. Fueron el fruto de un acuerdo entre Naciones Unidas y el Estado correspondiente.

---

[13] Al respecto, véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012, pp. 29 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 314 05/01/16 1:46 p.m.

> Su nombre se debe al hecho de que participan de los atributos de los tribunales nacionales y de los tribunales internacionales.[14]

## III. Conferencia diplomática de las Naciones Unidas sobre la Corte Penal Internacional

La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional tuvo lugar en Roma, Italia, del 15 de junio al 17 de julio de 1998. En ella participaron personeros de ciento sesenta países, veinte organizaciones intergubernamentales, catorce agencias especializadas y trescientos organizaciones de la sociedad civil. Su objetivo central fue el análisis y discusión del Proyecto de creación de la Corte Penal Internacional.

En su interior surgieron tres distintas corrientes en torno a las características que habrían de definir el perfil básico del nuevo órgano jurisdiccional:[15]

a) El grupo conocido como *Like-minded* o *Patronos de la Justicia Penal Internacional* que impulsó la iniciativa de una corte fuerte y autónoma, independiente del Consejo de Seguridad e investida de jurisdicción automática para conocer de los delitos captados en su Estatuto.

b) El grupo identificado como *Patronos de la Soberanía*, que pugnó por una corte apuntalada por el principio toral de la complementariedad en su accionar jurisdiccional y el respeto a la soberanía de los Estados.

c) El grupo *Patronos del Consejo de Seguridad* que planteó la necesidad de controlar al nuevo órgano a través de la dotación de atribuciones de intervención al Consejo de Seguridad.

---

[14] Al respecto, *cfr.* Dondé Matute, Javier, *Derecho Penal Internacional*, México, Oxford University Press, 2008, pp. 163 y ss.

[15] Fernandes, Jean Marcel, *op. cit.*, pp 85 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 315 05/01/16 1:46 p.m.

A la postre prevaleció la propuesta de una Corte con el siguiente perfil: autónoma, permanente, fincada en el consentimiento de los Estados patentizado a través de la firma de un tratado multilateral, con jurisdicción automática y complementaria, vinculada a la ONU a través de un acuerdo y con intervención restringida del Consejo de Seguridad.

Después de cuarenta y dos arduas sesiones de trabajo, el 17 de julio de 1998, los plenipotenciarios aprobaron el Estatuto de Roma, cuya naturaleza jurídica corresponde a la de un tratado internacional regido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.[16] Con ello surgió a la vida institucional la Corte Penal Internacional.

El 11 de abril del 2002 se alcanzó el mínimo de los 60 instrumentos ratificatorios depositados en la Secretaría General de la ONU. Al sexagésimo día de ese evento, 1º de julio del 2002, entró en vigor el Estatuto y por ende también entró en funciones la Corte Penal Internacional. Es preciso aclarar que para aquellos Estados que se adhieran después, el Tratado de Roma entrará en vigor al sexagésimo día siguiente al depósito del instrumento ratificatorio.

## IV. Estructura y atribuciones de la Corte Penal Internacional

Como ya se dijo, a diferencia de los tribunales penales internacionales que le antecedieron, todos ellos creados con propósitos específicos y transitorios, la nota distintiva de la Corte Penal Internacional es que se trata de una institución permanente, independiente y vinculada al sistema de Naciones Unidas. Goza de personalidad

[16] En el artículo, apartado 2, párrafo 1, inciso a), se establece: "Para los efectos de la presente Convención: se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 316 05/01/16 1:46 p.m.

jurídica y autonomía de gestión para la realización de sus fines jurídicos. Tiene su sede en La Haya, Países Bajos, pero puede sesionar en cualquier otro lugar cuando se considere conveniente.[17]

No es un foro de concertación ni una instancia de carácter arbitral, sino que estamos en presencia de un tribunal en forma que ejerce jurisdicción sobre las personas físicas que han cometido los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,[18] a los cuales haremos mención cuando abordemos el tema de la competencia material de este trascendental organismo internacional.

Cabe hacer énfasis agregado en el hecho de que su competencia es de naturaleza supletoria o complementaria. Carece totalmente de potestades jurídicas para conocer de los asuntos que sean objeto de una investigación o enjuiciamiento por parte de las jurisdicciones nacionales. Solamente puede intervenir en aquellos casos en los que se haga manifiesta la inacción del Estado de que se trate, en virtud de que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes o no pueda realmente hacerlo.[19] En otras palabras, sus poderes punitivos se actualizan únicamente cuando el Estado respectivo no quiere o no puede investigar y sancionar a los responsables.

La Corte está conformada por tres tipos de órganos:[20]

a) Órganos administrativos: son la Presidencia y la Secretaría.

b) Órgano investigador y acusador: es la Fiscalía.

c) Órganos jurisdiccionales: son las Secciones Judiciales constituidas por la Sala de Cuestiones Preliminares, la Sala de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones.

---

[17] Artículo 1o, 2o, 3o y 4o del Estatuto de Roma.

[18] Artículo 5o del Estatuto de Roma.

[19] Artículo 17, apartado 1, incisos a) y b), del Estatuto de Roma.

[20] Artículo 34 del Estatuto de Roma.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 317 05/01/16 1:46 p.m.

Si bien no es parte del Estatuto, en su articulado está prevista la posibilidad de que el Consejo de Seguridad remita a la Corte un caso o situación concreta actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y de que asimismo solicite la suspensión de la investigación o enjuiciamiento por un plazo de doce meses.[21]

Las funciones de la Corte pueden ser analizadas atendiendo a cuatro ámbitos de competencia:

a) *Competencia ratione materiae*. Los crímenes objeto de su competencia material son: genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión o guerra agresiva.[22,23,24] Esta competencia es automática o inherente, no requiere reconocimiento o ratificación posterior, sea ésta general o específica.[25] A este tema específico dedicaremos algunas líneas en páginas posteriores.

b) *Competencia ratione personae*. Sus atribuciones punitivas abarcan exclusivamente a las personas físicas que al momento de la comisión del crimen tengan 18 años o más. De este enunciado se colige que la Corte no juzga a Estados,[26] lo que sí sucede con

---

[21] Artículos 13, inciso b), y 16 del Estatuto de Roma.

[22] Artículos 5o, 6o 7o y 8o del Estatuto de Roma.

[23] El crimen de agresión o guerra agresiva fue enunciado más no tipificado dentro del Estatuto de Roma. En la Conferencia de Revisión de este instrumento internacional, celebrada en el 2010 en Kampala, Uganda, finalmente se aprobó una enmienda al artículo 5o y con ello se dio curso a esta figura delictiva, cuya materialización se sujetó a una serie de candados que por el momento impiden a la Corte avocarse a la investigación y sanción de los actos punibles.

[24] No es el cometido de este ensayo analizar los tipos penales proyectados en el Estatuto de Roma, sin embargo, para su estudio sistemático es recomendable la consulta de la obra de AMBOS, Kai, *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

[25] Artículos 12, apartado 1, y 13 del Estatuto de Roma.

[26] Artículos 1o y 25, apartado I, del Estatuto de Roma.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 318 05/01/16 1:46 p.m.

la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

c) *Competencia ratione temporis*. Este Tribunal ejerce competencia exclusivamente sobre los crímenes que se cometan después del 1º de julio del 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma, o en la fecha de inicio de su vigencia para los Estados que se adhieran con posterioridad. Es decir, sus poderes no son retroactivos, salvo que el Estado así lo solicite o bien el caso sea planteado por el Consejo de Seguridad.[27]

d) *Competencia ratione loci*. Los delitos objeto de su competencia material son aquellos que se perpetren dentro del territorio de un Estado parte o por un nacional de un Estado parte. Sin embargo, cuando el crimen es cometido dentro del territorio de un Estado no parte o por un nacional de un Estado no parte, la Corte puede intervenir siempre y cuando se realice el previo depósito del instrumento de aceptación *ad hoc* de la competencia respecto a crímenes en particular.[28]

La activación de la competencia está reservada a los Estados parte del Estatuto al Fiscal, quien puede hacerlo oficiosamente, pero con sujeción a los controles de la Sala de Cuestiones Preliminares y al Consejo de Seguridad. Excepcionalmente, dicha facultad también corresponde a los Estados no parte que se adhieran en forma *ad hoc* al instrumento internacional.

La columna vertebral de la justicia penal internacional son, sin duda, los principios generales de derecho penal internacional a los que deberá ceñirse la actuación del órgano jurisdiccional en estudio.[29] De ellos destacan por su relevancia los siguientes: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, irretroactividad, responsabilidad penal individual, improcedencia del cargo y las inmunidades oficiales, responsabilidad

[27] Artículos 11 y 24 del Estatuto de Roma.

[28] Artículos 11, apartado 2, y 13 del Estatuto de Roma.

[29] Artículos 22 a 33 del Estatuto de Roma.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 319 05/01/16 1:46 p.m.

por cadena de mando, improcedencia de la excluyente de responsabilidad de la obediencia debida e imprescriptibilidad de la acción penal.

## V. Adhesión del Estado mexicano al Estatuto de Roma

México tuvo una participación activa durante la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma. Nuestra delegación se pronunció categóricamente en pro de la creación de la Corte Penal Internacional. No obstante, se abstuvo de intervenir en la votación del texto final del Estatuto argumentando que contiene preceptos vulneradores de las garantías individuales contempladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[30]

Sorpresivamente, pues aún no había sido satisfecha dicha condición *sine qua non*, el 7 de septiembre del 2000 la titular de la Secretaría de Relaciones Exteriores firmó *ad referendum* el Estatuto de Roma. Con ello el gobierno del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León le salió al paso a la percepción que se había gestado en el ámbito internacional en el sentido de que el Estado Mexicano no estaba comprometido con los nobles propósitos subyacentes en la creación de la Corte Penal Internacional.

Acorde a lo dispuesto en los artículos 76, fracción I, y 133 constitucionales, el 21 de junio del 2005 la Cámara de Senadores ratificó el Estatuto de Roma y el 7 de septiembre del mismo año se publicó el decreto aprobatorio en el Diario Oficial de la Federación.

El 10 de octubre del 2005, el Ejecutivo Federal firmó el instrumento de ratificación y éste fue depositado el 28 de ese mes y año ante la Secretaría General de Naciones Unidas.

El 31 de diciembre del 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de promulgación del Estatuto de Roma. El tramo comprendido entre la firma del instrumento de ratificación y la fecha antes mencionada se explica en función de lo dispuesto en

[30] Las principales discrepancias están puntualizadas en la obra de García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, pp. 111 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 320 05/01/16 1:46 p.m.

el artículo 126, párrafo 2, del Estatuto. Como ya se dijo, para los Estados que lo suscriban en fecha posterior al 1º de julio del 2002, entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Fue así como el Tratado de Roma entró en vigor para México el 1º de enero del 2006. Consecuentemente, conforme a lo ordenado en el artículo 11.1,[31] la Corte Penal Internacional está facultada para conocer de los crímenes objeto de su competencia material que se cometan después de esta fecha, lo que constituye un impedimento jurídico insalvable para el enjuiciamiento de los crímenes de Estado perpetrados con anterioridad, tales como la matanza de Tlatelolco, la masacre de San Cosme, las torturas y desapariciones de la *guerra sucia* y el asesinato de indígenas de la etnia tzotzil en la ermita de Acteal, entre otros graves ataques a la dignidad humana.

## VI. Reforma al artículo 21 constitucional

La recepción e incorporación del Estatuto de Roma al derecho nacional se llevó a cabo a través de una reforma al artículo 21 de la Constitución General de la República que entró en vigor el 1º de enero del 2006, concomitantemente con el inicio de la vigencia para México de dicha convención internacional.

En efecto, el 4 de diciembre del 2001, el Ejecutivo Federal remitió al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma al precepto constitucional de referencia,[32] a fin de adicionar los párrafos quinto a séptimo y consignar en ellos las siguientes disposiciones jurídicas:

---

[31] "Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12".

[32] Consultado en: http://www2.scjn.gob.mx/accesoInformación/.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 321 05/01/16 1:46 p.m.

> La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en los tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados.
>
> En los casos del orden penal, los procedimientos que lleven a cargo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado Mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo.
>
> Las resoluciones así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria, las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes.

Como se puede advertir, el objetivo estratégico de la iniciativa presidencial fue la aceptación incondicional de la jurisdicción y la coercitividad de los fallos emanados de los órganos jurisdiccionales contemplados en los tratados internacionales suscritos por nuestro país, lo que sin lugar a dudas conllevaría la plena empatía o armonización entre las normas del derecho nacional y los compromisos jurídicos provenientes del derecho internacional.

La propuesta fue turnada al Senado de la República, en cuyas comisiones se llegó a la conclusión de que lo conveniente era limitar la reforma al tema específico de la Corte Penal Internacional y dejar para un momento posterior el reconocimiento constitucional de los demás tribunales internacionales.[33]

Empero, los legisladores adoptaron un enfoque radicalmente distinto al de la iniciativa de Los Pinos, esto es, desestimaron de plano el reconocimiento incondicional de la jurisdicción de la Corte. Bajo el argumento de que es indispensable asegurar la preeminencia de la jurisdicción nacional, decidieron que tal reconocimiento sería otorgado según las circunstancias de cada caso concreto, con la in-

---

[33] García Ramírez, Sergio, *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003, p. 699.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 322 05/01/16 1:46 p.m.

tervención previa del Ejecutivo Federal y del Senado dentro de sus respectivas esferas de competencia jurídica.[34]

El dictamen de las comisiones fue aprobado en sus términos el 14 de diciembre del 2002 y la minuta senatorial pasó a la Cámara de Diputados, en la que el 9 de diciembre del 2004 el pleno discutió y sancionó el Decreto que adicionó un quinto párrafo al artículo 21 constitucional para quedar en la siguiente forma: "El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional".

El 4 de mayo del 2005 la Comisión Permanente del Congreso de la Unión hizo la declaratoria de aprobación y publicación del Decreto aprobatorio de la reforma constitucional, visible en el Diario Oficial de la Federación del 20 de junio de ese año, habiendo entrado en vigor el 1o de enero del 2006.

Así, como consecuencia de este cambio a la normatividad constitucional:

a) El Estado Mexicano se reservó la facultad de reconocer caso por caso la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.
b) Tal reconocimiento podrá ser hecho por el Ejecutivo Federal con la aprobación del Senado.

Es importante señalar que la ruta jurídica en cuestión no guarda congruencia alguna con los procesos de implementación del Estatuto de Roma seguidos por otros Estados, en los que, con algunas variables, la constante ha sido el reconocimiento incondicional de la jurisdicción automática y complementaria de la Corte Penal Internacional.[35]

---

[34] García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, pp. 701 y ss.

[35] La reseña de dichos procesos está plasmada en *cfr.* Ambos, Kai *et al.*, *Dificultades Jurídicas y Políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogota, Temis, 2005.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 323 05/01/16 1:46 p.m.

## VII. Análisis de la reforma constitucional a la luz del Estatuto de Roma

Efectuaremos ahora el análisis de la reforma al artículo 21 constitucional en el contexto de las normas conducentes del Estatuto de Roma. De entrada, en el artículo 12, apartado 1, claramente y sin lugar a dudas se prescribe: "El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5º".

Por tal razón, en el artículo 13 se previene: "La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto…".

A su vez, en el artículo 120 se estipula: "No se admitirán reservas al presente Estatuto".

Así pues, dada esa prohibición, la adhesión debe ser realizada sin condición, cortapisa o reserva alguna.[36] Por tanto el Estatuto se suscribe y se asume en su integridad −y con ello el Estado se suma a la asamblea de Estados−, o de lo contrario no se es alta parte contratante del instrumento internacional.

De la conjugación armónica de ambos enunciados jurídicos se desprende que la jurisdicción de la Corte es inherente, automática e incondicional, se surte *ipso iure* con el sólo hecho de la adhesión a su fundacional Por esto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 120, a los Estados no les es dable introducir reserva alguna en torno a este tópico fundamental ni en relación a ningún otro tema comprendido dentro del ámbito de aplicación del Estatuto. Puesto

[36] Es oportuno traer al presente el artículo 2, párrafo 1, inciso d), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, donde se define a la reserva como una "declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 324 05/01/16 1:46 p.m.

de otra manera, ningún Estado tiene la facultad de reservarse o excluirse de la competencia del Tribunal Penal Internacional, ya que de lo contrario se socavaría la noción misma de un sistema de justicia supranacional de carácter permanente.[37]

Así pues, al reservarse el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en función de cada caso concreto, el Estado Mexicano trastocó el imperativo jurídico de la competencia automática e incondicional de la Corte y asimismo propició el surgimiento de una exclusión de los dictados del Estatuto de Roma, con efectos similares a los de una reserva expresamente prohibida por el artículo 120.

## VIII. Análisis de la reforma constitucional a la luz del Derecho de los tratados

La violación a las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma también constituyen transgresiones manifiestas al derecho de los tratados cristalizado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, vigente para México a partir del 27 de enero del 1980, cuyos principios fundamentales se resumen en los siguientes enunciados:

a) Los Estados pueden formular reservas, a menos que éstas no estén prohibidas por el tratado; este disponga que únicamen-

---

[37] *Cfr.* Fernández, Jean Marcel, *op. cit,* pp. 94 y ss., en la que se destaca que a lo largo de las negociaciones diplomáticas de la Conferencia de Roma quedó perfectamente esclarecido cuáles son los fines y alcances del principio de la competencia automática e incondicional de la Corte Penal Internacional. La postura de la doctrina jurídica especializada en el tema es también uniforme a ese respecto, tal como puede apreciarse en Kaul, Hans Peter, "La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y alcance", en Ambos, Kai *et al.*, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 213 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 325 05/01/16 1:46 p.m.

te pueden hacerse determinadas reservas; o bien las reservas sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado.[38]

b) Los Estados están sujetos a la regla conocida como *pacta sunt servanda*, según la cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.[39]

c) En razón de lo anterior, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.[40]

d) Es nulo todo tratado que esté en oposición con un principio *ius cogens*, una norma imperativa de derecho internacional general, es decir, una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra norma de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.[41]

Toda vez que la reforma al artículo 21 constitucional otorga al Estado Mexicano la atribución de reservarse el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en cada caso concreto, ello sin lugar a dudas representa una exclusión o elusión de la directiva jurídica de la competencia automática que le es inherente, cuyos efectos son análogos a los de una reserva a la que no se tiene derecho alguno en los términos del artículo 19 de la Convención de Viena, puesto que en el artículo 120 del Estatuto de Roma está consignada la prohibición expresa de formular reservas.

A través del cambio constitucional que nos ocupa también se ha violentado el principio *pacta sunt servanda* porque las disposiciones contenidas en los artículos 12 y 120 del Estatuto de Roma no han

[38] Artículo 19.

[39] Artículo 26.

[40] Artículo 27.

[41] Artículo 53.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 326 05/01/16 1:46 p.m.

sido cumplidas de buena fe por el Estado Mexicano, quien igualmente ha quebrantado la prohibición del artículo 27 de la Convención de Viena al erigir una disposición de derecho interno como puntal del incumplimiento de un tratado.

Por otra parte, la investigación, persecución y sanción del genocidio y los demás crímenes propios del Derecho penal internacional es una obligación *ius cogens*,[42] o sea que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general que no admite acuerdo en contrario. La reforma constitucional en análisis atenta contra esa disposición proveniente del derecho internacional consuetudinario en virtud de que a través suyo se está coartando la jurisdicción automática del órgano de justicia internacional que tiene a su cargo ese histórico cometido jurídico.

## IX. Análisis de la reforma constitucional a la luz de los derechos humanos

El 11 de junio del 2011 entró en vigor la trascendental reforma al artículo 1º constitucional con la que se elevaron a rango constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano. Ahora, los derechos fundamentales y las tradicionales garantías individuales y sociales integran el llamado bloque de la constitucionalidad.[43] El cambio a la normatividad suprema del país se condensa en cuatro postulados o axiomas capitales:

---

[42] Este aserto se corrobora a plenitud con la argumentación vertida en Gómez Robledo Verduzco, Alonso y Witker, Jorge (coords.), *Diccionario de Derecho Internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 203.

[43] Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, IIJ-UNAM-Tirant lo Blanch, 2014.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 327 05/01/16 1:46 p.m.

a) Los derechos humanos son inherentes a todas las personas por el sólo hecho de serlo, es decir, no son otorgados por el Estado, sino que éste debe limitarse a reconocerlos.[44]

b) Las normas relativas a los derechos humanos deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, procurando siempre la protección más amplia a las personas.[45]

c) Los jueces deben ejercer el control de convencional *ex officio* y por ello han de desaplicar las disposiciones que no sean compatibles con dichos tratados.[46]

d) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en concordancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.[47]

Al inhibirse la jurisdicción automática de la Corte Penal Internacional, las víctimas de los crímenes captados en el Estatuto de Roma son colocadas en un total estado de indefensión jurídica, habida cuenta que se les impide el ejercicio del derecho humano a la verdad, el derecho humano a la justicia y a la tutela judicial efectiva, y el derecho humano a las reparaciones integrales, la *res-*

---

[44] Entre otras vertientes de análisis, este postulado refleja sin lugar a dudas el abandono del modelo epistemológico del positivismo jurídico.

[45] Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución)", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM-Porrúa, 2014, Pp. 103 y ss.

[46] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.) *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma,* IIJ-UNAM-Porrúa, México, 2014, pp. 339 y ss.

[47] Carbonell, Miguel, "Las obligaciones del Estado en el artículo 1o de la Constitución Mexicana", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.) *op. cit.*, pp. 63 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 328 05/01/16 1:46 p.m.

*titutio in integrum*; lo que también conlleva el incumplimiento de la obligación primordial de garantizar la no repetición de los ataques a los derechos humanos.

Se advierte, entonces, la existencia de una grave contradicción entre la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la reforma al artículo 21 constitucional, dado que la primera obliga a maximizar el ejercicio de los derechos fundamentales que la segunda hace totalmente nugatorios en la vertiente penal internacional.

En aplicación del principio *pro homine*, la antinomia debe ser resuelta privilegiando la protección más amplia posible a las víctimas, esto es, debe optarse por la preminencia de los derechos humanos. Ello implica, ni más ni menos, que la reforma constitucional que nos ocupa es a todas luces inconvencional y debe ser desaplicada, incluso de manera oficiosa.

Sin embargo, la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es enteramente distinta ya que para el máximo tribunal la norma convencional debe ser aplicada cuando contenga mayores grados de tutela jurídica, excepto si las limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos humanos están previstas en el articulado de la Carta Magna. Así se colige del texto de la jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011:[48]

> DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas

[48] Para una mejor apreciación del modelo de argumentación jurídica desplegado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *cfr.* Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al.*, *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad, su debate actual*, México, Porrúa, 2015, pp. 135 y ss.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 329 05/01/16 1:46 p.m.

fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

## x. Conclusiones

El corolario del presente ensayo es claro y preciso: con la aprobación de la reforma al artículo 21 constitucional, el Estado Mexicano le dio la espalda al Estatuto de Roma, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y a los derechos humanos reconocidos en diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país; irregularidad que a su vez es tipificatoria de una responsa-



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 330 05/01/16 1:46 p.m.

bilidad internacional que eventualmente podría ser reclamada ante las instancias supranacionales competentes en la materia.

Empero, en términos pragmáticos, la consecuencia más grave y preocupante de dicho cambio a la normatividad suprema del país estriba en el hecho de que la posibilidad de que la Corte Penal Internacional conozca de hechos constitutivos de los crímenes objeto de su competencia material dependerá de la voluntad política de las élites en el poder; lo que constituye una genuina paradoja ya que con mucha frecuencia sus miembros son quienes fungen como autores intelectuales, tal como se puso de relieve con la masacre del 2 de octubre de 1968, la matanza perpetrada el 10 de junio de 1971 por el grupo paramilitar de *Los Halcones*, las torturas y desapariciones forzadas cometidas durante la llamada *guerra sucia* y el cruel asesinato de indígenas tzotziles en Acteal.

La reforma constitucional será sometida a la prueba del ácido cuando la Corte Penal Internacional empiece a conocer los casos mexicanos o emita requerimientos a cargo del Estado Mexicano encuadrados en el mecanismo de la cooperación procesal internacional. Previsiblemente, el organismo emanado del Estatuto de Roma llegará a la conclusión de que la reserva del reconocimiento caso por caso de su jurisdicción automática no tiene validez jurídica alguna y que es una excusa infundada para impedir el ejercicio de sus poderes punitivos, lo que lo facultaría para intervenir en forma directa e inmediata en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes objeto de su competencia material.

## XI. Bibliografía

Ambos, Kai y Guerrero Oscar Julián, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Ambos, Kai *et al., Dificultades Jurídicas y Políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* Bogota, Temis, 2005.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 331 05/01/16 1:46 p.m.

AMBOS, Kai, *Los crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional,* México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

_____, *Nuevo Derecho Penal Internacional,* México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona, Lumen, 1999.

ÁLVAREZ CIBRIÁN, Felipe de Jesús *et al.*, *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad, su debate actual,* México, Porrúa, 2015.

ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México, México,* IIJ-UNAM-Tirant lo Blanch, 2014.

CABALLERO OCHOA, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución)", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma,* México, IIJ-UNAM-Porrúa, 2014.

CARBONELL, Miguel, "Las obligaciones del Estado en el artículo 1o de la Constitución Mexicana", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma,* México, IIJ-UNAM-Porrúa, 2014.

DÍAZ MÜLLER, Luis. T., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* México, Porrúa, 2006.

DONDÉ MATUTE, Francisco Javier, *Derecho Penal Internacional*, México, Oxford University Press, 2008.

FERNANDES, Jean Marcel, *La Corte Penal Internacional,* Madrid, Editorial Ubijus, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma,* México, IIJ-UNAM-Porrúa, 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004.

_____, *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 332 05/01/16 1:46 p.m.

Guevara, B.José Antonio *et al.*, *La Corte Penal Internacional: Una visión iberoamericana*, Porrúa-Universidad Iberoamericana, México, 2005.

Gómez Robledo Verduzco, Alonso y Witker, Jorge, *Diccionario de Derecho Internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2001.

Guevara Bermúdez, José Antonio *et al.*, *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México, Universidad Iberoamericana-Porrúa, 2005.

Harran, Marilyn, *et al., Crónica del Holocausto, las palabras e imágenes que hicieron historia,* México, Edivisión Compañía Editorial-Grupo Editorial Diana, 2002.

Hernández Aparicio, Francisco y Mejía García, Hilario, *Derecho Internacional, consecuencias jurídicas de la Corte Penal Internacional en México*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2007.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Editorial Losada, t. II, 1964.

Moreno Hernández, Moisés (coord.), *El Estatuto de Roma y sus implicaciones en el Derecho Nacional de los países latinoamericanos,* México, Editorial Ius Poenale, 2004.

Owen, James, *Nüremberg, El mayor juicio de la historia,* Madrid, Editorial Memoria Crítica, 2007.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho,* México, FCE, 1965.

Zuppi, Alberto Luis, *Jurisdicción Universal para Crímenes contra el Derecho Internacional*, Buenos Aires, editorial AD-HOC, 2002.

_____, *Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.



10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 333 05/01/16 1:46 p.m.

10-Jiménez Vazquez-RevFac264.indd 334 05/01/16 1:46 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# DIDÁCTICA DEL DERECHO

# DIDACTIC OF THE LAW

JOSÉ DE JESÚS LEDESMA URIBE[1]

RESUMEN: En este artículo el autor reflexiona sobre la didáctica en los estudios formales de las Facultades de Derecho. Para él, el presupuesto fundamental de la educación es la libertad y el entusiasmo del alumno. El aprendizaje es la captación del conocimiento y su incorporación consciente e intencional al caudal de experiencia del educando. En otras palabras, llegar a la acción modificada por el aprendizaje en la conducta del sujeto es la culminación de la educación. Aplicando un análisis integral y hermenéutico para el caso de las ciencias jurídicas, el autor presenta un esbozo para un curso de didáctica dirigidos a Maestros en Derecho.

PALABRAS CLAVE: *didáctica; conocimiento; educación jurídica; Maestro en Derecho; curso de didáctica.*

ABSTRACT: In this article the author reflects on didactic in formal studies of law schools. For him, the fundamental premise of education is the freedom and enthusiasm of the student. Learning is the acquisition of knowledge and its conscious and intentional incorporation in the student experience. In other words, get to the action modified by learning in the subject's behavior is the culmination of education. By applying a comprehensive and hermeneutic analysis in the case of legal science, the author presents an outline for a course aimed at teaching Masters of Laws.

KEYWORDS: *Didactic; Knowledge; Legal education; Master of Laws; Didactic course.*

[1] Doctor en Derecho Romano y Derechos de Oriente Mediterráneo por la Universidad de Roma "La Sapienza", Italia. Profesor emérito de la Universidad Iberoamericana, Profesor Titular por Oposición "C" de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: semrom@derecho.unam.mx.

11-Ledesma-RevFac264.indd 335 05/01/16 1:49 p.m.

SUMARIO: I. Didáctica del Derecho. II. Curso de Didáctica especialmente dirigida a Maestros en Derecho. III. Bibliografía mínima.

## I. DIDÁCTICA DEL DERECHO

Sin duda la educación superior en México está cobrando conciencia de la importancia de los niveles de posgrado, especialmente las especialidades y las maestrías. No queremos significar con esta afirmación que lo básico deje de ser precisamente el apoyo de toda la estructura académica. Y lo básico referido al sujeto, inicia desde la época pre-natal pasando desde luego por la educación así llamada que se recibe en el núcleo familiar y en las aulas y que en su momento, arriba a la educación media. Por esto, entendemos la función propia de la didáctica como un natural desarrollo de la personalidad humana.[2]

Tampoco se significa con la oración que abre este escrito, que no sean importantes los doctorados y aún los cursos subsiguientes. Es precisamente ahí, donde se llega a una culminación que abre el espacio para la siembra generosa de acciones profesionales que van a seguir.[3]

La búsqueda de los posgrados se explica también en parte, por el crecimiento por un lado, de los egresados titulados de las

[2] Ocurre con la didáctica algo semejante con lo que está sucediendo con la tanatología. Ya no se ocupa sólo de la muerte humana sino de cualquier pérdida o modificación de un estado de vida que pueda enfrentar al personaje con una crisis y prescribe las mejores formas de evitarla o en su caso, de superarla. En las concepciones actuales de ciertas disciplinas, se opera un proceso de expansión del objeto material de la ciencia.

[3] Si son pocos los egresados que alcanzan la titulación de la licenciatura, aspiramos hoy a que se difundan cada vez más las especialidades y las maestrías. Ya llegará el auge para los doctorados tan requeridos por el mercado profesional. La persona humana como espíritu en el mundo que es comienza a adquirir sus facultades desde la misma época pre-natal y las desarrolla siempre, no tiene más límite que los de su propia existencia humana.



11-Ledesma-RevFac264.indd 336 05/01/16 1:49 p.m.

licenciaturas y por el otro, debido a las presiones que ejerce el mercado profesional.

Un verdadero paradigma de desarrollo profesional se alcanza cuando el estudiante, independientemente de su edad, logra más de un título profesional. Paradigma difícil pero no imposible de conseguir. Esta apertura epistemológica que se adquiere con más de un título, responde a la complejidad del mercado de ejercicio profesional, a su variedad y desarrollo. Se trata de una modalidad diferente a la de penetración uni-disciplinar que se consigue con un doctorado. Creo que de manera lenta pero sostenida, esta posibilidad se irá observando sin que sea en extremo solicitada por los estudiantes. Con esto significamos que se tengan dos carreras o licenciaturas pudiendo así establecer los vínculos trans-disciplinarios que correspondan para plantear actitudes pragmáticas de vida cotidiana.[4]

Presupuesto fundamental de la educación es, particularmente en sus niveles medio y superior, la libertad y el entusiasmo del alumno. Si falta uno u otro, el motor del aprendizaje no trabaja adecuadamente. Si los correctivos desempeñan una función intensa en la educación elemental, debe entenderse que conforme progresa el proceso educativo deben casi completamente desaparecer.[5]

Nos parece muy conveniente para el estado que guardan las especialidades en México, insistir en este tipo de educación que naturalmente no es propicio de una nación que lucha aún a brazo partido contra el analfabetismo, contra la pobreza.

Sí es este sitio fundamental, para dejar asentado con toda claridad que los primeros años de la vida, los de la época que podemos

---

[4] Puede parecer a primera vista, excesivo para nuestro medio, considerar el ejercicio de la pluri-disciplina, empero de la indicación de la ruta se puede ir logrando poco a poco que lo que parece una utopía pase a ser realidad.

[5] La libertad y la responsabilidad del alumno son los soportes reales de la disciplina. Es aquí propiamente donde reside el honor de los alumnos. A menor presencia de los correctivos, mayor motivación intrínseca.



11-Ledesma-RevFac264.indd 337 05/01/16 1:49 p.m.

llamar anterior a la educación elemental son verdaderamente claves en la formación de la personalidad del niño. Esto ha sido puesto de relieve por Piaget.[6] Por eso, la escuela es la naturalísima continuadora de la obra educativa que se asienta en la familia. Durante los años de la niñez a la pubertad y siguientes, las dos instituciones, familia y escuela, siguen siendo modeladoras de diferente manera, de la estructura humana del estudiante.

La escuela, en particular, la universidad, ya fue entendida por los estudiantes medievales que con frecuencia la fundaban, como su segunda alma nutricia. De ahí procede el diminutivo de madre que aparece en la palabra *matrícula*.[7]

Fue un privilegio para las mentes medievales ejercitadas en la filosofía, que la metáfora de la universidad como madre nutricia jugara un papel de primera importancia. El Maestro va a enseñar con su dicho pero principalmente con su ejemplo, no se acepta la doble moral. La congruencia es un distintivo imperdonable del genuino Maestro. De este modo se fue gestando la legitimidad de la escuela como formadora auténtica de los alumnos.[8]

Es completamente cierto que el ejemplo por su plasticidad y rotundez enseña. Lo hace de insuperable manera porque es vida y la educación es vida y es para la vida. El ejemplo es o debe ser reflejo de lo predicado cuando nos referimos a las ciencias del espíritu, a las ciencias morales, por ende al Derecho.

---

[6] Célebre por sus estudios de epistemología genética y de la teoría constructivista en la personalidad del niño. En sus interesantes investigaciones aparecen los procesos de estructuración y adaptación de la personalidad del niño y del adolescente.

[7] Se debe tener en consideración que en la Italia del siglo XII, muchos estudiantes procedentes de los pueblos y los caseríos acudían a vivir en los internados que fueron propiamente la casa estable de los estudiantes. Por lo demás la palabra alumno, alude al alimento.

[8] Sobre la enseñanza a través del ejemplo y su contundencia, *cfr.* PANSZA, Margarita, *et al.*, *Fundamentación de la didáctica*, México, Gernika, t. I, 1996, p. 107.



11-Ledesma-RevFac264.indd 338 05/01/16 1:49 p.m.

Un verdadero paradigma solicita hoy con urgencia, la educación continua. Esto quiere decir que la escuela siempre debe continuar con su labor de enseñanza. Y es precisamente la vida, del modo que lo han ya expresado los clásicos, la más realista y efectiva de las escuelas y es la propia vida, la desembocadura y razón de ser de toda la educación. La vida va entendida mucho más allá de la escuela, a la manera de lo que enseñaba Cicerón.[9] Por ello, dentro del sistema del aula, el método activo que incita a la dinámica del estudiante, es mucho más motivador. Esto no significa que deba romperse completamente nuestra tradición que ha privilegiado al método expositivo.[10]

El sistema activo fomenta en verdad el ejercicio de la comunicación y esto vale mucho cuando el objeto en ella contenido, deriva del aprendizaje.

La educación continua es el gran tema de la felicidad humana ya que a través de ella se aproxima la persona a la verdad y de ese modo su natural instalación en su mundo es mucho más eficaz, satisfactoria y consciente. Por ello, el gran dinamismo de la educación está cifrado en la criticidad. Es que la persona es un ser pensante, desea, actúa en lenguaje de Zubiri. Desde luego que esta criticidad favorece  la creatividad, el gran motor de la cultura.[11]

---

[9] E el sentido de que no aprendemos para la Escuela sino para la vida.

[10] El tema de los métodos o modelos educativos es muy extenso. No nos proponemos en esta ocasión tratarlo sin dejar de reconocer que es uno de los temas nodales de la didáctica.

[11] Valga esta nueva metáfora para indicar que el ímpetu, que el dinamismo de la obra humana en la sociedad, se origina en el pensamiento divergente que se hace acción. Eso es precisamente la creatividad. Pero por un imperativo ético, dicha creatividad debe estar alumbrada y finalmente, legitimada por la criticidad que sabe colocar al bien honesto en la cima de los bienes. Por ello, el deleitable y el útil, le están subordinados. Este es uno de los problemas de fondo más graves que plantea la tecnología galopante pero a la vez maravillosa, que tenemos a la mano.



11-Ledesma-RevFac264.indd 339 05/01/16 1:49 p.m.

Parece y así es, que la persona humana estuviese destinada a un continuo saber más sin límite, especialmente cuando ese saber pasa del intelecto al gozo de la acción.

La sociabilidad humana tan presente en el proceso de enseñanza-aprendizaje que privilegia la hetero-educación impulsa mucho la comunicación. No puede olvidarse que la cultura es en gran parte comunicación, diálogo muy plural y contemplación conjunta de las grandes cualidades del ser como la verdad y la belleza.[12]

Las escasas reflexiones precedentes bastan para dejar en claro por qué el estudiante debe cumplir exitosamente su función de aprender a aprender y el docente, la suya de aprender a formar la personalidad del educando. De aquí salta con gran estrépito la importancia de la didáctica y la pedagogía. Sin duda una de las mayores, más importantes experiencias de la vida humana, es cómo aprender y después como servirse de lo aprendido para vivir mejor. Aquí residen las altas esencias de la filosofía y desde luego, didáctica y pedagogía, ocupan un lugar central. Por ello se habla con mucho sentido del arte de ser persona y no únicamente por lo aprendido sino por la conciencia y la empatía hacia todo y hacia todos.

Es indispensable atender lo que puede llamarse la biografía de las ciencias, su historia misma para ponderar la dimensión e importancia del hecho científico en sí. De esta manera, se satisface una importante parte del contexto de la disciplina en aras de entender su objeto material y, por supuesto, su método y fines.

Es preciso en este punto abordar aunque sea brevemente las relaciones entre estas dos disciplinas tan cercanas y familiares, la didáctica y la pedagogía. Ambas tienen mucho que ver con la ciencia de la Educación. La didáctica florece desde los años centrales del renacimiento y su clásica exposición está contenida en el texto de Juan Amos Comenio, Didáctica Magna del siglo XVII. A este pensador checo se le considera con toda razón como el fundador de

[12] De aquí el profundo sentido educativo de las exposiciones, los museos, desde luego de los viajes.



11-Ledesma-RevFac264.indd 340 05/01/16 1:49 p.m.

la ciencia de la educación y del libro de texto, particularmente del libro ilustrado para comenzar con la educación infantil. El calificativo de Magna de su Didáctica, tiene un carácter moral. Trata del método y el orden para bien enseñar a fin de obtener la felicidad que es destino de todos, sin excepción.[13] Su prestigio se extendió por toda Europa y por ello se le conoce como el "Maestro de las naciones".

La voz *Didáctica* procede del griego y significa el arte de enseñar. Comenio se preocupa por buscar y regular los procesos educativos, enseña que los aprendizajes deben enlazarse entre sí a partir de los más sencillos. El proceso de enseñanza-aprendizaje es el corazón de la tarea didáctica con el peso que en cada caso juegan las instituciones escolares.[14]

El aprendizaje es propiamente la captación del conocimiento y su incorporación consciente e intencional al caudal experiencial del educando. Llegar a la acción modificada por el aprendizaje en la conducta del educando es la culminación de la educación. Por esto y no por otra cosa, podemos asegurar que la educación puede y debe cambiar al mundo.[15] Es que al cambiar al mundo, cambia al sujeto y lo acerca de diferente manera al ideal de plenitud que demanda su conciencia.

---

[13] A salvo debe quedar la autoría de los Ejercicios Espirituales de Ignacio de Loyola del siglo XV en los que hace mucho énfasis en la importancia del ejercitante que corresponde al educando. Precursor de su paisano Piaget, Jean-Jacques Rousseau, parte de la idea de que el hombre es bueno por naturaleza y debe educarse. Su libro E*milio o de la Educación*, ejerció durante mucho tiempo una influencia prácticamente única en los antecedentes de los modernos tratados sobre el tema. Piaget por su parte, estima que ya a los 18 meses en la personalidad del niño comienza a tener cabida la fantasía, especialmente con los enseres y juguetes que lo rodean.

[14] *Cfr.* Pansza, Margarita, *op. cit.*, p. 74.

[15] Acerca de las actividades de aprendizaje, especialmente en un mundo tecnificado, es posible aprovechar lo que se escribe en *Ibidem*, pp. 174-176.



11-Ledesma-RevFac264.indd 341 05/01/16 1:49 p.m.

La obra de Comenio presenta una cosmovisión teológica al estilo de su época. Siempre aboga para que el proceso de enseñanza se imparta a cada uno de acuerdo con sus posibilidades. Enseña que cada alumno es diferente y que se debe atender a la mujer con el mismo empeño que al varón. Su lema es que nadie debe ser excluido de la educación y que debe enseñarse todo a todos, que el centro más importante de la educación es el educando. Asombra la modernidad de Comenio, su carácter visionario. Al leerlo, parece que estamos ante un educador de los tiempos actuales. Debe rescatarse del olvido a este ilustre fundador de la Didáctica.[16]

Es interesante en Comenio su carácter inclusivo no desdeña ni discrimina. En este sentido es un precursor del pensamiento de Levinas que pregona que "todos somos responsables de todos y de todo".

En gran medida, Comenio, admirador de Bartolomé de las Casas, se nos presenta como una figura enorme con un poder visionario asombroso. Didáctica y pedagogía pertenecen a dos momentos o si se prefiere, especialidades de la ciencia de la educación. Por su parte, la didáctica alude a la enseñanza ordenada y metódica, mientras que la pedagogía, se ocupa de las actividades que debe realizar el educando para conseguir un aprendizaje integral, satisfactorio. Ambas son disciplinas prescriptivas ya que contienen una serie de reglas que deben observarse para lograr el resultado propuesto. No sólo es narración o explicación, caso en el cual, serían únicamente disciplinas descriptivas.

Por lo demás, ambas ciencias son también pragmáticas, persiguen a través de sus métodos un resultado específico que es el enriquecimiento de saberes y posibilidades del alumno a través del aprendizaje significativo. Pero ese pragmatismo se nutre y enraíza en verdades teóricas que proceden ya de la teoría del conocimiento,

[16] Comenio vive en un momento en que se está transformando la cosmovisión europea del renacimiento de un teocentrismo hacia un antropocentrismo pero nuestro autor está fuertemente anclado en la tradición medieval que privilegia una visión del universo a partir de Dios y no del hombre.



11-Ledesma-RevFac264.indd 342 05/01/16 1:49 p.m.

ya de la psicología, de la dialéctica o de la propia disciplinariedad de la educación.

Todo tipo de aprendizaje o formulación de una verdad, debe expresarse en la forma de un juicio gramatical. El juicio es la sede natural y propia de la verdad, debe tratarse de un juicio que se aliente en términos generales evitando la pobreza de la univocidad y al propio tiempo, los excesos de la equivocidad. Lo primero porque salvo en contadas enunciaciones *a priori*, los juicios unívocos no contemplan la realidad en todas sus variaciones y matices, son demasiado comprimidos y lo segundo, esto es, los equívocos, porque disuelven el ser privándolo de su genuina identidad. Se trata siempre a bien mirar, de una verdadera confrontación de conocimientos pero lo unívoco es aislante, encierra a la realidad en una cápsula a la manera de un microscopio, por ello, se dice que por solo mirar al árbol se pierde la vivencia del bosque. Por su lado, la equivocidad es más cercana a la analogía, empero, prescinde de las semejanzas acentuando únicamente las diferencias.

La analogía busca hacer compatible en el entendimiento la singularidad del ser con su pluralidad.

La analogía está más cerca de la diferencia que de la identidad por ello mismo es una realidad dialéctica dinámica. Este dinamismo puede entenderse ya que el conocimiento humano va del análisis que implica descomposición de la realidad compleja y prosigue en busca de la síntesis que es más recomposición, mirada de conjunto a la manera de la experiencia que se adquiere con la admiración de toda la bóveda celeste que comprenda nuestra visión. La síntesis nos propone una contemplación del conjunto que entraña identidad, semejanza pero también diferencia.

No debe olvidarse nunca que la legitimidad lógica del método analítico en cualquier contexto es la exigencia de que una vez solventado, se re-componga la realidad a su debida síntesis. Esto debido a que es éste el estado natural del ser. El artificio del análisis por tanto, habrá de ser transitorio.



11-Ledesma-RevFac264.indd 343 05/01/16 1:49 p.m.

Lo anterior deriva de la natural flaqueza humana para conocer bien las realidades complejas o compuestas. Si se las divide, resulta más accesible al acto de conocimiento identificar cognitivamente a cada uno de sus elementos.

Las anteriores ideas derivan de lo enseñado por Beuchot Puente fundador y difusor de la hermenéutica analógica.[17]

De lo anterior se ratifica que en el juicio se amplía el conocimiento, se enriquece la experiencia del sujeto progresando su saber. No importa que se trate de una afirmación o de una negación, en ambos casos hay avance en el conocimiento, al menos dada la pretensión de verdad que ostenta el juicio mismo.

Gutiérrez Sáenz, por su parte, explica que la didáctica va dirigida al instructor y la pedagogía al educando, pero ambas deben colaborar estrechamente y es que mientras la primera contiene una serie de principios y preceptos para enseñar a enseñar, la pedagogía, debe acentuar el aprendizaje del aprendizaje.[18] De este modo se cumple y se cierra el proceso de enseñanza aprendizaje como un círculo virtuoso. Es que el alumno está llamado a igualar y después a superar a su educador. De este modo, dentro de una humildad genuina, la ciencia avanza y se reconoce que llega un momento en que quien fue educador debe menguar su presencia y desaparecer para que el alumno muy aprovechado, ocupe su lugar. Se habla del digno retiro de la docencia lo cual no significa necesariamente, el final de la vida fecunda del académico.

La educación como la concebimos generalmente, es un genuino proceso social en el que por una parte, se estrecha la relación social-educativa entre el docente y el discente, esto es lo que propiamente puede denominarse, la relación vertical y de cómo se

---

[17] Con elegancia y acopio de argumentos Beuchot explica las relaciones entre la hermenéutica analógica y lo que llama pedagogía significativa. *Cfr. Ordo analogiae* en su capítulo IX desde la p. 115 es imprescindible para fundar estas ideas.

[18] No se ve clara esta diferencia, *cfr.* GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, *Introducción a la didáctica*, México, Esfinge, 1996, p. 20.



11-Ledesma-RevFac264.indd 344 05/01/16 1:49 p.m.

establezca y viva, depende gran parte del resultado del proceso. En ocasiones, se ha querido comparar a la educación con la siembra. La metáfora no es mala pero debe tenerse en cuenta el papel fundamental que desempeña el educando, su intencionalidad, sus vivencias y la enorme riqueza de su mundo. Ésta es, escribiendo con propiedad, una hetero-educación.

Una metáfora siempre ayuda a la comprensión de una idea. Entre la educación y la siembra vemos que existe un tiempo de preparación y después la maduración de un proceso que está llamado a producir frutos. Es preciso comparar los frutos naturales con los de la educación que son más entrañables al ser personal porque residen en la estructura del ser humano. Por lo mismo, el ahorro ha sido comparado con la siembra, nadie duda de que el ahorro, bien entendido entraña una actitud educativa.

Es importante consolidar el conocimiento teórico, el saber, con el práctico, con el hacer. En los tiempos actuales se argumenta que "la teoría y la práctica son una sola cosa y en nuestros campos de estudio, el hacer y el pensar deberán alternarse fluidamente o formar una sola cosa en los momentos precisos".[19]

La metáfora consiste en designar a una idea con el nombre de otra con la cual guarda analogía. Hay por ello una cierta transferencia.[20]

---

[19] Pansza, Margarita, *op. cit.*, p. 127. El equilibrio entre estas dos vertientes debe lograrse bajo el paradigma de que el conocimiento a plenitud está llamado a producir cambios en la esfera de la realidad. De este mismo libro, puede verse la p. 110 en donde se ponen de manifiesto los inconvenientes de la ruptura entre teoría y práctica. Son ilustrativas también las siguientes líneas en las que se afirma con razón que desde el punto de vista filosófico la realidad es una totalidad completa. No debe haber lugar para el divorcio entre el pensamiento y la acción. Aquí viene a colación el profundo y convincente pensamiento de Mauricio Blondel acerca de la acción humana.

[20] Algunos pensadores se han opuesto al uso o al uso excesivo del lenguaje figurado sin embargo véase que la poesía es por su misma esencia es lenguaje figurado en el que rebosa la comparación. Mientras esta comparación es más audaz y original, la poesía parece de mayor valor. Se aprecia la importancia del tema que debe ser tratado por la hermenéutica y por la preceptiva literaria.



11-Ledesma-RevFac264.indd 345 05/01/16 1:49 p.m.

La metáfora o lenguaje figurado, es ya usado ampliamente por Platón pero en Aristóteles se hace más consciente. El carácter pedagógico de la metáfora reside en la comparación, pero su uso adecuado, exige volver a la idea original para comprenderla a cabalidad después de aprovechar la metáfora pero ya sin su auxilio. En la metáfora están presentes ante todo, la creatividad, el hallazgo del expositor pero desde luego igualmente su criticidad que implica ante todo, un buen juicio. Su función didáctica estriba en la misma comparación. Casi siempre la metáfora proyecta mucha luz sobre la idea que se está explicando. Están presentes "el modo de ser" de las cosas, el "modo de decirlas, el modo de mirarlas y entenderlas". Lo que evita la confusión entre las realidades metamorfoseadas, es el contexto de cada una de ellas y el fin mismo del aprendizaje.

Ya Leonardo Da Vinci explicaba que la integración entre la teoría y la práctica, debe entenderse en cuanto la primera, la teoría, es la estrategia de los comandantes del ejército y la práctica, por su parte, son los mismos soldados. Original metáfora y altamente ilustrativa. La teoría es para ser comprendida, comunicada y aplicada. En cierto sentido, estas ideas se corresponden con la relación que estrecha la ciencia con la vida, es aquélla para ésta no a la inversa.

Escuchemos al fundador de la hermenéutica analógica en la Universidad Nacional Autónoma de México al concluir su estudio de las relaciones entre la hermenéutica analógica con la pedagogía.[21] "Con esto tenemos claridad para ver la educación como formación del juicio. Pero es las más de las veces no un juicio meramente teórico, sino un juicio más amplio, un juicio práctico, prudencial o de *phronesis*, según Aristóteles, propio del espíritu de fineza, de Pascal, o del juicio reflexionante de Kant. Es algo complejo, que no se deja sujetar fácilmente. Por eso rehúye la facilidad unívoca de la teoría, y la simpleza equívoca de lo práctico incontrolable. Es más exigente. Requiere una interpretación prudencial y sutil, una hermenéutica

[21] *Cfr.* BEUCHOT, Mauricio, *op.cit., Ordo analogiae*, p. 128.



11-Ledesma-RevFac264.indd 346 05/01/16 1:49 p.m.

analógica. Y esto entra en los fines de la educación. Ella sola podrá alcanzarse plenamente, de manera integral, si procura llevar hasta que se toquen, hasta que coincidan y se junten, estos dos extremos de lo unívoco y lo equívoco, logrando una mediación diálectica en la analogicidad. Hay que lograr la educación integral, que sea teórica y práctica, del juicio y razonamiento tanto especulativo como activo, de modo que se puedan equilibrar los dos tipos de vida, que a veces están disociados. El ideal de la educación, desde la Antigüedad, era formar seres humanos que pudieran desempeñarse bien tanto en la teoría como en la praxis. Incluso, tanto en la intelección como en el sentimiento, por eso ha faltado la educación de los sentimientos, que se ha relegado a favor de la educación puramente intelectual. Es algo que tenemos todavía como asignatura pendiente."[22]

Pero podemos también referirnos a la educación horizontal que se produce entre los educandos cuando viven sus vinculaciones recíprocas o entre los educadores entre sí en el propio claustro y en los colegios de académicos. Debe considerarse que la función del educando muy a menudo crece y éste deviene un verdadero educador. Ocurre frecuentemente que el alumno aventajado que ha colmado su currículo, se convierte en educador y de esta manera se origina el crecimiento endógeno del grupo escolar.[23]

---

[22] Tengamos presente que en esta importante conclusión, Beuchot le otorga una gran importancia a la virtud de la prudencia que ya desde los griegos, se nos muestra como la virtud propia del intelecto que alumbra el camino, antes de la acción, propiamente dicha. En su disertación el filósofo mexicano, pregona con mucha razón, la mediación que debe buscarse entre el pensamiento geométrico propio de la inferencia dura y el espíritu de fineza que toca a la realidad. Esto significa que la teoría y la práctica se hermanan y sintetizan en la acción que intencionadamente fomenta una educación verdaderamente integral. Se nos explica que este resultado no debe ser el producto de una dialéctica fría como la enseña Hegel sino dúctil y apta de vivir en la realidad cotidiana.

[23] Un paradigma usualmente profesado por académicos sabios y humildes es el de considerar que un verdadero Maestro debe ser superado por sus alumnos. De lo contrario, la disciplina no crece ni se renueva. En la educación horizontal reside



11-Ledesma-RevFac264.indd 347 05/01/16 1:49 p.m.

Es preciso apreciar y admirar el estupendo cuadro que se tiene frente a sí cuando se trata del diálogo de los espíritus, la riqueza de la vida comunitaria de la escuela, de la universidad. Cuánta admiración si pudiéramos tener a la vista todo lo que se ha descubierto y aprendido en esta vida comunitaria.

Que el estudiante se convierta en estudioso y suba, con genuina humildad, a la cátedra, constituye el círculo perfecto que puede conducir a lo que ahora se llama insistentemente "educación de calidad". Naturalmente que la educación de calidad tiene que ver mucho con la sabiduría, no tanto con la erudición.

Ciertamente que la calidad no está reñida necesariamente con la cantidad, empero, la auténtica formación humana no precisa tanto del número de verdades asumidas sino de la intensidad y conciencia que se tenga de ellas. Es lo que más adelante vamos a denominar "aprendizaje significativo".[24]

Todo el que ha tenido alguna experiencia en el proceso de enseñanza-aprendizaje, sabe perfectamente que una de las mejores formas de aprender es enseñando. Entonces, se afina la auto-crítica y además algo sumamente valioso es recibir la retro-alimentación frecuentemente, de los propios estudiantes. Y aquí descubrimos una faceta fascinante del crecimiento humano: que es por antonomasia social. Cuando mejor se produce es en la reflexión conjunta porque ahí se superan algunas de las deficiencias congénitas de nuestra frágil natura. En la riqueza colegial del encuentro universitario, reside en gran parte el motor de la ciencia. De ahí la importancia no sólo simbólica del "claustro", del "colegio".

---

la riqueza de la comunidad humana en cuyo seno, hay muchas más autonomía dentro del florecimiento del intercambio de saberes.

[24] Pero debe cuidarse el equilibrio entre cantidad y calidad en la educación. Por ello es altamente censurable que en algunas licenciaturas se reduzca el tiempo debido para su acreditación lo cual parece ser un señuelo comercial que produce profesionistas deficientes.



11-Ledesma-RevFac264.indd 348 05/01/16 1:49 p.m.

Pero la hetero-educación de que hablamos arriba, es sólo el aprendizaje inicial. La persona posee las capacidades y los ímpetus connaturales para bastarse a sí misma hasta cierto punto y por lo mismo liberarse de la instrucción impartida.[25]

La educación en su nivel de relación horizontal engendra la riqueza de ser con-discípulo o de convivir en el claustro profesoral. Aquí yace una de las mayores riquezas de la experiencia académica y es que de esta forma, se produce la convivencia activa, fecunda, de esos espíritus a la que ya nos referimos

Volviendo a nuestro momento vital, habremos de continuar señalando que por ahora, los tiempos han corrido y la educación que hace varias décadas correspondía a los bachilleratos, hoy corresponde por sus contenidos y niveles a las licenciaturas. Por una parte, la población estudiantil ha crecido exponencialmente y la cauda de conocimientos que exige la sociedad, es cada vez mayor. Pero la gran paradoja es que la calidad de la educación infra-universitaria ha descendido. La cultura general del grueso de la población no es siquiera mediana. A pesar de que esto es doloroso, debe reconocerse para formular el diagnóstico.

De ninguna manera ha crecido el mercado de trabajo al parejo de la explosiva demanda de títulos profesionales, al contrario, la relación cada vez es menos favorable para quienes demandan trabajo. Es sin duda éste, uno de los grandes problemas nacionales que tienden a incrementarse mucho con la consiguiente cauda de dificultades sociales que conllevan.

Como resultado de esas variables, se ha incrementado considerablemente la exigencia de capacidad sobresaliente en cada una de las profesiones y oficios. Por todas partes se escucha hablar de *calidad*. Se aprecia sin gran esfuerzo una relación de razón inversa entre la

[25] Por ello, han tenido tanto auge los nuevos sistemas de educación abierta, a distancia y todas las formas de aprovechar los medios de comunicación. La auto-suficiencia se alcanza cuando maduran las capacidades cognitivas y emocionales de la persona.



11-Ledesma-RevFac264.indd 349 05/01/16 1:49 p.m.

cantidad y la calidad de los profesionistas. Pasión por la perfección llevada a la acción, eso es precisamente la calidad.

Pasión y excelencia se dan la mano, valga la metáfora, ambas aluden al mayor acercamiento posible con la perfección. Perfección en la forma pero también en los contenidos. Y ya en nuestro tiempo, no es dable hablar de excelencia o calidad, sin referirnos de manera muy activa a la presencia y operatividad de los valores, principios y una aguda conciencia social volcada hacia los más severos problemas nacionales.

Pero al lado de la calidad y no lejos de su ámbito propio, se exige también en este tiempo, la especialidad. En realidad, el conocimiento y sus aplicaciones se hacen cada vez en mayor medida múltiples, lo que deriva en el perfeccionamiento profesional que pueden proporcionar los posgrados.[26] Sin duda que la globalización está aportando lo suyo en estas transformaciones y ese "lo suyo", no es poco.

La misma globalización, puede abrir y de hecho esto ocurre ya con frecuencia, a titulados de otras latitudes y así, la competencia profesional es una lucha en la que sólo subsiste el mejor. El mejor es el más preparado, el que se abre a más idiomas, el que goza y ejerce de mejor manera el poder de creatividad, de criticidad, de persuasión.

De ese modo apreciamos que la movilidad no se presenta sólo entre estudiantes que van y vienen sino también, ahora con la globalización y los acuerdos de libre comercio y ejercicio profesional, comienzan a darse en la práctica profesional. Es de preverse con toda claridad que este proceso, acentuará.

Por la ley del menor esfuerzo, universidades, escuelas y estudiantes, toman el camino del menor empeño, con el triste resultado de que cada vez saturan más las especializaciones clásicas profesionales y descuidan otros campos que son realmente genuinos nichos de oportunidad.

---

[26] Pensamos al menos, en grado menor, en las especialidades a veces como forma de titulación y mejor aún como verdadero posgrado.



11-Ledesma-RevFac264.indd 350 05/01/16 1:49 p.m.

Todos sabemos que hoy se voltea a mirar la educación que en realidad es una salida a los males que aquejan a la sociedad en que estamos. Es una gran salida pero lo es, a no dudarlo, a largo plazo, es preciso que la educación se vaya transmitiendo. Unas generaciones educan a las que les siguen. A través de esta entrega espiritual, la humanidad conserva sus valores y cobrando conciencia de ellos, puede custodiarlos y vivirlos cada vez con mayor plenitud. Es éste el valor de la tradición que en nada se opone, al contrario, con la creatividad que va sumando nuevos tramos a la cultura y a la civilización.

La tradición se conjunta con los avances que merced a la creatividad explosiva, van ofreciendo asombrosamente, las ciencias.

La educación es como una siembra de suyo, eso es. Debe cultivarse al niño desde los primeros pasos e incluir el mayor esmero en un crecimiento verdaderamente ordenado y armónico. No sólo se busca cultivar los saberes sino también los deseos y particularmente, las acciones. Del conocimiento al deseo y de ahí a la decisión activa.

Insistimos en la metáfora de la siembra ya que la raíz de esta fecunda comparación se encuentra justamente en la palabra "cultura". Bien sabemos que muchas raíces semánticas y filológicas de nuestra lengua y modo de ser, proceden del ámbito rural.[27]

Se puede discutir con buen provecho qué es preferible si un hombre sabio encerrado en su torreón y aislado de la comunidad o un ignorante que hace el bien en su vida diaria.

No es que se dé una oposición entre la verdad y el bien, no, de ninguna manera. Los dos son valores superiores, trascendentes, sólo que en caso de que uno faltase, es el bien actualizado lo que todo ilumina y todo favorece a fin de que la comunidad alcance su real destino. La razón es que el bien perfecciona a la naturaleza en sí

[27] Incluso de manera magistral el texto evangélico aprovecha esta metáfora del sembrador y el predicador de la palabra de Dios.



11-Ledesma-RevFac264.indd 351 05/01/16 1:49 p.m.

misma, desde luego que nos referimos al bien honesto o simplemente al bien genuino o por antonomasia[28].

Siempre que se habla de crisis de valores, los mejores diagnósticos señalan las raíces de esa crisis en las relaciones que se establecen entre padres e hijos, entre hermanos, se localizan ciertamente en el hogar. De ahí se expanden con una real fuerza centrífuga invadiendo todo el tejido social. Conforme el tiempo transcurra y no se ponga remedio, la patología se extiende y se profundiza, exigiendo por lo mismo, soluciones más drásticas, dolorosas y costosas. El daño social es enorme y las trabas para arribar a un verdadero bien común, devienen descomunales. El ejemplo vivo y operante en el hogar es profundamente educativo.

Característica fundamental del trabajo educativo es que debe ir acompañado de remedios a los males morales sociales que destruyen a la misma comunidad impidiendo la consecución del bien verdaderamente común. La educación es configurativa de la personalidad humana, es igualmente preventiva empero, por desgracia no es lo suficientemente remedial. Por ello, es muy importante pero no es suficiente para atender la problemática comunitaria.[29]

La educación es tarea configurativa de cada personalidad humana. Es preciso esperar para saber cuáles fructifican y sólo de un cierto número de este último universo, saldrán los educadores, educadores en la familia, educadores en el aula, educadores en el ejercicio profesional…

La educación es un proceso social y es en su sentido prístino que hablamos, de hetero-educación porque se recibe del educador. Empero, la persona es completamente susceptible de corregir errores, acertar, acumular experiencias aprendiendo y esto es tarea de siempre, así llamamos a esta fórmula auto-educación. Es que la

---

[28] Llamado en la escolástica *bonum simpliciter*.

[29] Aspecto importantísimo de lo remedial de la educación, se tiene en la mediación, en el arbitraje y desde luego en la sumisión y realización del estado de derecho frente a los conflictos.



11-Ledesma-RevFac264.indd 352 05/01/16 1:49 p.m.

educación está estrechamente vinculada con el desarrollo humano pero éste es algo mucho más amplio y dilatado que alude al crecimiento expansivo de toda la persona. En la medida que esto es conseguido, se van haciendo vida auténtica los derechos humanos y los respectivos deberes se satisfacen con mayor provecho.

Es necesario enseñar a la persona a aprender pero no sólo del proceso hetero-educativo sino aprender a aprender por sí misma desprendiendo esos nuevos conocimientos de la formación de su propio caudal experiencial.

No cabe duda que se ha descuidado la educación de los menores y el mal que se va petrificando al paso de los años, es exponencial. La ausencia de una verdadera educación en valores, se va reflejando duramente en los adolescentes mismos, después en sus muy frecuentemente fallidos matrimonios o uniones de todo tipo y desde luego, más tarde, en la prole. Insistimos en el carácter exponencial del problema pues si este se manifiesta primero en los grandes núcleos urbanos, al paso del tiempo se aprecia en el resto del territorio nacional.

Buena parte de este problema que ahora ya ha hecho eclosión, radica en el desentendimiento de los progenitores y demás responsables frente a los pequeños que para colmo de desastres, los han confiado al monitor y no tanto porque el monitor sea malo en sí. No, puede ser altamente educativo. Todo depende de los contenidos que se transmitan y ciertamente, de la falta de relación humana constructiva. Infortunadamente, entre nosotros y ya desde hace varias décadas, la televisión comercial se ha encargado de introyectar precisamente des-valores. Muestra como triunfador justamente, al que es más hábil para delinquir, a quien transgrede la buena fe y se ingenia para arrebatar lo ajeno y destruir sus oportunidades de vida genuina.[30] Con sus contenidos, se logra habituar a los peque-

[30] La televisión comercial anclada en el consumismo explota además pasiones no sanas y de ese modo logra fortalecer su audiencia. La televisión comercial actual, consume bárbaramente con sus pausas y comerciales, el precioso tiempo



11-Ledesma-RevFac264.indd 353 05/01/16 1:49 p.m.

ños y también a los mayores a dispensar primero, una inquietante tolerancia hacia el ilícito y después a aceptarlos como algo rutinario.

Para colmo de males, los contenidos televisivos se han alejado bastante de la cultura, de la conciencia histórica, de las artes y la mayor parte del tiempo todo queda subordinado al consumismo irracional del que se desprenden enormes ganancias. Se trata de un mal que agobia por todas partes en nuestro tiempo.

Evidentemente, se crean paradigmas des-educativos que al paso de los años se apoderan de las conciencias, de los sentimientos y del corte humano de los muchachos y muchachas con el consiguiente perjuicio que de por sí se ha hecho no sólo irreparable sino expansivo. El intelectualismo ha caracterizado a la educación tradicional sin embargo ya desde el siglo XX si no es que algo antes, comienza a atenderse la educación de los sentimientos. Esto es fundamental ya que el hombre no siempre actúa por razones sino en muchas ocasiones lo hace movido por emociones. En esta labor ha dejado una estela fundamental el psicoanálisis y en general todo tipo de concepciones que miran a la persona humana como un todo no escindido que tiende a ampliarse para conocer, para entender y desde luego, para amar.[31]

Esta expansividad de conciencia o difusión intensa, se produce gracias a los medios de comunicación.

En este tiempo los hogares acusan severas patologías que en mucho se deben al des-entendimiento que han sufrido los menores por el abandono de sus progenitores.

El costo ético y social derivado de este desentendimiento es muy severo y será en extremo difícil hacerlo retroceder. Se precisa de

---

de las audiencias. Mucho bien podría hacerse si se cambiara esa visión con todas las actitudes que conlleva.

[31] Esta expansividad es característica del espíritu humano en oposición a la vivencia de la angustia que supone un angostamiento del alma y del cuerpo. El remordimiento prueba que el mal es deficiencia y degeneración de la personalidad espiritual.



11-Ledesma-RevFac264.indd 354 05/01/16 1:49 p.m.

tiempo, cambio de modelos de vida, por supuesto de mucha labor educativa y de tiempo.

El docente por su parte debe estar muy bien capacitado para cumplir su función de desarrollo o de enmienda.

Pero por ahora, vamos a centrar la atención en la educación que imparte la universidad a sus aspirantes a obtener una licenciatura o un grado posterior.

No nos referimos sólo a la educación en un determinado grado sino a toda ella como aventura del espíritu gracias a la cual se sostienen la civilización y la cultura, pudiendo engrandecerse.

La persona humana está programada por sus capacidades y dinamismos a aprender e ir vaciando configurativamente esos nuevos saberes en su propia estructura. Hay otros saberes ocasionales de mucha menor importancia que se deshacen con el paso del tiempo.[32]

La tendencia a eliminar o substituir la tesis como opción terminal de la licenciatura, ha estado desplazando su ubicación hacia el citado posgrado. Esto ha promovido que se fije la atención en las metodologías de la enseñanza y del aprendizaje de nuestra ciencia, del Derecho en ese nivel. Desde luego, se precisan criterios y estructuras que promuevan una rigurosa investigación.[33]

Es importante habituar al estudiante a ejercitar su capacidad de querer, de evocar pero sobre todo de depurar y bien orientar sus deseos. Pero es más importante mostrarle que el solo deseo no cambia al mundo, que es necesaria la decisión seguida de la acción. Que la educación en mucho es para la acción, para la transformación de la realidad.

---

[32] Por ello se dice que un conocimiento valioso se *asimila*, veremos adelante que se trata de lo que se denomina aprendizaje significativo.

[33] No debe dejar de reconocerse que es muy positivo, por otra parte, que el estudiante disponga para su opción responsable de diferentes medios para lograr su eficiencia terminal. Empero, la elaboración de una tesis siempre ofrecerá grandes posibilidades de síntesis y de auto-formulación de ideas, juicios y conclusiones que siguen conformando de manera excelente las estructuras intelectuales del egresando.



11-Ledesma-RevFac264.indd 355 05/01/16 1:49 p.m.

Que sepa el estudiante que si bien la contemplación parece ser la vocación última de la persona, ésta es creativa y que en el fondo en esa creatividad reside justamente la responsabilidad. Por lo tanto, creatividad y criticidad van siempre muy unidas. Forman un todo con la conciencia histórica, la responsabilidad, la solidaridad. Por ello buscamos crear personas solidarias dotadas de conciencia social. Volvamos al ejercicio profesional.

Ya sea para el ejercicio profesional o para el trabajo en aula, se aprecia muy provechoso, reforzar la formación de los egresados de la licenciatura con el conocimiento de la dinámica propia de la enseñanza y del aprendizaje del Derecho. Esto, además de la experiencia que cada uno obtuvo en el curso de su propio currículo.

Es importante poseer más que una noción de lo que ocurre en nuestro interior cuando aprehendemos una idea y más aún, cuando formulamos un concepto. La culminación de estos esfuerzos se tiene cuando se lleva a cabo el razonamiento o procedimiento de inferencia por el cual se hace patente una verdad que se encontraba latente y oculta en las premisas que sustentan la conclusión.

De manera que la inferencia es una evaluación intelectual por la que se llega a una conclusión a través de premisas bien formuladas. Se parte de una verdad posible o sospechada-abducción-o hipótesis. Toda hipótesis es una conjetura, esta palabra significa etimológicamente lo que se ha arrojado. Es el paso inicial del método científico, la sospecha, la duda que comienza a orientar.[34]

La conjetura es como un motor para empezar a tomar sendero, ya su recorrido irá mostrando el acierto o el error de la ruta. La formulación de la conjetura se logra a través de un juicio que se sustenta en indicios, observaciones o posibilidades. Su comprobación o refutación, es posterior.

---

[34] Se tiene una referencia fuerte entre la conjetura, la hipótesis y la abducción como sospecha originaria de la investigación, es su punto de arranque. También en este terreno, la analogía desempeña una función importante ya que hay comparación y ésta siempre es fruto de la comparación.



11-Ledesma-RevFac264.indd 356 05/01/16 1:49 p.m.

Si esa verdad ya ha sido comprobada, se trata de un argumento o teorema que sirve para buscar nuevas verdades. Así es el paso de la ciencia, poco a poco, ensayando entre el error y el acierto. Con esto no únicamente se pone de manifiesto la debilidad humana que puede llevarnos al error sino también y de modo principal, las posibilidades de acertar.

De esa manera se puede alcanzar el postulado entendido como primera verdad de la que parte el método científico y que ya no necesita demostración. Se ha visto que los procedimientos mentales de descubrimiento y de justificación como sus relativos contextos, son inferenciales. De ese modo trabaja la mente.

Por otro lado, no pude olvidarse el conocimiento por intuición o por connaturalidad que en un solo acto aprehende su objeto.[35]

La anterior indicación es de gran relevancia en cuanto que el acto de aplicación del Derecho al caso concreto, supone una compleja y a menudo difícil formulación de un silogismo.[36] Esto ya excede a la didáctica y corresponde al terreno de la lógica jurídica.

Nuestra tradición universitaria ha vivido en gran parte improvisando a jóvenes o no tan jóvenes académicos, para dedicarse a las labores docentes de la universidad. Por otra parte, el Derecho en su concepción y en su operación, se ha hecho cada día más complejo, emergen nuevas ramas y demandan atención creciente los nichos y las áreas de oportunidad que ofrece el mercado de ejercicio profesional. Se producen multitud de nuevos enfoques derivados de los tratados y convenciones internacionales, muchos de ellos en materia de derechos humanos.

---

[35] Los valores se conocen por intuición. El maestro genuino de la intuición siguiendo a Agustín de Hipona, es Henry Bergson. El conocimiento por intuición dispone de una gran gama de matices y posibilidades. He ahí las vivencias que son muy importantes para la captación de los valores.

[36] Mucho se ha discutido este asunto del silogismo. En verdad, se trata de una operación bastante difícil: determinar los elementos del caso y desde antes, el derecho que le es aplicable. Estas dos operaciones son en realidad una sola bastante compleja.



11-Ledesma-RevFac264.indd 357 05/01/16 1:49 p.m.

Hoy, sin embargo, debe reconocerse, se está atendiendo mucho más la formación de docentes que sirvan en la cátedra con el ejercicio de las debidas competencias.[37]

No es posible negar o poner en tela de juicio, que los embates de la globalización apuntan cada vez más hacia la configuración de un Derecho regional, ahí donde antes había una pluralidad de ordenamientos inclusive nacionales. Esto, naturalmente, abre un campo muy fértil para el Derecho comparado que se las tiene que ver con esa operación intelectual que es la *comparación*.

La comparación es un método inductivo de conocimiento que tal como lo dice la palabra, al confrontar dos o más realidades, permite encontrar semejanzas y diferencias. De aquí, según los casos, puede surgir la oposición, el complemento, la analogía y otras formas de relación de los mismos entes comparados. En una dialéctica dura siguiendo a Hegel, la analogía media entre los extremos y se contiene en la síntesis. La hermenéutica de estos últimos tiempos está más inclinada hacia una dialéctica suave mucho más atenta y concorde con los procesos de integración del ser y más aún de su conocimiento En este sentido, puede verse como la ontología que pretende atrapar al ser, es condicionante o como se decía antes, tiene el primado en el acto de aprehensión de la verdad.[38]

La comparación facilita un método de gran riqueza que va de lo particular a lo particular predicando conclusiones. Así, se facilita la ordenación, la clasificación, por ello, la comprensión del género, las especies y las clasificaciones pero desde luego también, las exclusiones, las excepciones y otras formas mentales que corresponden a la realidad como los ejemplos.

Mereced a la comparación se puede llegar igualmente al conocimiento de la identidad que es uno de los grandes desafíos de la

---

[37] El capítulo de las competencias profesionales es bastante complejo y así lo trataremos en otra ocasión.

[38] Pueden revisarse los escritos de Beuchot acerca de las modernas orientaciones del acto de interpretación del mensaje recibido.



11-Ledesma-RevFac264.indd 358 05/01/16 1:49 p.m.

confrontación empero, el contexto de los entes comparados suele asignarle a cada uno características propias.[39]

Por lo anterior, se ve claro que ha llegado el momento de enriquecer la experiencia universitaria, con los conocimientos científicos y las habilidades, aptitudes y actitudes necesarias para que culmine debidamente el proceso de enseñanza-aprendizaje. Se habrá de buscar por ello, formar mejor a nuestros graduandos y posgraduandos sin perjuicio de superar las carencias que hasta ahora nos han aquejado.

A lo anterior, se puede replicar que el número de los universitarios que adquieren una maestría es realmente pequeño frente a las necesidades imperantes en la Universidad. Empero, habida cuenta de que un académico bien cimentado en la didáctica y en la pedagogía, puede sembrar abundantes posibilidades para acercarse a la excelencia que postulan los documentos fundamentales de las instituciones educativas, tal réplica queda desvirtuada.

Ha ganado un lugar importante en nuestro tiempo la atención de la casuística entendida como método cetético para "saber cómo y para saber qué" de mejor manera en la vida del Derecho. Esto y el avance de la tecnología de la comunicación, imponen el imperativo de revisar nuestras raíces educativas. No se piense que el estudio de las ciencias normativas a través de la casuística excluye los principios y la teoría, no, al contrario, los supone ya que ellos son su cimiento y antecedente.

Debe considerarse que la unidad de materia prima con la que labora ordinariamente el operador del derecho es el conflicto, el conflicto humano que va entendido como la resistencia a la pretensión del otro. Siempre es muy sano tener presente que este es el modus *operandi* del trabajo del abogado.

Deben seguir ganando espacio, peso e importancia, las estrategias de mediación y soluciones alternativas de conflictos.

---

[39] Puede tenerse en cuenta en el caso del Derecho Comparado, la recepción, copia o imitación de un precepto pero las circunstancias de cada caso les otorgarán su individualidad.



11-Ledesma-RevFac264.indd 359 05/01/16 1:49 p.m.

Parece clara la urgencia de que las estrategias de aprendizaje y sus actividades conexas como exigencias elementales de la pedagogía, se vean correspondidas por una formación sólida en materia didáctica. De ese modo, se puede pasar a asumir las competencias correspondientes a la tecnología de la información y la comunicación.

Esas estrategias deben conducir a la convicción y seguridad que asuma la institución educativa de que el alumno ha asimilado el aprendizaje significativo. Debemos partir de un mínimo objetivo de significatividad independientemente de la que el propio estudiante profese en lo individual. Se trata de una hetero-evaluación que cierra la etapa académica del proceso didáctico. [40]Es preciso reconocer que el objetivo de este proceso, no es propiamente la evaluación sino el crecimiento real del alumno. Empero la responsabilidad del instituto debe solventarse.

A partir de las reformas académicas ya desde hace cerca de cuarenta años, se ha configurado un nuevo papel en la persona del profesor y del mismo alumno. Hoy parecen necesarias para aprovechar el currículo flexible llevar a cumplimiento las actividades de tutoría y acompañamiento de manera verdaderamente institucional a fin de detectar problemas y ofrecer así un servicio lo más integral posible.

Finalmente, debemos siempre considerar que el fin mismo del proceso educativo es el desarrollo integral del alumno, siempre aprendiendo las habilidades, aptitudes y actitudes propias de la vida del Derecho para hacerlas realidad cotidiana. Se trata de que alcance y si es posible, domine las mejores estrategias de pensamiento y de operación de los valores.

Didáctica, pedagogía y axiología son tres facetas del proceso educativo. No podemos imaginar siquiera algún tipo de educación

---

[40] De ninguna manera se excluye la auto-evaluación. Empero, no siempre resulta suficiente. Deben consultarse los sistemas de evaluación importante capítulo de la didáctica.



11-Ledesma-RevFac264.indd 360 05/01/16 1:49 p.m.

que no culmine por parte del educador pero especialmente del propio educando, en la asunción de valores para ser vividos.

La diferencia sustancial entre ser profesor y ser maestro es que el primero informa, enseña, exhibe su saber y pretende transferirlo. Parece que hace gala de su ciencia y quiere compartirla. La tradición ha querido decir que profesa, ostenta o trabaja a partir de una determinada postura. Es importante notar como en la idea de profesor hay un cierto grado, mayor o menor de exhibición desde la cátedra. El genuino Maestro, trabaja para estructurar la personalidad del educando, va por ello, mucho más allá de la información que deba proporcionarse por más que sea necesaria, es un configurador de la estructura del educando, interviene en su escala de valores, se la muestra y trata de persuadirlo de que asuma con pasión, entusiasmo y convicción, esa gradación y la haga efectiva en sus decisiones y acciones cotidianas.[41]

El genuino educador debe fomentar el interés por todo lo que sea humano, debe favorecer el deseo activo y comprometido de bien administrar la naturaleza y reconocer en la vida la supremacía de los valores espirituales. Por ello, es fundamental que se reconozca la existencia auténtica de los valores espirituales como la verdad, el bien, la belleza, la salud integral que comprende desde luego la ecología. El espíritu no sólo se alienta, se alimenta con el arte y la búsqueda incesante de la verdad. El espíritu se vivifica con la realización del bien que de por sí es difusivo, ejemplar.

En las anteriores consideraciones subyace por tanto una fuerte responsabilidad del verdadero Maestro. Se trata de un artesano de lo humano que con mucho primor pero con total respeto a las decisiones individuales, realiza su labor. Es que como ya se dijo, a través

[41] De aquí deriva la comparación que contrasta como lo haría un erudito noble que éste proporciona al hambriento un pez mientras que el buen sabio le enseña a construir el anzuelo para usarlo indefinidamente. El ejemplo del alfarero como creador y verdadero autor de su artesanía sirve para entender la labor estructurante de la personalidad del educando por parte del maestro.



11-Ledesma-RevFac264.indd 361 05/01/16 1:49 p.m.

del proceso educativo, es el educando quien debe operar la mayor parte del trabajo, alentado, guiado, dirigido por su propio mentor. Se trata de una labor directiva pero no coactiva.[42] En este punto brilla la responsabilidad como dinamismo propio de la dignidad de la persona. Por ello, la libertad es un presupuesto imprescindible de una genuina educación.

Es por lo anterior que la didáctica y la pedagogía constituyen una cabal arquitectura del alumno. En esto reside la función de ser un auténtico formador humano.

Ciertamente que las ciencias sociales y las humanidades se prestan mucho para llevar a cumplimiento este quehacer, empero, en todos los campos del saber y del obrar humanos, existe la posibilidad de enriquecer axiológicamente al destinatario de la tarea educativa.

La didáctica de nuestros días, ha señalado como su nuevo y vigente paradigma, ya no tanto la transmisión de contenidos sino el aprendizaje del aprendizaje, de por vida. Se trata de capacitar al alumno en la técnica del *aprendizaje significativo*, más aún, de la experiencia del aprendizaje mismo. Gracias a esta habilidad fundamental, ya no habrá contenidos que le sean ajenos o inaccesibles, por lo contrario, quedará conectado con cualquier materia si aplica esta técnica.

Es el aprendizaje significativo, precisamente el fin inmediato del trabajo en aula.[43] Le dedicaremos a este tema algunos párrafos.

Ciertamente, no todo aprendizaje será significativo, esto dependerá de la orientación del Maestro y de la motivación del educando.

---

[42] El ejemplo paradigmático del alfarero sirve para aludir al maestro pero con una salvedad. La materia prima de su labor es la persona humana del educando con todo su acervo de peculiaridades, con sus motivaciones, con su intencionalidad, no se trata de una realidad inerte. Algunos autores insisten en que la educación es un proceso no directivo ya que deja al educando libre para asumir sus propias decisiones.

[43] Gutiérrez Sáenz le dedica con buenas razones el segundo capítulo de su *Introducción a la didáctica*.



11-Ledesma-RevFac264.indd 362 05/01/16 1:49 p.m.

El aprendizaje significativo reviste sentido en la vida del estudiante. Según sea la intensidad de ese sentido, así será el grado de significatividad. Este saber se inserta en el mundo interior del educando que es precisamente, su horizonte de sentido estrechamente conectado con su visión del universo que llamamos *cosmovisión*.

El aprendizaje significativo presenta características que serán brevemente expuestas en las siguientes líneas.[44]

El aprendizaje significativo se encuentra como una realidad intelectual que está presente en la conciencia del alumno. Por ello se dice que se encuentra en el plano del ser y no en el del tener ya que no es accesorio sino consustancial a la persona. Cuando el aprendizaje no alcanza el grado de significativo, permanece en la periferia del sujeto y no se consolida con su ser, es fácil y por lo mismo posible, que se olvide.

El nuevo conocimiento debe asimilarse de tal manera que se integre con el resto de los saberes del educando, con el educando mismo. De esta manera se configura un conjunto de aprendizajes que facilitan la retención, la rememoración y particularmente la formulación de las respuestas al cuestionario fundamental que sostiene la cosmovisión del interesado. Por lo mismo, la educación bien cimentada es llave maestra para encontrar soluciones a los problemas de la vida.

De esta manera, esta cualidad explica también las denominadas seriaciones verticales y horizontales en la integración del currículo de los conocimientos.[45]

---

[44] En esta parte, seguiremos el pequeño pero excelente texto de Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la didáctica*, México, Esfinge, 1996, pp. 24 y ss. No podemos dejar de lado que el mundo del estudiante es su propio horizonte de significatividad. Lo que hace la educación es que este horizonte se amplíe de tal manera que no haya nada verdaderamente humano que sea ajeno al educando.

[45] La seriaciones horizontales tienen que ver con la tarea de integrar las diversas materias de un mismo ciclo escolar. Las verticales van determinando el antes y el después en la cursación de las asignaturas atendiendo a su elementos de base y a los grados de complejidad.



11-Ledesma-RevFac264.indd 363 05/01/16 1:49 p.m.

Otra característica fundamental de la significatividad del aprendizaje es su posible aplicación en la vida del estudiante. De este modo, la intensidad de su presencia en la conciencia es mayor en cuanto que dicho conocimiento está ya integrado, presente, enlazado en el propio proyecto personal de vida. Conocimiento que se encarna en la conducta del estudiante. Es el verdadero fruto de la educación ya que como se ha visto, se trata de educación para la vida.

Ciertamente en el aprendizaje significativo, podemos y debemos distinguir la importancia de la materia en atención al objeto mismo. Así habrá conocimientos significativos de poca o mediana importancia en la vida del educando y por lo contrario, otros que le dejen una profunda huella. Una gran parte de este importante fenómeno, va también en razón directa de la personalidad del interesado y desde luego en función de su propia escala de valores. Se trata de su propio horizonte axiológico.[46]

El aprendizaje nuevo en sí calma las ansias por alcanzar la verdad, mas su significatividad genuina, se alcanzará con su realización vital.[47]

La siguiente cualidad tiene que ver con el grado de iniciativa y decisión que ha puesto el estudiante en la elección y disfrute del nuevo conocimiento. Se trata de su propia iniciativa que brota de esa motivación genuinamente intrínseca.

Por último, aparece la auto-evaluación que formula el mismo educando respecto de la profundidad y anchura, por así escribir, del nuevo conocimiento.

Estas cualidades del aprendizaje significativo, resaltan más aún cuando se les confronta con las que ofrece un conocimiento que

---

[46] Pues justamente el horizonte filosóficamente dicho es el límite de la propia significatividad.

[47] Esta idea se encuentra perfectamente fundada en la teoría de la acción de Maurice Blondel.



11-Ledesma-RevFac264.indd 364 05/01/16 1:49 p.m.

no alcanza un grado sensible de significatividad.[48] Es puramente conceptual, se ha retenido la noción sin descifrarla ni menos aún, vincularla con el resto de los saberes. Por ello, es de recomendar que las unidades didácticas de una asignatura establezcan claramente la jerarquía en la importancia de los aprendizajes privilegiando, desde luego a los más significativos.[49]

Otra característica del conocimiento superficial, no significativo es su cariz solamente enciclopédico que únicamente implica un cúmulo poco ordenado en el acervo del alumno, se trata de un memorismo que no tiene mayor operatividad que superar el examen después de lo cual, todo se olvida y cancela. No hay residuo educativo ya que no se ha configurado de nueva manera la personalidad, hay más bien un vacío de aprendizaje, nada que asimilar, carencia de consubstancialidad de la personalidad de quien padece este vicio.[50] Es verdad que se adquiere transitoriamente un dato nuevo. Su permanencia depende de la capacidad memorística del sujeto.[51]

Fin principalísimo de la didáctica es que se acumulen ordenadamente los residuos educativos. Es así que se recorre el sendero que lleva a la sabiduría cuando madura finamente la persona.

---

[48] Es que la significatividad es también el grado de incidencia que una vivencia, en este caso intelectual puede revestir para cada uno. En este sentido, también los deseos como ejercicio libre de la voluntad y la conducta, son experiencias que admiten una mayor o menor significatividad.

[49] Puede haber una asimilación poco intensa que después se confunda u olvide, no permanece en el sujeto porque carece de raíces.

[50] Sin embargo debe reivindicarse la importancia que reviste el aprendizaje no significativo como forma de determinar el contexto, por ejemplo en la historia, en la criminalística. Debe notarse que el aprendizaje que no es significativo nos permite desde fuera del alumno, conocer lo que sí es para él lo significativo. Aprovechamos la ocasión y el espacio para apuntar que existe cierto grado de subjetividad en la determinación de lo que es significativo en función de los fines, compromisos, preferencias de cada uno. Esto no quiere decir que no pueda evaluarse de manera objetivo lo significativo del propio aprendizaje.

[51] Una de las variables de esta memoria estriba en el horizonte propio del estudiante.



11-Ledesma-RevFac264.indd 365 05/01/16 1:49 p.m.

Es que la significatividad del aprendizaje, no consiste sólo en la retención de datos sino especialmente en una involucración entregada e intensa del estudiante que desde su yo profundo, se aviene con el nuevo conocimiento y lo hace propio, decimos que lo ha asimilado. Por ello, la labor del maestro consiste en propiciar esa buscada significatividad que en mucho depende de los estímulos que el profesor pueda plantear al formular el objetivo, la pretensión del tema en cuestión.[52]

Es pues preciso tocar los estratos hondos del educando, aquella zona que le sea más sensible, justamente donde radican sus mejores vivencias. Se trata de llegar al terreno en donde yacen los tópicos que más importan a su personalidad.

Esta significatividad habla fuerte al espíritu del estudiante y presenta además la característica de que no deja dudas de ningún tipo, al contrario, es altamente persuasiva. No puede ser una mera hipótesis sino un conocimiento firme y seguro.

Este tipo de conocimientos se propician y estimulan mucho más, cuando se administra el sistema activo que involucra a los estudiantes y los hace casi co-autores de la experiencia dentro del aula.[53] Este tema es de vital importancia pero no lo vamos a abordar en este escrito.

Finalmente, no debe pasarse por alto la oportunidad de entender la didáctica como una de las formas más propias, efectivas y apasionantes de difusión y promoción de valores. Una verdadera didáctica configura y re-configura la personalidad del estudiante pero también y desde luego, la del mismo educador. Éste cada vez se convence más de lo cierto y valioso de lo enseñado y lo ve fructificar en el alumno. Puede, eso sí, matizar y enriquecer sus enseñanzas mientras las imparte y las ve tomar cuerpo en el joven que las

---

[52] GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, *op. cit.*, pp. 30-31.

[53] Se entiende que la conducción y guía del maestro son de obligatoriedad permanentes.



11-Ledesma-RevFac264.indd 366 05/01/16 1:49 p.m.

asimila. En su caso, podría también rectificar e imprimirle un nuevo sentido a su saber.

La aventura de la didáctica constituye genuina pasión de arquitectura humana. En ella y con ella, se hace vida la motivación intrínseca del educando que es trabajo intencional de desarrollo humano. Esta motivación es el impulso de crecimiento que empuja al educando en pos de su individual crecimiento. Esta motivación se produce y se reproduce por sí misma y labora con un dinamismo que nunca se detiene.

La motivación intrínseca procede del núcleo íntimo del educando que ejerce su intencionalidad hacia el aprendizaje, no por el estímulo exterior sino ya que desea su propio crecimiento. Busca y quiere la materia por aprender, por ella misma, por lo mucho que le interesa en sí y para poseerla con todos sus efectos. Esta motivación puede y debe reforzarse con la extrínseca que promete una recompensa diferente o un castigo o punición para el caso de no conseguir el resultado propuesto.[54]

Es extrínseca ya que la materia del aprendizaje o de la obra respectiva, no es buscada en sí y por ella misma sino para conseguir un estímulo independiente, una compensación o bien para evitarse una punición o castigo.

En el estudio y comprensión de la ciencia jurídica se valoran las relaciones sinalagmáticas perfectas en las que la razón de la obligación de cada uno de los sujetos, es el deber correlativo que para cada uno de ellos resulta propiamente la titularidad de su crédito. Se trata de una motivación extrínseca muy diferente de la que habitualmente procede de los actos gratuitos en los que su autor se deshace de un derecho para beneficiar a la otra parte sin recibir nada a cambio.[55]

---

[54] Una de las más apremiantes formas de castigar es tener la conciencia del tiempo perdido.

[55] Esta importante temática nos lleva directamente al complejo asunto de la causa de los actos jurídicos Es que la causa es justamente la motivación que decide



11-Ledesma-RevFac264.indd 367 05/01/16 1:49 p.m.

La persona humana debe centrarse en la motivación intrínseca fuente de felicidad y desarrollo individual pero en muchas ocasiones ha menester de la promesa de retribución o de la coerción que se busca evitar realizando la actividad propuesta.[56]

Como se ha visto, la didáctica no únicamente enseña a aprender y a explicar sino también a aprovechar los conocimientos adquiridos a través de su propia vinculación. A esto le llamamos *criterio* que finalmente es un camino de hallazgo y comprobación de la verdad. Aunque el criterio desde su origen lexical griego entraña la idea de discernir, separar o juzgar, puede ser también entendido como camino para llegar a un resultado como cuando se habla de criterio normativo.

Es claro que el trabajo en grupo bien conducido puede ofrecer estímulos muy efectivos para que se contagie y multiplique una verdadera motivación intrínseca.[57] Esta es una de las riquezas de la vida universitaria. En este sentido, es posible distinguir la educación vertical de la horizontal. La primera es la que se recibe del educador que se presume es un experto en su quehacer. También como

---

la actuación, sea para obligarse a cambio de la adquisición de un derecho o únicamente por el deseo de beneficiar a otro. Aquí apreciamos que puede estar presente la motivación intrínseca o la extrínseca, esto dependerá de la actitud personal.

[56] Los llamados hobbies y las más elevadas expresiones del alma frente a la religión, se centran completamente en la motivación intrínseca. El más acabado ejemplo de esta última, lo tenemos en la conocida poesía atribuida a Teresa de Ávila: "No me mueve mi Dios para quererte el cielo que me tienes prometido/ ni me mueve el infierno tan temido para dejar por eso de ofenderte/Tú me mueves, Señor muéveme el verte clavado en una cruz y escarnecido, muéveme ver tu cuerpo tan herido, muévenme tus afrentas y tu muerte/ Muéveme, en fin tu amor, y , en tal manera, que aunque no hubiera cielo, yo te amara, y aunque no hubiere infierno, te temiera/ No me tienes que dar porque te quiera, pues aunque lo que espero no esperara, lo mismo que te quiero te quisiera".

[57] Queda claro con lo expuesto antes, que la motivación de las mejores experiencias humanas como es el caso del amor incondicional, es plenamente intrínseca. Es el paradigma de esta motivación tanto en el terreno de lo humano como de lo divino.



11-Ledesma-RevFac264.indd 368 05/01/16 1:49 p.m.

ya lo hemos asentado, de lo que el educador aprende del educando mismo. La educación horizontal por su parte, emana de la discusión con los pares sean con-discípulos o colegas dotados de intereses comunes, como ya lo expresamos.

El aprendizaje significativo es en verdad fuente de calor y de entusiasmo. Se trata de un entusiasmo que se aprecia y se trasmite a los demás sobre todo cuando estamos en presencia de un aprendizaje significativo que se integra con el resto del caudal de saberes.

Dentro de la educación en su sentido clásico, se está haciendo cada vez más presente la experiencia de la tutoría académica que se ha experimentado en las universidades de origen sajón de tiempo atrás.

La tutoría supone un acompañamiento y orientación del educando que le auxilia en la toma de decisiones sean propiamente académicas o del desarrollo de su personalidad en función de sus cualidades, de su entorno, de sus diferentes contextos que así como pueden ser facilitadores del aprendizaje, pueden también ser severos obstructores.

Como se ha visto, la didáctica es ante todo una parte de la ciencia de la Educación a la que compete conocer las estrategias y los medios adecuados para producir en los estudiantes verdadero aprendizaje significativo a través de una serie metódica y organizada de estrategias. Pero es también un arte ya que debe favorecer habilidades y estimular la fantasía dentro de los criterios propiamente educativos. Su objeto material es el proceso de enseñanza aprendizaje y su método es el propio de la educación. Debe quedar claro el límite de objetos formales que separan a la ciencia de la educación de su respectiva filosofía aunque, naturalmente, ambas, se la tienen que ver con las bases antropológicas del aprendizaje.

Las bases antropológicas del aprendizaje, se encuentran ínsitas en la misma naturaleza humana, particularmente en el dinamismo de la criticidad que lo proyecta al siempre difícil hallazgo de la verdad sobre todo en los problemas de mayor profundidad. Esto nos permite recordar el optimismo creativo y comprometedor del



11-Ledesma-RevFac264.indd 369 05/01/16 1:49 p.m.

que parte Rousseau en su *Emilio*. Como ya escribimos, esta obra, publicada en 1762 da grande importancia al estudio de las virtudes y los vicios, el autor sostiene con toda razón que es preciso educar primero al niño para poder educar después al ciudadano, se reconoce gran importancia a las ciencias y las artes. Debe acreditarse su mérito en la ocupación y colocación de sus ideas dentro de la filosofía de la ilustración. De ahí se irradian a todo el mundo occidental.

Apreciamos en Rousseau un optimismo moderado que afirma que el hombre es bueno y por ello debe ser educado.

Debe decirse que en nuestro tiempo la educación en virtudes, está volviendo a las aulas y talleres no obstante que desde el punto de vista pedagógico, ofrece dificultades en su impartición. La materia es sumamente interesante y su contenido, altamente moralizador.

Suiza ofreció al mundo de la educación a través de los siglos XVIII y XIX, las contribuciones de Rousseau, Pestalozzi, Piaget, que consideran fundamental la formación del niño a través de las virtudes. Pestalozzi insiste en la intuición sensible como punto de partida de la experiencia educativa. Insiste en el dibujo como forma de aprendizaje y estímulo para el infante y aporta elementos de enorme utilidad que siguen en uso adaptados a nuestro tiempo.[58]

Por su propia natura, la persona quiere conocer la verdad, primero y ante todo ya que está impulsada por ansias indetenibles de despejar los problemas y encontrarles adecuada y definitiva solución. Aquí aparece de cuerpo completo por así decir, la creatividad que es otro de los dinamismos conformadores de la personalidad humana.

Dentro de estas bases antropológicas de la educación, se encuentra la tutoría vista como el cultivo lo más integral que sea posible de la personalidad no siempre tersa ni dócil del tutorado. Debe considerarse que los niños y los jóvenes, por diversas razones, no siempre fomentan ni aplican las motivaciones intrínsecas para conseguir el aprendizaje significativo. Es ahí precisamente, donde la

[58] En la importancia de la figura, recuerda al viejo y siempre actual Comenio.



11-Ledesma-RevFac264.indd 370 05/01/16 1:49 p.m.

labor de tutoría no únicamente se justifica y necesita sino que debe dar frutos óptimos en el modelado de la personalidad del discípulo.

La verdad es buena en cuanto trascendental del ser y siempre, por lo mismo, es apetecida por el sujeto. La persona en su incesante desarrollo debe preparase y colmar hasta donde posible sus necesidades naturales. Bueno es saber además que la verdad ejerce un especial poder atractivo sobre la persona y así cuando toca la identidad de ella, se plantean y generan cuestiones de gran importancia que arrastran mucha ansiedad. Tal es el caso, desde la mitología griega, de la determinación de los progenitores del personaje.

Gracias a la lógica, se podrán formular las mejores reglas para pensar con corrección, particularmente la dialéctica parte importante de ella, lleva ese cometido. Por otro lado, la crítica que para algunos pensadores es también parte de la lógica y para otros es propiamente la teoría del conocimiento, parte de la epistemología, nos muestra en su desarrollo lo qué ocurre en el sujeto que conoce, entiende, comprende-epistemología descriptiva. Pero por otra parte, también nos muestra y nos valida los criterios de verdad que tanto han desgastado a los filósofos en estos milenios de pensamiento epistemológico-crítico. No puede olvidarse a la pragmática porción sobresaliente de la semiótica que se ocupa de la actividad del usuario como último momento fructífero del proceso hermenéutico.

Finalmente, la metodología es la tercera parte de la lógica que enseña la precisión, empleo y frutos que se derivan del instrumento en que se sustenta el método que es propiamente el camino y los recursos que deben aplicarse para obtener el resultado propuesto.

Presentamos enseguida un esbozo para un curso de Didáctica especialmente dirigido a Maestros en Derecho.



11-Ledesma-RevFac264.indd 371 05/01/16 1:49 p.m.

## II. Curso de Didáctica especialmente dirigida a Maestros en Derecho

### 1. Temario[59]

#### a) Primera Unidad

*Concepto preliminar de educación.* La ciencia de la educación y el desarrollo humano. El desarrollo integral de la persona humana, el arte y la ciencia. La educación centrada en el crecimiento humano del educando. El hombre programado para crecer. Bases antropológicas de la educación. Pedagogía y didáctica, su vinculación complementaria. Pedagogía y didáctica como experiencias del proceso de enseñanza-aprendizaje. Aprender a aprender y enseñar a enseñar. Auto-educación y hetero-educación. La administración del tiempo. Los objetos material y formal de la educación. Sitio de la metodología de la enseñanza. Desarrollo de las estrategias de aprendizaje.

#### b) Segunda Unidad

*La Didáctica es una ciencia prescriptiva y pragmática*. Su relación con las ciencias descriptivas. Objeto y método de la Didáctica. El aprendizaje en su sentido más cabal como fin de la actividad didáctica. Razón y memoria. La identidad del docente y la identidad del discípulo. Algunas ciencias auxiliares de la didáctica: filosofía, filosofía de la educación, antropología filosófica, teoría del conocimiento, argumentación y retórica, lógica, ética, derecho, sociología. La didáctica jurídica. La ciencia es una construcción intelectual. La verdad es el fin propio de la ciencia. La ciencia es un paradigma fundamentado.

---

[59] Se inserta enseguida una propuesta de temario de Didáctica con especial dedicación a los estudios intermedios de Derecho.



11-Ledesma-RevFac264.indd 372 05/01/16 1:49 p.m.

### c) Tercera Unidad

*La didáctica del derecho.* Significado de Derecho. El derecho es vida humana. Su expresión normativa y factual. Sentidos directivo y compulsivo del Derecho. El Derecho como instrumento educativo de la sociedad. El Derecho es acción. Didáctica jurídica y desarrollo de la persona humana. Principales problemas didácticos: 1.- Lo que se pretende proponer en el salón de clase. 2.- Sentido de la enseñanza a través de la intencionalidad, valores, libertad, motivación y comunicación. 3.- Disciplina docente y discente. 4.- Comunicación inter-personal y 5.- Evaluación. El conocimiento intelectual entendido como una expansión de la conciencia personal. Otros casos de expansión de la persona: la rememoración, la interpretación artística, el placer que deriva del arte, el amor. La comunicación, la retorica y la oratoria. Decir el discurso sin temor y con un pensamiento de éxito.

### d) Cuarta Unidad

*El aprendizaje significativo*. Conocer, pensar, entender, aprender, explicar, comprender, razonar. Las aportaciones marcelianas acerca del ser y el tener, misterio y problema. La lecto-escritura, la lectura del mundo, saber interpelar a la realidad. Ejercicios de comprensión de lo leído. Auto-crítica de la auto-escritura. La integración de los conocimientos. Las competencias profesionales. Las competencias de habilidades (saber hacer) de conocimientos (información) y las competencias axiológicas. El paradigma de la universidad: la sabiduría, su diferencia con la erudición. Criticidad y creatividad. Variables del aprendizaje expresadas en pares opuestos: sensitivas-intuitivas, visuales-verbales, activas-reflexivas, secuenciales-globales, inductivas-deductivas. El estilo de aprendizaje y el estilo de vida. El trabajo en grupo, sus posibilidades.



11-Ledesma-RevFac264.indd 373 05/01/16 1:49 p.m.

### E) QUINTA UNIDAD

*La persona del estudiante.* La razón del trabajo didáctico desde Ignacio de Loyola y Comenio. Dignidad de la persona, significado e importancia. La dignidad ontológica y la biográfica. Los dinamismos humanos, posible jerarquía e implicaciones. Impacto de estos dinamismos en el aprendizaje significativo. Condiciones para que se produzca el aprendizaje significativo. El horizonte axiológico y su realización como culminación del desarrollo humano. La comunicación inter-personal. La empatía, la mayéutica, personalización y retroalimentación. La educación como transformación de la persona para actuar con nuevas habilidades, actitudes y aptitudes. El funcionamiento entre la persona del docente y la del discente.

### F) SEXTA UNIDAD

*La planeación de un curso*. Objetivos a partir de la intencionalidad. Los seis niveles de Bloom: conocer, comprender, aplicar, analizar, sintetizar, evaluar. Distinguir entre los objetivos y la descripción del contenido del curso. Ejercicios de comprensión: Paráfrasis, resumen, reducción, ampliación, desarrollo e integración con otros conocimientos. Importancia de la educación en la parte operativa y psico-motora del educando. El hombre es un todo orgánico. La actividad cognoscitiva tiende a la realización de valores. Los niveles afectivos de Bloom: Recibir, responder, valorizar, organizar, formular la propia cosmovisión, principales interrogantes que responden a la propia cosmovisión. Planes de estudio por áreas y por asignaturas.

### G) SÉPTIMA UNIDAD

*Los elementos de un programa académico:* Introducción comprometedora, objetivos, temario con partes diferenciadas, biblio-hemero-cibergrafía, el aprovechamiento del mensaje escrito en libro, revista o



11-Ledesma-RevFac264.indd 374 05/01/16 1:49 p.m.

recibido por vía electrónica, originalidad y criticidad, método de clase, carga académica, integración con otros conocimientos y sistema de evaluación.

### h) Octava Unidad

*El Método Expositivo.* Sus propiedades: claridad, orden adecuación e interés. Cualidades de fondo de la exposición: intuición sensible, adecuación de niveles, realismo, lógica. Cualidades en la forma de la exposición: participación activa, vivencias compartibles, retroalimentación. La preparación de la clase: estimular la imaginación del auditorio, idea central, esquema de clase, casos especiales, ejemplos, actividades, carga académica, conclusiones y concatenación con el tema siguiente. Errores más frecuentes en el profesor joven: confusión y falta de orden, rapidez y nerviosismo, el habla, lenguaje excesivamente elevado, temor a la interpelación del público, sobra de tiempo en relación con el material preparado. Remedios propuestos.

### i) Novena Unidad

*Sistema activo,* dinamismo promotor de nuevos conocimientos, vivencia completa especialmente en la parte operativa, fomento de la investigación, desarrollo de potencialidades. Participación intensa del educando. La virtud de confiar en el alumno responsable. Confianza ética y científica. Persuasión en el alumno a través de una motivación verdaderamente intrínseca. Motivación intrínseca, aprovechamiento de la asignatura y gozo producido. El disfrute de encontrar la verdad. Insuficiencia de una exclusiva motivación extrínseca. Frutos inmediatos del sistema activo.



11-Ledesma-RevFac264.indd 375 05/01/16 1:49 p.m.

### J) Décima Unidad

*Los recursos didácticos modernos.* Medios audiovisuales. Instrucción programada a través de cuadros, frases, cápsulas, mapas, mapas mentales, llaves y otros. Taller en aula, aprender haciendo. Acceso a la red y uso de la plataforma. Los llamados "Cursos 0" para regularizar alumnos con debilidades, procedentes de la educación media y elemental. Metodología del aprendizaje. Seminarios, mesas redondas y presentación de paneles, dinámicas de grupo, uso de imagen y sonido, líneas de tiempo, debates. El valor de la imagen. La imagen y la palabra. *Homo videns.* Posibilidades y efectos educativos del teatro y las artes. La pantalla, el cine y la educación. El monitor. Posibilidades de la televisión. Posibilidades y riesgos de los contenidos televisivos. La revolución educativa introducida por los sistemas abiertos y a distancia. Comunicación e información. Posibilidades de la red. Peligros de acentuar demasiado la técnica en detrimento de la relación humana. Cómo suplir la ausencia de la riqueza derivada de la acción grupal.

### K) Décimo Primera Unidad

*Disciplina y ambiente en el aula.* Supresión de controles, valor educativo de la legislación académica, democracia en el aula, pluralismo axiológico. Ética de las virtudes, su carácter estructurante en la personalidad humana del docente y del discente. Relaciones inter-personales en el aula. Fomentar las actitudes positivas del educador: aceptar al alumno, confianza, aliento, comprensión, optimismo por la vida y la verdad, empatía, diálogo y aplicación de la mayéutica, tutorías individuales y grupales, el *counseling.*



11-Ledesma-RevFac264.indd 376 05/01/16 1:49 p.m.

### l) Décimo Segunda Unidad

*La evaluación.* Captación de un valor, resultados en relación con los objetivos. Sentido de la evaluación como medio de retroalimentar al estudiante. Refuerzo de la motivación. Fechas adecuadas para las evaluaciones, evaluación parcial y evaluación final. Evaluación de opción múltiple y sus distractores, preguntas abiertas, evaluación a libro abierto. La exención de la evaluación. Resultados de la evaluación, Evaluación auto-crítica y proceso de enseñanza aprendizaje.

### m) Décimo Tercera Unidad

*La evaluación del docente,* fines y requisitos, fecha, procedimiento y anonimato, aspectos evaluables e identificación con la institución. Importancia de la configuración del claustro profesoral. La entrevista del Director con el profesor evaluado. Evaluación a los directivos. La evaluación de la institución.

### n) Décimo Cuarta Unidad

*La comunicación inter-personal.* Sentido y elementos de la comunicación humana. Saber para comunicar. Información y comunicación. El Derecho es comunicación. El paradigma de Luhmann. Del monólogo al diálogo. Comunicación y trascendencia. Comunicación e información. Cualidades de la comunicación: Disponibilidad, solicitud, percepción, empatía, simpatía, afecto, compromiso, responsabilidad, solidaridad, amor. Revisión de los frutos de la Pedagogía Ignaciana.

### ñ) Décimo Quinta Unidad

*La didáctica del Derecho.* El Derecho como metáfora. El árbol y sus ramas, raíces, tronco, fuentes, lagunas. El Derecho como analogía. Lo justo objetivo frente a lo justo normativo y a lo justo subjetivo. El



11-Ledesma-RevFac264.indd 377 05/01/16 1:49 p.m.

deber como expresión típica de la heteronomía jurídica. El Derecho como ciencia, arte, vida, sistema, poder de acción e inacción, orden, criterio racional, exigencia de la razón, experiencia, mandato de la autoridad, fuente de justicia. Lo justo por naturaleza y lo justo por convención. El Derecho en los hechos y en las normas. El Derecho en la comprensión de los casos: la cetética jurídica. La tópica del Derecho. El Derecho entendido como comunicación. Verdad factual, verdad jurídica y verdad. El Derecho como paradigma fundamentado. Otros analogados del Derecho. De las fuentes reales a las formales del orden jurídico. La ucronía del Derecho. De la utopía al paradigma del Derecho. Sentido pragmático y teorético del Derecho, su equilibrio en la síntesis, presencia de la analogía, la justicia del jurista y la justicia del moralista. La justicia sin calificativos. La justicia a la luz de la Teología.

## III. Bibliografía mínima

Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, México, UNAM, 2015.

Bloom, Benjamín, *Taxonomía de los objetivos en la educación. La clasificación de las metas educativas*, trad. Marcelo Pérez Rivas, Buenos Aires, Agrupación para el Desarrollo Internacional, 1971.

*Filosofía Educativa*, México, Universidad Iberoamericana, 1985.

Fix Zamudio, Héctor, *Metodología. Docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 1996.

Freire, Paulo, *Cartas a quien pretende enseñar*, México, Siglo XXI, 2012.

Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la didáctica*, México, Esfinge, 1996.

_____, *Introducción al método científico*, México, Esfinge, 1998.

_____, *Introducción a la pedagogía existencial*, México, Esfinge, 1994.

Gutiérrez Sáenz, Raúl y José Sánchez González, *Metodología del trabajo intelectual*, México, Esfinge, 1997.



11-Ledesma-RevFac264.indd 378 05/01/16 1:49 p.m.

Hernández Aparicio, Francisco (coord.), *Introducción a la didáctica y metodología del derecho*, México, Flores Editores, 2008.

Ledesma Uribe, José de Jesús, "El proceso de enseñanza aprendizaje en la educación jurídica" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 260, t. LXIII, julio-diciembre, 2013.

_____, "Hacia el Perfil del Egresado de la Licenciatura en Derecho de la UIA", *Jurídica*, núm. 37, 2007.

_____, "La hermenéutica analógica y su aplicación al derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, núm. 261, t. LXIV, enero-junio 2014.

_____, "La urgencia de los valores en la educación jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 259, t. LXIII, enero-junio 2013.

_____, "Valores cristianos y educación jurídica", Puebla, Universidad Iberoamericana, 1997.

Pansza, Margarita,*Fundamentación de la didáctica*, México, Gernika, t. I, 1996.

Piaget, Jean, *et al.*, *Epistemología de las ciencias humanas*, Buenos Aires, Proteo, 1972.

Ponce de León, Armenta Luis, *Docencia y didáctica del derecho*, México, Porrúa-Instituto Internacional del Derecho y del Estado, 2003.

Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio o de la Educación*, México, Porrúa, 2014.

Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, México, Porrúa, 1997.

Villoro Toranzo, Miguel, *Metodología del trabajo jurídico*, México, UIA, 1980.

Witker Velázquez, Jorge, *La investigación jurídica*, México, UNAM, 2015.



11-Ledesma-RevFac264.indd 379 05/01/16 1:49 p.m.

11-Ledesma-RevFac264.indd 380 05/01/16 1:49 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# Sócrates y el peligro de asumir radicalmente valores[1]

## Socrates and the danger of assuming radically values

Rosalío López Durán[2]

Resumen: Reflexión sobre la trascendencia de la decisión de Sócrates de respetar las leyes de su ciudad aunque ello significo el aceptar la condena a muerte que le impone un jurado. Dicha trascendencia se revisa a partir de especular sobre las circunstancias que rodearon el hecho y la justificación de que el filósofo era un peligro para la comunidad, la cual fue al mismo tiempo uno de los cargos que se le imputaron al ateniense. Adicionalmente, se contrastan las diversas posibilidades que resultan de combinar el respeto por las leyes y la coherencia personal.

Palabras clave: *Socrates; valores; ley; democracia; filosofía.*

Abstract: Reflection on the significance of the decision of Socrates to respect the laws of his city even if it meant accepting the death sentence imposed by a jury. This transcendence is revised from speculating about the circumstances surrounding the incident and the justification that the philosopher was a danger to the community, which was also one of the charges brought against him. Additionally, the various possibilities that result from combining respect for the laws and personal integrity are contrasted.

Keywords: *Socrates; values; law; democracy; philosophy.*

[1] Este artículo es una adaptación de un capítulo de una reflexión más amplia sobre Sócrates que se encuentra en proceso de preparación.

[2] Maestro y Doctor en derecho, egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM, donde funge como profesor de tiempo completo. Es miembro de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Academia de Derecho. Autor de 20 libros publicados, algunos como autor único y otros en coautoría.

12-López Durán-RevFac264.indd 381 06/01/16 1:09 p.m.

SUMARIO: I. Preámbulo. II. Sócrates como un peligro para la comunidad. III. El valor de la conducta de Sócrates. A. Congruencia sin respeto por la ley. B. Incongruencia pero con respeto por la ley. C. Ni congruencia, ni respeto por la ley. D. Congruencia y respeto por la ley. E. ¿Por qué es malo ser congruente y respetar al mismo tiempo la ley? IV. Una mirada contemporánea al evento Sócrates. Errores de la democracia. V. Epílogo. Sócrates en México. V. Recomendaciones en el ámbito educativo.

---

*Él paseó, y cuando dijo que le pesaban las piernas, se tendió boca arriba, pues así se lo había aconsejado el individuo.*
*Y al mismo tiempo el que le había dado el veneno lo examinaba cogiéndole de rato en rato los pies y las piernas, y luego, apretándole con fuerza el pie, le preguntó si lo sentía, y él dijo que no. Y después de esto hizo lo mismo con sus pantorrillas, y ascendiendo de este modo nos dijo que se iba quedando frío y rígido. Mientras lo tanteaba nos dijo que, cuando eso le llegara al corazón, entonces se extinguiría.*
*Ya estaba casi fría la zona del vientre, cuando descubriéndose, pues se había tapado, nos dijo, y fue lo último que habló:*
*—Critón, le debemos un gallo a Asclepio. Así que págaselo y no lo descuides.*
*—Así se hará, dijo Critón*

PLATON
*Fedón o del alma*

## I. PREÁMBULO

Frente a una ilusa percepción que se hace en torno del tema de la muerte de Sócrates, se está construyendo de manera paralela un discurso que pretende reducir al personaje en cuestión a un ser humano de carne y hueso, con pasiones y debilidades de las cuales carece el personaje que se ha elaborado en el imaginario de la academia que exalta solamente sus virtudes.

La percepción ilusa a la cual se alude en el párrafo anterior se deriva, muy probablemente, del paso fugaz por la enseñanza media



12-López Durán-RevFac264.indd 382 06/01/16 1:09 p.m.

superior y de la anécdota que se escucha en ese contexto o en el mejor de los casos, es el resultado de un análisis comedido que se lleva a cabo junto con los profesores en determinados contextos o instituciones de la educación superior, no en todas, por cierto.

Se pueden identificar por lo tanto dos extremos, por un lado, quienes tratan de enaltecer la figura del anciano ateniense que ha venido a personificar la esencia de la filosofía como un conocimiento diferente al conocimiento que predominaba en su tiempo: ya fuera el mito o ya fuera la doxa o la opinión derivada en muchas ocasiones de prejuicios muy identificables, como por ejemplo, el hecho de suponer que los ricos podrían tener un mejor conocimiento de las cosas en razón del poder económico que tenían (lo cual se puede reducir al enunciado absurdo y casi darwiniano de "los ricos son más inteligentes porque son ricos y son ricos porque son más inteligentes"), eso personifica Sócrates, la búsqueda constante de respuestas y sobre todo, la duda sistemática de todo saber que se presume como cierto.

La filosofía pone en duda la idea de que la riqueza, per se, trae aparejada la posibilidad de ser más inteligente o por lo menos, más perspicaz en la observación de la naturaleza o de los hechos del mundo social: ni la riqueza, ni la posesión de un cargo importante en la política, ni la posesión de estudios formales o de cargos religiosos lo es; la inteligencia "simplemente" deriva de la capacidad de autocrítica y de un proceso cuidadoso a partir del cual el individuo trata de recordar lo que ya sabe.

La metodología de Sócrates parecería mucho más consistente frente a la perspectiva de depositar la confianza absoluta del conocimiento en los portavoces de los dioses o en lo que describe o interpreta un grupo social, sin mayor elemento crítico o lo que describe alguien, con una determinada autoridad, respecto de lo que sus sentidos le indican (y esta circunstancia se da en el mejor de los casos, dado que al parecer el grueso del conocimiento, especialmente del relevante parecía proceder de la primera fuente).



12-López Durán-RevFac264.indd 383 06/01/16 1:09 p.m.

El otro extremo está constituido por quienes tratan de disminuir su figura, suponiendo que es solamente un anciano que sirvió de personaje para que un gran filósofo, hombre rico por cierto, pudiera tener un pretexto para hacer más accesible su doctrina a las personas. Y en el aspecto más radical de este extremo se puede suponer que el tal personaje es simplemente un elemento de ficción que nunca existió en la realidad y que por lo tanto, su muerte es tan falsa como las muertes de héroes que ocurren en muchas de las tragedias griegas: su muerte nunca pasó; por lo tanto, tratar de discutir sobre las virtudes de una quimera resulta totalmente innecesario.

La muerte de Sócrates se percibe, al menos en nuestro país, como una mera anécdota histórica que no merece mayor espacio que un simple comentario al margen o a pie de página cuando se esboza un panorama de la historia de la filosofía, o merece un apunte cuando se comenta o analiza, en el mejor de los casos, el diálogo del Banquete o un fragmento de alguno de los otros diálogos.

Hay, en el extremo de la construcción de la percepción ilusa, un momento magistral: que se puede visualizar, literalmente, en el cuadro pintado por Jacques-Louis Davis en 1787 y que es considerado como una de las obras maestras de la pintura universal. En esa imagen se ve a un pulcro y delgado Sócrates, haciendo sus últimas reflexiones públicas frente a sus amigos y alumnos mientras está a punto de beber la cicuta, tiene levantado el brazo derecho, haciendo un ángulo de noventa grados y su dedo índice apunta hacia el cielo, como si estuviera justo en el momento de señalar que las leyes de la polis deben ser respetadas.

Reitero, esta es, en el mejor de los casos, la imagen idealizada que se forma de Sócrates en el imaginario cultural de aquellos que transitan por la educación obligatoria (refiero el caso de nuestro país, no me consta cual es la percepción que se conforma en otras latitudes) y que tienen la oportunidad de leer la apología escrita por Platón y que comúnmente es la fuente que se consulta.



12-López Durán-RevFac264.indd 384 06/01/16 1:09 p.m.

Lo grave no es reducir a quien se ha ensalzado, quizá de manera artificial o artificiosa a un nivel en el cual la mayoría de los mortales ni siquiera aspiran con soñar a llegar, sino que detrás de esa reducción es probable que existan otros propósitos.

Muy probablemente de una manera casi innecesaria, puesto que ya se ha escrito sobre ello, haremos una reflexión sobre la figura del ateniense y sobre la importancia que tiene el suponer que su existencia es o no verdadera y el hecho de pensar que en verdad asumió la actitud que lo condujo a la muerte y que constituye en la actualidad un referente de carácter ético y uno de los puntales para la construcción de esa forma de pensamiento (y de conocimiento) que se conoce como filosofía.

## II. Sócrates como un peligro para la comunidad

Sócrates encarna dos valores que son muy apreciados en determinados contextos de la cultura occidental: La congruencia consigo mismo y el respeto por las leyes de la polis. Ambos valores, ubicados en la misma persona y ejercidos de forma simultánea, pueden ser muy peligrosos para el individuo que los encarna y actualiza y para el propio sistema político.

Como dice Luri Medrano: "que se condene a muerte a un viejo ágrafo y charlatán de escasa fortuna y dudosa relevancia pública mediante un juicio y un jurado democrático no parece, en principio, un motivo que vaya a tener resonancias muy largas"[3].

Su relevancia radica en el contexto de su juicio además de su condena y parece, más que nada, en su empecinada actitud de morir, dado que había llegado a la conclusión de que sesenta años eran una buena edad para morir.

Una idea subyacente que se puede apreciar en la lectura del juicio de Sócrates es que este era considerado como un peligro y aquí hay que hacer una serie de distinciones, respecto de la tal peligrosidad:

[3] Luri Medrado, Gregorio. *El proceso de Sócrates,* Trotta, Madrid, 1998, p. 9.



12-López Durán-RevFac264.indd 385 06/01/16 1:09 p.m.

- Era un peligro para sus enemigos, aquellos que le formularon un conjunto de acusaciones;
- Era un peligro para un determinado grupo social;
- Era un peligro para la ciudad entera, o
- Era ya percibido como el peligroso portavoz de una interpretación que podría significar el fin de una época.

Algunos de estos matices insinuados seguramente podrán ser considerados como exagerados y queremos conducir justamente la reflexión hacia los extremos de lo razonable haciendo una discreta parada en el extremo de lo absurdo.

Es evidente que la presencia de Sócrates constituía una molestia para sus acusadores, es por ello que decidieron eliminarlo del panorama político de Atenas.

Probablemente alguno de ellos había sido víctima de la indagación filosófica del anciano guerrero, que en su búsqueda por el conocimiento y por la verdad no tenía reparo en preguntar a quien fuera, a someterlo a un interrogatorio del cual, la mayoría de las ocasiones las almas soberbias salían mal libradas.

Ser mostrado en toda su ignorancia, o por lo menos, evidenciarle a uno su gran ignorancia, es potencialmente poco grato para el ego y puede provocar un deseo de venganza paralelo a la humillación que se recibió. Eso potencialmente pudieron haber sentido los acusadores de Sócrates.

Si la muerte de Sócrates es el fruto de la venganza de individuos bien identificados, habrá que elogiar sus capacidades conspirativas, dado que potencialmente el filósofo aludido tuvo la posibilidad de salvar su vida de los ataques y salir airoso del proceso al cual fue sometido.

Sin embargo, pudiera haber algo más que la actuación de un grupito de individuos en solitario para poder llegar al resultado deseado.

Podemos pensar que la relativa facilidad con la cual fue condenado a muerte, habla potencialmente de que los individuos no ope-



12-López Durán-RevFac264.indd 386 06/01/16 1:09 p.m.

raron solos, sino que había por lo menos un clima que era propicio para la muerte del ateniense.

Hablamos entonces de que el filósofo probablemente fuera considerado como un peligro para un grupo social determinado, que operó al menos de dos formas, ya sea apoyando de una manera solícita las demandas de los acusadores o en su caso, siendo indiferentes al resultado del juicio, de tal manera que la condena a muerte no suscitó una respuesta enérgica entre la población.

Es posible entonces que ese grupo social considerara que verdaderamente algunos de los cargos que le fueron imputados al filósofo eran ciertos y que estaba atentando en contra de sus intereses.

Cabe destacar que la democracia ateniense no era como el ideal actual de la democracia, sino que era excluyente, estaban fuera de ella, en primer lugar, las mujeres y en segundo lugar, todos aquellos que no fueron ciudadanos:

> (la ateniense…) Sigue siendo una experiencia única y fascinante (…) donde el pueblo no elige representantes a votar en su nombre, pero (sí) la votación sobre la legislación y proyectos de ley en el ejecutivo por derecho propio. La participación fue de ninguna manera abierta, pero en el grupo de participantes se constituyó sin ninguna referencia a la clase económica (además) La opinión pública de los electores fue notablemente influenciado por la sátira política realizada por los cómicos poetas en el teatro.[4]

En la actualidad se ha sustituido esa idea originaria que significaba una rotación anual en los cargos públicos por un esquema de representación y por la profesionalización de los políticos (que ha traído una pésima experiencia, al menos en nuestro país). Se ha transitado desde una democracia restringida, igualmente al sexo y luego a razones económicas (solamente participaban los ciudadanos que tenían una determinado ingreso o propiedades), luego simplemente a la edad hasta el actual sufragio universal (que tampoco es

[4] "Atenas: democracia e instituciones", disponible en http://www.historialuniversal.com/2009/07/democracia-atenas-grecia-asamblea-boule.html



12-López Durán-RevFac264.indd 387 06/01/16 1:09 p.m.

garantía ni de participación ni de respeto a la opinión o intereses de las minorías culturales y ni siquiera es garantía de que la decisión de las mayorías puedan ser respetadas al momento en que las decisiones se transformen en políticas públicas concretas, al menos eso pareciera ocurrir en nuestro país).

El hecho es que los grupos pueden estar al frente de los regímenes y pueden ser los responsables de muchas de las decisiones que se toman en la sociedad y que puedan llegar a afectar a un individuo en concreto o a toda la comunidad. Reitero, es posible que la acción de Sócrates significara una profunda irritación en el grupo de ciudadanos que en ese momento tenía el poder o podía gestionar frente al poder, de manera más eficaz sus intereses.

Pensemos en la tercera posibilidad, en la cual Sócrates pudo haber sido considerado como un peligro para la ciudad entera. Su actuación en ese sentido, podría actualizar las conductas antisociales descritas en la historia o si se prefiere, los delitos o crímenes[5] que se le imputaban, de tal forma que la condena de muerte, era simplemente el mecanismo que tenía la sociedad para defenderse de un peligro inminente que podía desestructurarla.

La corrupción de la juventud y la reacción de ésta de seguir puntualmente las enseñanzas y las instrucciones de Sócrates, especialmente si las mismas eran contrarias a los valores, a las costumbres e incluso a los ritos religiosos de la sociedad, por supuesto que constituía un posible factor des-estructurante.

---

[5] No asumo de manera directa una terminología en atención del planteamiento hecho por Luis Rodríguez Manzanera cuando señala que los delitos no equivalen exactamente a los crímenes y que para evitar cualquier confusión prefiere el término de "conducta antisocial". La conducta antisocial se refiere a las conductas humanas que van en contra del bien común, lo agreden y atentan por tanto a una gran porción de la sociedad, en tanto que "delito" es una definición formal, generalmente establecida en los códigos penales y que en estricto sentido, muchas de las conductas descritas como delitos son temporales, es decir, lo que en un tiempo y lugar determinado el legislador definió como "delito". *Cf.* RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología*, 25ª ed., Porrúa, México, 2011, pp 17 y ss.



12-López Durán-RevFac264.indd 388 06/01/16 1:09 p.m.

Finalmente, la cuarta posibilidad el "ser percibido como el peligroso portavoz de una interpretación que podría significar el fin de una época", es muy poco probable, pero pensemos en el escenario: algún oscuro personaje, un ciudadano relevante de la polis ateniense, seguramente miembro de la clase dominante y añorante de la aristocracia que había dirigido los destinos de Atenas y que seguramente era un contumaz cliente de los oráculos y probablemente habría recibido alguna de esas respuestas ambiguas y enigmáticas que causaban mayor incertidumbre entre los asiduos consultantes:

"—Después de Sócrates nada será igual. Algunos hombres discutirán la validez de las opiniones de los oráculos y muchos más dudarán de la palabra de reyes y sacerdotes."

Y temeroso de que esa predicción pudiera cumplirse en un periodo relativamente corto, decidió terminar abruptamente con las actividades del filósofo, no fuera ser que en un periodo corto fuera demasiado tarde.

¿Cuál sería la sorpresa de ese oscuro conspirador si llegara a saber que gracias a la muerte Sócrates llegó a trascender de la manera en que lo hizo? Obviamente con la ayuda de sus amigos y discípulos y de una tradición cultural que ayudó a conformar con sus diálogos y con su ejemplo y que persiste hasta nuestros días.

Ciertamente persiste, si fue el hecho como lo hemos imaginado, la actitud del aristócrata que piensa que los privilegios deben persistir sin que tenga que ver el esfuerzo de las personas y que la ventaja que significa haber nacido en una cuna rica, debe mantenerse a toda costa. La tensión se establecerá desde ese momento, entre esos dos extremos.

## III. El valor de la conducta de Sócrates

Hemos analizado muy brevemente el calibre que se puede otorgar a la conducta de Sócrates en el contexto de su época, podríamos tratar de revisar el impacto que podría tener en la sociedad con-



12-López Durán-RevFac264.indd 389 06/01/16 1:09 p.m.

temporánea, que en una mirada muy superficial, se podría pensar que en esta época Sócrates no pasaría de haber sido un hippie de los tantos que asistieron a Woodstock o por lo menos a Avándaro y que su comportamiento no sería criminalizado y mucho menos al extremo de condenarlo a muerte.

Hay dos valores que conforman la conducta de Sócrates: la congruencia y el respeto por la ley.

## 1. Congruencia sin respeto por la ley

Un sujeto, es probable que pueda ser congruente consigo mismo, con la encarnación de otros valores y al mismo tiempo, no respetar la ley.

En esta situación es probable que el sujeto en cuestión asuma determinados valores, los cuales pueden estar o no en concordancia con los valores que hay en el seno de la sociedad donde vive y donde se ha formado y desarrollado su propia vida, y entonces, puede llegar a un punto en el cual concluya que el marco normativo no concuerda con sus valores (o de manera menos egocéntrica, que sus valores no se corresponden con el contenido del marco normativo y entonces se decida por sus propios valores).

Pensemos en una situación en la cual hay una ley injusta o de contenido notoriamente injusto, como una norma eugenésica que ordene la castración química de todas las personas que tengan síndrome de Down o más aun (situación dos), que disponga la muerte de las personas que en una prueba de inteligencia no reúnan una cantidad determinada de puntos en un examen de inteligencia.

Un individuo que tenga como valor un respeto irrestricto por la vida, muy probablemente no estaría de acuerdo con la norma antes mencionada. Y es probable que pueda reservar su opinión en el ámbito de lo privado sin mayor problema, pero sólo hasta el momento en el cual se vea afectado por la disposición, por ejemplo, si tiene un hijo que padezca síndrome de Down y la autoridad pretende actualizar el contenido de la ley en la persona de su hijo.



12-López Durán-RevFac264.indd 390 06/01/16 1:09 p.m.

## 2. Incongruencia pero con respeto por la ley

En este caso, el sujeto abandona sus propias convicciones valorativas en aras del cumplimiento de la norma jurídica.

Es una de las opciones más consistentemente asumidas por los seres humanos en la época contemporánea: se respeta la ley aunque su complimiento se hace sin mayor convicción y en ocasiones, ni siquiera se tiene claro si el contenido de las leyes es o no es justo.

Este es también el ideal de las sociedades autoritarias, en las cuales la ley se construye solamente siguiendo un procedimiento formalmente establecido, sin que se tenga la intención de que su contenido sea justo o que sean un instrumento para lograr la equidad o la justicia.

En las sociedades autoritarias se pide el cumplimiento de la ley. Sin mayor discusión y en muchas ocasiones, en el plano discursivo, se habla de una legitimidad derivada de la legalidad, esto es, que una disposición es legítima en tanto que deriva de una determinada ley, por ejemplo, un impuesto que se grava, la canasta básica de los alimentos es justo en tanto que se encuentra dispuesto en una determinada ley. Lo injusto, en ese contexto sería que el impuesto se pretendiera cobrar sin que existiera una ley en la cual se respaldara.

## 3. Ni congruencia, ni respeto por la ley

En el extremo del espectro de conductas podemos establecer una actitud y su correspondiente conducta en la cual el sujeto no guarda congruencia consigo mismo, ni tampoco tiene respeto por las leyes de su comunidad.

El más claro ejemplo de ello podrían ser los criminales, que no asumen los valores en los cuales fueron educados y que además, no respetan las leyes de su comunidad.

La actitud de los acusadores de Sócrates es muy probable que puedan ilustrar esta actitud, en ellos los valores democráticos de



12-López Durán-RevFac264.indd 391 06/01/16 1:09 p.m.

tolerancia y de capacidad de dialogo no eran asumidos, porque su pretensión desde un principio parecía ser aniquilar a Sócrates, a quien consideraban como una gran molestia… aunque en el caso de los acusadores de Sócrates si hubo un respeto por la ley, es más, usaron la ley con el objeto de cumplir con sus aviesos fines.

Se está introduciendo al parecer una variable adicional en la ecuación de los supuestos de la conducta socrática.

## 4. Congruencia y respeto por la ley

Es el ideal que debería de perseguir quien vive en el contexto de una sociedad y es el ideal que aparentemente, si hemos de creer en la descripción hecha por Platón, encarnó Sócrates en su momento, especialmente en el momento en el cual es condenado a muerte por los políticos de su comunidad y él acató la disposición, en un afán por ser congruente con su idea de respetar las leyes de su ciudad y para demostrar que no las despreciaba… la enigmática frase que se le atribuye en sus últimos momentos ("Critón, le debemos un gallo a Asclepio. Así que págaselo y no lo descuides"), revelarían que además respetaba a los dioses que eran apreciados en su comunidad.

En apariencia, en una lectura muy superficial de la actuación de los acusadores de Sócrates, estos también fueron congruentes, estaban plenamente convencidos de que el comportamiento del filósofo lesionaba a la comunidad, constituía un peligro para la misma y dado que la estructura jurídica lo permitía, tomaron en sus manos un recurso que legalmente les permitía combatir ese peligro.

¿El resultado? Después de un análisis objetivo, sería que Sócrates, en su soberbia o en su ineptitud, no pudo articular una adecuada defensa, fue condenado conforme lo dictaban las leyes en su momento.

¿Por qué es malo ser congruente y respetar al mismo tiempo la ley?

Como se ha afirmado, el ideal en el aspecto ético parecería ser la congruencia consigo mismo y también, bajo esa circunstancia



12-López Durán-RevFac264.indd 392 06/01/16 1:09 p.m.

respetar la ley de la comunidad o de la sociedad. Ello implicaría que la consabida ley tiene un contenido ético bueno o encarna valores que son asumidos por el propio sujeto. Entonces, si hay una coincidencia entre los valores que tiene la sociedad (ambas, la política y la civil) y los mismos se ven encarnados en la ley y el individuo de marras, decide respetar la ley de la comunidad en la cual vive y bajo esa idea, actúa coherentemente con esa directiva de respeto a los valores de la sociedad, que son al mismo tiempo sus valores, tendremos entonces una situación ideal de total coincidencia.

Valores de la sociedad (se ven encarnados en el) contenido normativo. Valores asumidos por el individuo (se manifiestan como) respeto por la ley (deriva en una). Situación de total coincidencia.

En este caso, si el agente es congruente consigo mismo y respeta la ley de la sociedad, entonces hay una situación de armonía, y dicho de otra manera, de funcionalidad: la conducta del agente es funcional al propio sistema.

Pero esta situación ideal no es el motivo de este apartado, en el cual se plantea la pregunta de ¿Por qué es malo ser congruente y respetar al mismo tiempo la ley?, donde el término "malo" , será sustituido por el de "funcional/disfuncional", lo cual equivale a decir que: ¿Por qué es disfuncional ser congruente consigo mismo y respetar al mismo tiempo la ley?

Hemos pensado en la situación en la cual la ley encarna a los valores de la sociedad o de la comunidad, pero que ésta en realidad no los asume de una manera radical, sino simplemente trata de observarlos en la medida en que los mismos no constituyen un problema para el grupo social, especialmente para el grupo social dominante.

La ilusión contemporánea en torno de la democracia ateniense contempla el hecho de una realidad ideal, donde las principales decisiones, aquellas que son relevantes para la sobrevivencia o para el mantenimiento del grupo en general, son tomadas por la mayoría, de tal forma que la decisión se enriquece con la intervención de los actores de toda la sociedad.



12-López Durán-RevFac264.indd 393 06/01/16 1:09 p.m.

Eso estaba, por lo visto muy alejado de la realidad, y prueba de ello es, la aberrante decisión de condenar a muerte a un conciudadano de la polis que no constituía un peligro, aunque su presencia y sus acciones fueran molestas para una porción de los propios pobladores.

¿En qué medida una presencia molesta puede ser disfuncional para una sociedad o para una comunidad? Hemos cambiado aquí el concepto de "peligrosidad" por el de "simple molestia" y por el de "disfuncionalidad".

## IV. UNA MIRADA CONTEMPORÁNEA AL EVENTO SÓCRATES

Como se ha mencionado anteriormente el evento Sócrates, significado por la condena a muerte del filósofo ateniense, dictada por un tribunal conformado por ciudadanos y apegado, en apariencia, a la legalidad vigente en la época, entraña una gran dificultad, en primer lugar por la falta de referencias más específicas que rodean al personaje, quien no deja, en apariencia, nada escrito para la posteridad y por la falta de correspondencia conceptual, hecho que regularmente no preocupa al lector inocente de historias de la antigüedad, esto nos conduce a la pregunta ¿el significado de las acusaciones hechas a Sócrates, en su época, tienen el mismo peso y relevancia que en la actualidad? Y ¿el daño social que quisieron prevenir los acusadores de Sócrates tiene una relevancia similar al que pudiera significarse en la época actual? ¿podría justificarse desde alguna perspectiva la actuación de los acusadores?

Desde la perspectiva de la especulación que estamos bordando y que debe entenderse solamente en ese nivel (y no en el de un intento por hacer un ejercicio de indagación más precisa), podríamos suponer en la necesidad de hacer matices para dar respuestas, esto es, de entrada me atrevería a decir que las acusaciones hechas a Sócrates en la actualidad serían totalmente irrelevantes, motivo probable-



12-López Durán-RevFac264.indd 394 06/01/16 1:09 p.m.

mente de una sanción de corte administrativo o de una reprobación social, pero jamás de una condena a muerte.

Repasemos brevemente las acusaciones:

1. Impiedad
2. Corruptor de la juventud
3. Introductor de nuevas divinidades
4. Transformar en bueno un logos malos, es decir, de manipular el logos.[6]

Una mirada muy superficial, dejaría perplejo a cualquier lector que tuviera una mirada desde la perspectiva de un enfoque absolutista, esto es, que pensara que hay una perfecta solución de continuidad entre las categorías actuales en relación con las categorías acuñadas en la antigüedad, quedaría por supuesto sorprendido, dado que no daría crédito que a un filósofo se le acusara de "impiedad" y de "corruptor de la juventud", en el primer caso, se podría pensar que Sócrates no acostumbraba a dar limosna en la iglesia o que no se conmovía con las oraciones fúnebres o que no ayudaba a las ancianas a cruzar las calles y ponerlas a salvo de las carrozas que transitaban a toda velocidad por las calles de Atenas. O que además de todo lo anterior, es probable que se acusara al ateniense de ser pederasta o proxeneta, lo cual en una sociedad que miraba con total indiferencia las relaciones entre varones resulta por supuesto sorpresivo… sin embargo, parece que la acusación de corrupción de la juventud, tiene que ver con el resto de las acusaciones.

La acusación de introducir nuevas divinidades podría mirarse como una infracción superada en la época actual, pensando que

---

[6] *Ibidem*, p. 21.

De acuerdo con Hermógenes, según Jenofonte, las acusaciones son: "que no reconocía a los dioses que reconocía la ciudad, de que introducía otras divinidades nuevas y de que corrompía a la juventud" *cfr.* Jenofonte, *Apología. Banquete*. *Recuerdos de Sócrates*, trad. José Antonio Caballero López, Madrid, Alianza Editorial, Clásicos de Grecia y Roma, 2009, p. 56.



12-López Durán-RevFac264.indd 395 06/01/16 1:09 p.m.

la mayoría de las sociedades contemporáneas son laicas o que la tendencia de las mismas es el laicismo y entonces, respecto de esa acusación, prácticamente podríamos suspirar aliviados pensando que eso no podría acontecer en nuestra sociedad.

Y finalmente, la acusación de "transformar en bueno un logos malo, es decir, de manipular el logos", quedaría probablemente en una incapacidad para poder trasmitir adecuadamente el conocimiento, lo cual, pensando en la faceta de educador de Sócrates, merecería, bajo el contexto actual de nuestro país, que no pudiera acreditar la evaluación docente y que probablemente el filósofo fuera condenado a tareas administrativas o hasta de intendencia, alejado de los estudiantes a quienes seguramente les daría información errónea sobre los hechos.

Ironía aparte, es poco probable que en una sociedad contemporánea la autoridad política se preocupe por cuestiones de carácter epistemológico o científico, en realidad, en teoría, la ciencia constituye uno de los presupuestos sobre los cuales se estructura la sociedad moderna y se tiene la consigna de que se debe dejar que esta sea desarrollada libremente por los científicos.

En un ámbito de pares, pensando en una comunidad científica muy cerrada y profundamente dogmática, es probable que se acusara a Sócrates de no estar vigente o de sustentar hipótesis y teorías que no corresponden con el paradigma en torno del cual se estructura la comunidad y merecería tal vez el rechazo de la misma o hasta el ostracismo, en el caso de que insistiera en sustentar teorías no avaladas por la propia comunidad científico, pero reitero, no merecería la muerte.

Pero estamos hablando de una sociedad ideal, así como idealizamos las instituciones de la antigüedad, bajo el fenómeno descrito por Gabriel Tarde como misoneísmo; lo mismo puede ocurrir en la época contemporánea, esto es, podemos admirar un país o instituciones de otros países, pensando que constituyen la solución ideal para los problemas de una sociedad, pero que bajo una mirada mu-



12-López Durán-RevFac264.indd 396 06/01/16 1:09 p.m.

cho más estricta, se puede uno percatar que tal vez lo que funciona en un entorno no se puede aplicar en otro, o que probablemente "idealizamos la situación del jardín del vecino". El ejemplo típico de esta admiración extralógica (usando también un término acuñado por el mismo Tarde), sería el denominado "sueño americano".

Es probable entonces que la democracia ateniense tuviera sus fallas y que no tuviera las cualidades que le atribuimos en la actualidad y sobre la cual queremos fincar nuestras actuales situaciones, y también es probable que la percepción que tenemos sobre las cualidades de las sociedades modernas sea una ilusión, dado que esas características corresponden solamente para unas cuantas sociedades, que no constituyen la mayoría y que no pueden caracterizar al promedio.

En este sentido pienso que la modernidad actual se integra de sociedades de características muy diversas, donde la democracia es apenas una de las cualidades que se pretenden consolidar. Pienso, provisionalmente en tres criterios fundamentales para poder hacer un catálogo muy discreto (por sus alcances):

- Democracia
- Laicismo
- Pluralismo

Por democracia, entenderemos un régimen en el cual las decisiones más importantes para la mayoría de la población se toman considerando la opinión y las propuestas de la misma, ya sea de una manera directa o preferentemente a través de sus representantes y donde además, se respeta el disenso.[7]

---

[7] Admito la gran dificultad para definir a la democracia bajo una mirada contemporánea, la idea de la democracia como el gobierno del pueblo, procedente de la antigüedad clásica, resulta insuficiente a todas luces para ser aplicado en la época contemporánea. Dice Gerardo Blas Segura: "cabe resaltar la opinión de Locke, quién pensaba que el derecho de la mayoría se debe insertar en un sistema constitucional que lo discipline y controle… La regla de la mayoría es un mecanismo de operación, pero se considera fundamental el respeto a las minorías



12-López Durán-RevFac264.indd 397 06/01/16 1:09 p.m.

Por laicismo debemos comprender la "Doctrina que defiende la independencia del hombre o de la sociedad, y más particularmente del Estado, respecto de cualquier organización o confesión religiosa".[8]

Resulta importante pensar en que las sociedades modernas "deben ser laicas" para evitar que los ciudadanos se encuentren a salvo de las pasiones que suscitan las discusiones en torno de lo divino. Lo cual debería ser innecesario, puesto que gran parte de las doctrinas religiosas, especialmente las monoteístas vigentes, tienen entre los valores que predican la tolerancia y el amor (ya sea al prójimo per se o como un mecanismo para acceder a un premio trascendental) y entonces ello haría innecesario establecer mecanismos sociopolíticos que garanticen la libertad de culto; sin embargo, ello no es así.

A diferencia de la sociedad ateniense antigua, en la cual, una parte muy importante de la vida cotidiana estaba dominada por los dioses, por el culto y por las evidentes restricciones que implican a la vida humana y por supuesto a la posibilidad de expresarse (Luri Medrano menciona la expresión isegoría como la libertad de expresión que tenían, concretamente los atenienses, para garantizar que sus opiniones fueran respetadas), en las sociedades modernas debe-

---

y, por tanto, al individuo y su esfera privada. En este rubro salta el asunto de la igualdad, que para Rousseau es un valor que debe buscarse y alcanzarse pero sólo en el sentido de que "ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse" (*cf.* Gerardo BLAS SEGURA "La antigua y la nueva democracia. Reflexiones en torno a El contrato social y la democracia liberal", en REVISTA DIGITAL RAZÓN Y PALABRA, octubre de 2002, disponible en http://www.razonypalabra.org.mx/fcys/2002/octubre.html) . Esto nos lleva a un tema largamente ignorado en las democracias modernas, especialmente en aquellas que se pretenden consolidar en los países que son calificados como "subdesarrollados" o que en la terminología de Tilman Evers, corresponden a los "estados de la periferia capitalista": la igualdad o la homogeneidad de carácter socioeconómico como base elemental para la vida democrática, esto es una hipótesis de trabajo que parecería constituir un factor importante: "a mayor homogeneidad socioeconómica, una mayor probabilidad de que la democracia sea efectiva en una sociedad".

[8] Laicismo: http://lema.rae.es/drae/?val=laicismo



12-López Durán-RevFac264.indd 398 06/01/16 1:09 p.m.

ría predominar un carácter laico que garantiza por un lado la libertad de culto, pero primordialmente, el hecho de que el gobierno no tome partido por alguna de las creencias y que alguna de los credos o mejor dichos de los practicantes de algún culto determinado se sienta con la legitimidad suficiente para perseguir a los demás. O de una manera un tanto mixta, que no tome partido por ninguno de los cultos religiosos, que no lo asuma como religión de estado y que no permite que ninguna de las creencias religiosas se imponga sobre las demás ni que rebase el ámbito estrictamente personal al cual aluden la mayoría de las sociedades que se reputan como laicas, ello incluye evitar que la libertad de culto sea conculcada por cualquiera de las creencias, sea la mayoritaria o sea una minoría que se escude en esa condición como pretexto para que las demás deban soportan ciertas manifestaciones que pudieran rayar en la intolerancia.

El hecho es que en muchos de los países que conforman la comunidad mundial, hay un peso muy importante de las estructuras eclesiásticas de diverso culto, en algunas es mayor, en otras menor; pero que tratan de gestionar sus intereses en los gobiernos o en ocasiones de convertirse abiertamente en gobierno y una de las formas más importantes para hacerlo es a través del control o influencia en el pensamiento de los miembros de la sociedad.

Uno de los pretextos recurrentes para tratar de defender sus posiciones de poder, se tiene a partir de la defensa de intereses muy específicos, por ejemplo, a través de la defensa de valores religiosos, con los cuales se pretende imponer una determinada perspectiva de vida. Como ejemplo, en nuestro país, recientemente se organizó una magna manifestación en la ciudad de Chihuahua llamando a la defensa de la familia "tradicional", constituida por hombre y mujer como padres, y en abierta oposición a la legalización de los matrimonios entre homosexuales:

> Ciudad Juárez, Chih. Cientos de personas se manifestaron ayer en favor de la "familia tradicional", acto que denominaron Todos somos uno, por los niños, y exigieron a los diputados estatales no



12-López Durán-RevFac264.indd 399 06/01/16 1:09 p.m.

> aprobar los matrimonios homosexuales en el estado, aunque sea orden de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Partieron del parque Borunda a la plaza de armas y luego a la catedral, donde la mayoría se integraron a una misa. Miguel Ángel Bernal, uno de los organizadores, dijo que "Chihuahua es uno de los 20 estados que participan actualmente en el movimiento en defensa de la familia tradicional".[9]

En una sociedad laica, la aprobación de los matrimonios entre personas del mismo sexo implicaría a lo sumo, una discusión mesurada para llevar a cabo las reformas correspondientes en el nivel jurídico. Sin embargo, en una sociedad donde el laicismo no se encuentra plenamente consolidado y donde las estructuras religiosas se sienten amenazadas por reformas normativas que atentan contra sus valores e intereses, es posible que las mismas estructuras reacciones tratando de presionar la opinión pública en un determinado sentido.

En una misma sociedad, donde la separación entre la iglesia y el estado tiene más de un siglo de haber sido implementada, con una gran dificultad mediados del siglo XIX dado que:

> A pesar de que sus disposiciones con respecto a las relaciones con la iglesia eran moderadas, la omisión de la obligatoriedad de la religión católica y la abolición de los fueros provocaron que el papa Pío IX la condenara y que las autoridades eclesiásticas mexicanas se negaran a administrar los sacramentos a quienes las juraran. Esto provocó una gran conmoción entre la sociedad.[10]

Las leyes de Reforma impulsadas en el gobierno de Benito Juárez en el segundo tercio del siglo XIX y que fueron motivo de conflictos internos muy fuertes e incluso, uno de los factores que propiciaron

---

[9] "Marchan contra bodas gays en Chihuahua", *La Jornada*, 26 de julio de 2015, disponible en http://www.jornada.unam.mx/2015/07/26/estados/025n4est

[10] "Las Leyes de reforma. Antecedentes", Museo de las Constituciones, UNAM, disponible en: http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page9/page9.html



12-López Durán-RevFac264.indd 400 06/01/16 1:09 p.m.

la intervención extranjera y el efímero imperio de Maximiliano, significaron una recepción diferenciada del laicismo en nuestro país, al grado que aún en la actualidad, hay lugares donde el peso de la opinión eclesiástica es muy fuerte en las sociedades locales.

No hacemos referencia a sociedades en las cuales la vida se encuentra dominada por las estructuras religiosas y que dan lugar a una represión feroz en contra de los individuos que no respeten las restricciones a la conducta o a la expresión oral y escrita que se imponen desde la interpretación religiosa. El ejemplo más significativo de estos hechos tiene lugar en los países donde predomina el fundamentalismo musulmán, en los cuales se imponen costumbres, ritos y vestimentas que no siempre son asumidos por la mayoría de la población[11], un ejemplo se dio en Siria, país que sufre actualmente el acoso del denominado Estado Islámico, movimiento que ha ocupado una porción importante del territorio nacional con el fin de implantar un estado musulmán fundamentalista:

> El grupo terrorista Estado Islámico (EI) ha crucificado a cinco personas en el noreste de Siria por no cumplir el ayuno del mes sagrado musulmán de ramadán, informó hoy a Efe el director del Observatorio Sirio de Derechos Humanos, Rami Abderrahman.
>
> El activista señaló por teléfono que las víctimas fueron asesinadas ayer en la ciudad de Al Mayadín, donde fueron colgadas en una verja de un cuartel de la "hisba", cuerpo parapolicial del EI, con un

[11] En julio de 2015 ocurrió un incidente en Francia, que podría ser calificado como frívolo, pero que revela potencialmente un alto grado de intolerancia cultural: una joven francesa de 21 años que tomaba el sol en bikini en un parque Leó Lagrange en Reims, fue agredida por un grupo de mujeres, luego de que la tacharon de "inmoral" por "exhibir" su cuerpo, posteriormente se reveló posteriormente que las atacantes eran musulmanas. *Cfr.* "Una joven francesa es golpeada por estar en bikini en un parque de Reims", Diario ABC, 28 de julio de 2015, disponible http://www.abc.es/internacional/20150728/abci-paliza-mujer-bikini-201507281651.html.



12-López Durán-RevFac264.indd 401 06/01/16 1:09 p.m.

> cartel en el cuello que decía "se les crucifica todo el día y se les azota con 70 latigazos por romper el ayuno del Ramadán"[12]

Esta es simplemente una muestra de la fragilidad del laicismo como una directiva de la conducta humana a partir de la cual el gobierno asume una posición neutra de respeto a las creencias religiosas y evita que alguna de ellos trate de imponer sus valores sobre la sociedad.

En suma, si pensamos que en las sociedades modernas o contemporáneas estaríamos a salvo de llevar a cabo una conducta tan aberrante como la cometida por los conciudadanos de Sócrates, es preciso que veamos con una mirada mucho más critica a nuestras propias comunidades e incluso a las que suponemos como el referente para construir a las nuestras.

Es necesario entonces establecer determinados matices en las sociedades contemporáneas y dentro de un mismo país, será necesario establecer deslindes de carácter temporal o de corte territorial, especialmente en los estados de la periferia capitalista, cuyos rasgos característicos fundamentales, de acuerdo con Tilman Evers son la dependencia económica y la heterogeneidad estructural[13], existirá la posibilidad de que haya una gran diversidad cultural y ello nos conduce directamente al pluralismo.

El pluralismo se puede definir como:

> […] aquella ideología o modelo de organización social que afirma la posibilidad de convivir armoniosamente en sociedades grupos o comunidades étnica, cultural, religiosa o lingüísticamente diferentes. El pluralismo cultural valora positivamente la diversidad sociocultural y toma como punto de partida que ningún grupo tiene

---

[12] "Estado islámico crucifica a 5 personas por no cumplir con el ayuno de ramadán", Mundo, noticias, 30 de julio de 2015, disponible en http://www.noticel.com/noticia/177628/estado-islamico-crucifica-a-5-personas-por-no-cumplir-ayuno-de-ramadan.html

[13] EVERS, Tilman, *El Estado en la periferia capitalista,* México, Siglo XXI, 2ª ed., 1981, p. 18.



12-López Durán-RevFac264.indd 402 06/01/16 1:09 p.m.

> porqué perder su cultura o identidad propia. En el modelo pluralista de sociedad la diversidad existente no desaparece sino que se mantiene, se recrea. No desaparece ni por adquisición de la cultura dominante y abandono de la original. Se fomenta la práctica de las tradiciones etnoculturales, se buscan vías para que la gente se entienda e interactúe, se basen en el respeto a las diferencias, se hace hincapié en la interacción de los grupos étnicos y en su contribución al país; se asume, en definitiva, que cada grupo tiene algo que ofrecer y que aprender de los otros.[14]

Es posible pensar que hay agrupaciones humanas en las cuales existe una gran homogenidad o unicidad, que serían los conceptos contrarios al pluralismo cultural. La homogeneidad, potencialmente podría suponer la existencia de un idioma o lenguaje común, de un credo religioso que también es común, de un conjunto de tradiciones y reconocimientos que permiten identificarse a los integrantes del grupo como uno diferente a otros que hay en el entorno o en las cercanías, y en la actualidad, podemos hablar de la existencia de una igualdad, especialmente de carácter económico que permite acceder a una cantidad de satisfactores muy similares.

Hay una circunstancia que podría considerarse como un factor homogenizador, no solamente a nivel mundial[15], entre sociedades

[14] "Pluralismo" en http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/fichaphp?entidad=Terminos&id=678

[15] Huntington discute sobre el tema de la civilización y las civilizaciones, cuya diferencia no se establece simplemente entre el singular del primer concepto y el plural del segundo, aunque en el fondo se hablen de lo mismo. Hace referencia a las tesis monistas y excluyentes en el primer sentido, esto es, la civilización es única y o se pertenece a dicha categoría o no se pertenece a la misma y para poder determinar si una formación humana es o no civilizada, el propio Huntington menciona a diversas tesis alemanas del siglo XIX que tomaban en cuenta una serie de elementos para suponer la existencia o no de la civilización. Respecto de hablar de civilizaciones, esto es, usar el sentido en plural, se parte del reconocimiento de diversas formas humanas que sin tener características similares, merecen el reconocimiento como entidades con cualidades propias aunque diferentes entre sí. En el primer caso, las potencias europeas del siglo XIX, so pretexto de tener la primacía para determinar y para medir bajo su pro-



12-López Durán-RevFac264.indd 403 06/01/16 1:09 p.m.

desarrolladas con una tradición occidental y cristiana. sino también en el seno de las sociedades pertenecientes a la esfera de los estados de la periferia capitalista y este consiste en la emergencia y en la consolidación de una gran clase media mundial, que abreva de los valores occidentales, entre los cuales se encuentra por supuesto el seguir una tradición de corte judeo-cristiano (en el ámbito moral-religioso) y una tradición greco-latina (en el ámbito cultural).

Hay dos factores decepcionantes a esta tendencia que pudo ser el núcleo de entendimiento mundial, independientemente de las fronteras y de las conformaciones locales:

a) Que la denominada clase media se encuentra económicamente en retroceso, de tal manera que el acceso a satisfactores

---

pio rasero al resto de las sociedades, determinaban si un país era merecedor o no del adjetivo de civilizada y de ello derivaba un trato determinado (cf. Al respecto Huntington, Samuel. El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial, trad. José Pedroza Tosaus Abadías, Paidós, Buenos Aires, 2001, pp 30 y ss). Extendiendo un poco la idea de Huntington, ese concepto de civilización era al mismo tiempo un criterio de exclusión, que fue un pretexto para poder imponer, desde la perspectiva europea y teniendo como base la primacía tecnológica, especialmente en armas, un modelo religioso, ideológico y económico a muchos países que estaban en camino de desarrollar sus propios modelos.

Samuel Huntington asume el segundo de los modelos, reconoce que hay diversos caminos en los pueblos del mundo y que debería existir en primer lugar el reconocimiento de la diversidad y la posibilidad de establecer pautas de convivencia. Señala este autor que: "Tanto «civilización» como «cultura» hacen referencia a la forma global de vida de un pueblo, y una civilización es una cultura con mayúsculas. Ambas contienen «valores, normas, instituciones y formas de pensamiento a las que sucesivas generaciones dentro de una sociedad dada han atribuido una importancia fundamental»" (cf. Huntington, loc. Cit., p. 34) desde esa perspectiva se puede estructurar un reconocimiento de la diversidad de las culturas en el mundo.

No es el momento de hacer una valoración del texto de Huntington, dado que por nuestra procedencia cultural es probable que la misma no sea la más favorable, solamente cabe destacar el hecho de que aún, en el ámbito académico estadounidense se reconoce el pluralismo cultural, la posible relatividad de los juicios de valor y la temporalidad que tiene la interpretación de eventos históricos, hecho que se puede aplicar, sin duda, a la muerte de Sócrates.



12-López Durán-RevFac264.indd 404 06/01/16 1:09 p.m.

económicos y a los elementos culturales podría estar cada vez más restringido a grupos minoritarios;

b) Que la escasa identidad cultural que se logra en occidente y especialmente en países de América Latina y poco menos en África y en Asia, se conforma a partir de la difusión del "sueño americano". Impulsado especialmente a través de los medios de comunicación, cine y televisión. Y los esquemas que en él se divulgan, poco tienen que ver con la tradición cultural grecolatina.

De tal manera que la valoración del evento "Sócrates" probablemente no sea la mejor, sino simplemente se hará con los criterios del sueño americano.

Regresando a los estados de la periferia capitalista, donde las formaciones culturales son profundamente heterogéneas y diversas, de tal manera que las opiniones o las percepciones respecto de diversos temas, entre ellos, el de la justicia, el de lo correcto y lo incorrecto y el de lo permitido y lo que no debería de permitirse, no es uniforme. Esto tiene como consecuencia que la posibilidad de emitir un juicio categórico respecto del evento socrático es muy escaso.

## 1. Errores de la democracia

Más que hablar de los errores de la democracia, tratando de atribuirle a una forma de organización política (o ideal de una organización política) un carácter de persona o de ente, deberíamos hablar de los errores que se pueden suscitar en el entorno de las democracias.

La democracia no es la panacea para resolver los problemas de las sociedades, es en ocasiones una simple forma de organizar las elecciones, de pensar que las diferentes fórmulas de la representación política tienen la posibilidad de dotar de voz, de opinión a la mayor parte de población y en ocasiones, es hasta un engaño o un pretexto para que un régimen pueda legitimarse frente a la comuni-



12-López Durán-RevFac264.indd 405 06/01/16 1:09 p.m.

dad internacional o mejor dicho, frente a aquellos países que dan el aval a las naciones de reciente ingreso con el propósito de que sean en un futuro inmediato sujetos de crédito internacional.

Falló la democracia ateniense al condenar a muerte a Sócrates, al más virtuoso de los ciudadanos atenienses[16], que fue varias veces al combate para defender a su ciudad. Falló la democracia ateniense porque no pudo establecer los mecanismo suficientes para poder frenar la sed de venganza de un grupo de ciudadanos que se sentían ofendidos con las acciones y hasta con la presencia del anciano que paraba a la gente en la calle y en las plazas para enseñarle que sabían más de lo que sospechaban o menos de lo que pretendían saber por su posición en el grupo social.

En la actualidad puede suceder algo similar, las democracias pueden derivar en monumentales errores que seguramente repercutirán de manera negativa en quienes tomaron la decisión errónea, pero seguramente afectarán a los miembros mayoritarios de la sociedad, a los que llevan sobre sus hombros la responsabilidad de mantener la economía y la vida de la sociedad.

También podemos plantear el hecho de las denominadas democracias emergentes, entendiendo por éstas, a los regímenes democráticos de reciente cuño, que provienen de mecanismos de dominación, principalmente autoritario, que fueron en el pasado colonias o países sometidos parcialmente a otros (por ejemplo, protectorados) y que no tienen una tradición de participación ciudadana.

En esas democracias emergentes, que se acomodan a la estructura formal de las democracias ya consolidadas, es probable que tengan la apariencia, pero ni la esencia de aquellas. Por ejemplo, en las democracias consolidadas no hay un ejercicio directo, sino que se da a través del proceso de representación y la vía más común es a

---

[16] *Cfr.* JENOFONTE, *op., cit.*, p. 58: "En efecto, Querofonte un día fue al oráculo de Delfos a preguntarle acerca de mí (el autor pone estas palabras en boca de Sócrates) y, en presencia de muchos testigos, Apolo le respondió que ningún hombre era ni más liberal, ni más justo, ni más sensato que yo".



12-López Durán-RevFac264.indd 406 06/01/16 1:09 p.m.

través de partidos políticos organizados, ya sea en forma de cuadros o de masas; los partidos políticos participan en las elecciones postulando candidatos que ofertan en una plataforma la ideología y las propuestas de los diferentes partidos políticos, ya sean de derecha, de centro de izquierda.

En teoría, los partidos políticos representan diferentes tendencias y opciones y cada uno de ellos realiza acciones que concuerdan con su orientación abiertamente publicitada.

En su ideología y declaración de principios, los partidos políticos postulan una serie de valores y señalan la defensa de un conjunto de intereses de grupo, en ocasiones, lo hacen abiertamente, presentándose como la opción de la clase obrera y campesina o solamente de una de ellas, en otras ocasiones se presentan como los garantes de los intereses de las clases medias y muy pocas veces, manifiestan su apego por los intereses de las clases económicamente poderosas.

Puede ser que en ocasiones, algunos partidos de corte empresarial o de clases privilegiadas traten de atraer el voto popular ostentándose como opciones "ciudadanas" o neutras, en un intento por descalificar a los que "constituye un peligro para el país" y entonces matizan su mensaje de tal forma que parezca tener un contenido amplio, cuando en realidad sus medidas económicas o políticas, por los general solamente benefician a una porción muy focalizada del electorado.

En ese contexto un individuo o un ciudadano, que sea congruente consigo mismo y que pretende que los demás asuman y cumplan los valores que están manifestando, especialmente en el ámbito político, por supuesto que puede constituirse en un factor de disrupción, de disfuncionalidad.

Para que un ciudadano de ese tipo no cause rupturas en el tejido de poder, es necesario que el grupo que se encuentra en el poder, sea congruente con los valores que encarna, de lo contrario causará malestar y por ende, o podrá ser un motivo constante de sobresaltos



12-López Durán-RevFac264.indd 407 06/01/16 1:09 p.m.

en el sistema o deberá ser eliminado bajo cualquier circunstancia y con cualquier pretexto.

Es necesario por supuesto, que el ciudadano tenga determinada relevancia en la sociedad, un simple anciano ágrafo, charlatán y de escasa fortuna, es muy poco probable que cause desasosiego en el grupo en el poder, de tal forma que lo puedan considerar como un peligro para la propia polis, comunidad o sociedad.

Sócrates tenía un peso muy importante en la sociedad ateniense, por eso se convirtió en un peligro para el grupo en el poder, para el grupo que en ese momento detentaba y podía imponer su voluntad sobre el resto de los miembros de la sociedad.

El caso emblemático (o que por obvias razones) nos interesa, es México, un país cuyo perfil es el de una economía en vías de desarrollo o subdesarrollado (aunque en ocasiones es calificado como una potencia intermedia); con una democracia denominada emergente y en proceso de consolidación, dado que sale de un periodo de autoritarismo presidencialista con un partido hegemónico durante más de setenta años y en el cual hubo un periodo de alternancia de doce años, durante los cuales estuvo en el frente del poder ejecutivo federal, un miembro de un partido de oposición, pero que no implicó un cambio significativo en la tendencia de las políticas públicas.

Lo importante de resaltar es que existe un grupo político diferente al resto de la población, que potencialmente se puede identificar casi como una casta que ha estado en el gobierno o que ha ocupado cargos muy importantes y que tiene escasa permeabilidad respecto del resto de los sectores de la población. Esto quiere decir que muy pocos de los habitantes comunes y corrientes o provenientes de las clases bajas pueden llegar a ocupar los cargos públicos más altos o que si fuere el caso, generalmente terminan formando alianza con los políticos de viejo cuño[17] o de una larga tradición familiar de

[17] Esta alianza de los nuevos grupos con los viejos grupos de poder, que tal vez ya ni siquiera tienen un fuerte poder económico pero que sí tienen la legitimidad que da (o se pretende que dé) el rancio abolengo, puede expresarse en el fenómeno



12-López Durán-RevFac264.indd 408 06/01/16 1:09 p.m.

poder, que muy probablemente no ejercen directamente el poder, pero sí pueden gestionar de una manera mucho más fácil y hábil sus intereses frente a los gobernantes.

## v. Epílogo: Sócrates en México

¿Cual habría sido la suerte de Sócrates en nuestro país? Ya hemos hecho una muy breve descripción de los grandes rasgos que caracterizan a nuestro país en el apartado anterior, seguramente habría corrido la misma suerte que corrió en la sociedad ateniense de hace dos mil quinientos años, sin embargo, habrá que situar en un contexto debido a la inserción de Sócrates en el escenario mexicano.

En este juego, en este ejercicio mental, hay que partir de una premisa para poder seguir adelante: debemos obviar el hecho de que infancia es destino y entonces, debemos pensar que a pesar de que Sócrates es griego, al momento de trasladarlo a nuestro país, va a seguir pensando como ateniense y no lo va a hacer como un mexicano, en cuyo caso, probablemente habría procedido de una manera muy diferente.

Entonces nuestro Sócrates sigue siendo Sócrates y no un mexicano que es un simil de Sócrates. Es un anciano que llega de pronto a un lugar que le resulta más o menos familiar, concedamos incluso el hecho de que habla un fluido español, probablemente hasta elegante para los estándares del hablante urbano promedio y que tiene además, el gusto de iniciar conversaciones con los demás.

Si situamos a Sócrates en una gran ciudad, como correspondería en un contexto similar al de Atenas, podríamos ubicarlo en la ciudad de México, deambulando aquí y allá, por sus calles y escasas plazas, por los camellones donde aún se puede transitar y

---

del gatorpardismo, esto es el cambio de las cosas para que todo siga igual, el cambio de las leyes, en ocasiones reformas que parecen fundamentales para que se sigan manteniendo los privilegios de grupo. Respecto al gatopardismo, dice:



12-López Durán-RevFac264.indd 409 06/01/16 1:09 p.m.

que no han sido aniquilados por la urbanización y los ejes viales o rutas de metrobuses.

Es posible que nuestro Sócrates pudiera entablar una conversación más allá de lo común con el resto de los ciudadanos, la prisa de éstos no permitiría que cruzaran más de tres o cuatro frases.

Hola, cómo está?

Errrr bien, ¿me habla a mí?

Si, creo verle buen semblante, sobrevive muy bien a esta atribulada polis de viandantes que corren a toda prisa de un lugar a otro.

Ehhh si claro, perdón pero ya voy retrasado y tengo que correr para subirme al pesero… ¿la que? No jamás he pensado en la virtud, no he comido en ese lugar ¿está en la condesa? ¿o por el lado de Polanco?

Es probable que después de varias oportunidades de entablar un diálogo con los transeúntes, decida que es mejor buscar otro espacio, aunque probablemente se sienta desconcertado porque, a diferencia de Atenas, en la ciudad de México, la calle y la plaza no es el mejor lugar para poder platicar.

La oportunidad de socializar con una joven es también improbable, especialmente por el aspecto que tendría nuestro Sócrates, suponiendo que trasladamos su aspecto a la época actual, pensemos en primer lugar en un sujeto enfundado en una túnica raída y sucia, descalzo y obviamente con los pies sucios. Es improbable que cualquiera de las jóvenes se dignara siquiera en contestarle.

Si modificamos el atuendo, ajustándolo a las circunstancias del entorno aunque se conserve la esencia del mismo, podemos pensar en un vagabundo regordete y calvo, con muy escasos cabellos blancos, vestido con un saco probablemente de color indefinido, quizá gris banqueta con algunas antiguas manchas de humedad sobre los hombros y para variar, descalzo o con unos tenis cuyo color se confundiría también con el gris de la banqueta.



12-López Durán-RevFac264.indd 410 06/01/16 1:09 p.m.

Lo más seguro es que cualquier ama de casa, con su bolsa de verduras huya aterrada por su presencia, pensando que probablemente le quiere hacer una proposición indecorosa.

Nuestro Sócrates tal vez encontraría más dignos interlocutores entre los desempleados o los vagabundos, que han perdido la fe y la confianza en la cordura del resto de la gente para quienes son invisibles y en ellos tal vez encontraría la sabiduría que nosotros nos negamos en reconocerles… un grado académico no garantiza la sabiduría, la cual tampoco se puede comprar aunque se paguen cursos muy caros de relaciones humanas o de superación personal.

## VI. Recomendaciones en el ámbito educativo

A manera de reflexión final en torno del evento de Sócrates y aplicable preferentemente en el espacio educativo, quiero someter a consideración tres argumentos en torno de la importancia de abordar en clase el tema de la muerte de Sócrates, en enfocaré específicamente en la enseñanza del derecho:

Frente a la duda de que el evento socrático haya tenido la intención expresada por los discípulos, amigos y seguidores del propio Sócrates, tenemos al menos dos actitudes que podemos asumir: el negar rotundamente que haya ocurrido, dado que no es posible que exista o existiera alguien tan estúpido que se deje matar en aras de sus propias convicciones; o asumir que si existió Sócrates y que sí murió, especialmente de la manera es que ha sido descrito en el Fedón… y si asumimos cualesquiera de las dos posiciones desde la docencia, hay que ser consistentes con ellas mismas, esto es, plantearlas como ejemplo de conducta que pudieran asumirse ya fuera en la vida profesional o en la cotidiana.

Considero que negar la existencia de Sócrates nos coloca en el callejón sin salida de negar la posibilidad de establecer un ideal de comportamiento alto, nos dejaría en la posibilidad de justificar las debilidades humanas, simplemente porque no ha habido nunca,



12-López Durán-RevFac264.indd 411 06/01/16 1:09 p.m.

ningún ser humano, por ejemplo, que sacrifique su vida en aras de un ideal o de una directiva que se ha impuesto a sí mismo.

Es muy importante analiza y valorar lo que hemos denominado como "evento socrático" en el salón de clase, específicamente en la formación de las nuevas generaciones de licenciados en derecho, porque es necesario recuperar la reflexión axiológico en torno de la importancia y la trascendencia que tienen las decisiones que se toman en la vida, aunque en ocasiones aquellas sean dolorosas o hasta trágicas.

El análisis del dilema entre la coherencia personal y el respeto a la ley, es importante para los alumnos que se forman en el estudio de las diferentes perspectivas teóricas y filosóficas del derecho, las respuestas que se pueden dar desde cada una de ellas, como se puede observar es muy diferente y ello, potencialmente podría enriquecer la visión del alumno.

Desde el ángulo de la axiología y la ética del derecho, es interesante analizar, igualmente, desde diferentes posiciones doctrinales, las consecuencias del evento socrático, menciono por lo menos dos posibilidades de abordaje: desde un relativismo ético, en el cual se considere la variabilidad de los criterios para analizar las consecuencias de las conductas humanas y los factores que influyeron en su realización, o desde un enfoque absoluto, que presuma la inmanente bondad o importancia de los actos, sin hacer concesiones de corte cultural o contextual.

Sociológicamente, el análisis de las conductas concretas individuales y del contexto social en el cual se desarrollan las mismas, en la interacción con otros individuos, pero especialmente con los grupos sociales que integran a una estructura social, el evento referido da material de estudio y de reflexión colectiva para analizar la importancia de los grupos dominantes sobre el resto de la sociedad y cómo pueden, en ocasiones, flexibilizar el contenido de la ley para poder lograr sus objetivos.



12-López Durán-RevFac264.indd 412 06/01/16 1:09 p.m.

Desde un enfoque crítico, se puede plantear cómo se puede hacer uso de la ley para favorecer los intereses personales o de grupo social o fracción de grupo.

Son pues variadas las formas en que puede utilizar el denominado evento, incluso solamente como una herramienta de sensibilización sobre la importancia de la cultura y de los grandes relatos que en ocasiones llegan a ser fundacionales, tengamos o no plena certeza de que fueron como se ha contado o que posean lagunas o detalles de oscuridad.

## VII. Obras referenciadas

Evers, Tilman, *El Estado en la periferia capitalista,* 2ª ed., México, Siglo XXI, 1981, p. 18.

Huntington, Samuel, *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, trad. José Pedroza Tosaus Abadías, Buenos Aires, Paidós, 2001, pp 30 y ss.

Jenofonte, *Apología. Banquete. Recuerdos de Sócrates*, trad. José Antonio Caballero López, Madrid, Alianza Editorial, Clásicos de Grecia y Roma, 2009, p. 56.

Luri Medrado, Gregorio, *El proceso de Sócrates*, Madrid, Trotta, 1998, p. 9.

Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*, 25ª ed., Porrúa, México, 2011, pp 17 y ss.

"Atenas: democracia e instituciones", disponible en http://www.historialuniversal.com/2009/07/democracia-atenas-grecia-asamblea-boule.html

Gerardo Blas Segura "La antigua y la nueva democracia. Reflexiones en torno a El contrato social y la democracia liberal", revista digital Razón y Palabra, octubre de 2002, disponible en http://www.razonypalabra.org.mx/fcys/2002/octubre.html

Laicismo: http://lema.rae.es/drae/?val=laicismo



12-López Durán-RevFac264.indd 413 06/01/16 1:09 p.m.

"MARCHAN CONTRA BODAS GAYS EN CHIHUAHUA", La Jornada, 26 de julio de 2015, disponible en http://www.jornada.unam.mx/2015/07/26/estados/025n4est

LAS LEYES DE REFORMA. ANTECEDENTES, Museo de las constituciones, UNAM, disponible en http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page9/page9.html

"UNA JOVEN FRANCESA ES GOLPEADA POR ESTAR EN BIKINI EN UN PARQUE DE REIMS", Diario ABC, 28 de julio de 2015, disponible http://www.abc.es/internacional/20150728/abci-paliza-mujer-bikini-201507281651.html.

"ESTADO ISLÁMICO CRUCIFICA A 5 PERSONAS POR NO CUMPLIR CON EL AYUNO DE RAMADÁN", Mundo, noticias, 30 de julio de 2015, disponible en http://www.noticel.com/noticia/177628/estado-islamico-crucifica-a-5-personas-por-no-cumplir-ayuno-de-ramadan.html

"PLURALISMO" en http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Terminos&id=678



12-López Durán-RevFac264.indd 414 06/01/16 1:09 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# Los estímulos fiscales: mecanismo para la equidad de género

## Fiscal stimulus: mechanism for gender equality

Margarita Palomino Guerrero[1]

Resumen: La redistribución de la riqueza es una premisa fundamental para lograr la igualdad, misma que se materializa respetando no sólo el mínimo existencial, sino atendiendo a la condición individual del contribuyente. En este sentido, para generar una perspectiva de género en la política fiscal, la autora propone incorporar un estímulo fiscal para quienes implementen acciones encaminadas a fortalecer y ampliar guarderías y escuelas con horarios ampliados, que permitan la compatibilidad entre la jornada laboral y el horario de atención en la educación de los hijos.

Palabras clave: *Género, Igualdad, Trasnversalidad, Mínimo vital, Deducciones personales; Estímulo fiscal.*

Abstract: The redistribution of wealth is fundamental to achieving equality premise that materializes itself in response to the individual condition of the taxpayer. In this regard, to generate a gender perspective in fiscal policy, the author proposes to incorporate a tax incentive for those who implement actions to strengthen and expand kindergartens and schools with extended hours, that allows compatibility between working hours and hours of child care.

Keywords: *Gender; Equality; Mainstreaming; Subsistence level; Fiscal stimulus.*

Sumario: I. Introducción. II. La igualdad. III. La perspectiva de género. A) La violencia y discriminación a la mujer. IV. Marco normativo de las políticas públicas con perspectiva de género. V. La política fiscal desde la perspectiva de género. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de información.

[1] Doctora en Derecho y Directora del Seminario de Derecho Fiscal y Finanzas Públicas de la Facultad de Derecho de la UNAM.

13-Palomino-RevFac264.indd 415 05/01/16 1:54 p.m.

## 1. Introducción

La redistribución de la riqueza es, sin duda, una premisa fundamental para lograr la igualdad, misma que se materializa con la participación de todos los actores sociales y con un marco normativo claro y justo, que permita ingresos para el Estado, respetando no sólo el mínimo existencial, sino además atendiendo a la condición individual del contribuyente, bajo una óptica de crecimiento económico y apertura al mercado de oportunidades y desarrollo para hombres y mujeres.

Si la desigualdad del ingreso se genera en el mercado laboral y los salarios son el vínculo que enlaza y fortalece a estas asimetrías, y al analizarse los resultados de productividad encontramos que hay una incidencia de los niveles educativos respecto de la mano de obra no calificada, que a su vez es un factor que impacta en los ingresos y, por ende, en la calidad de vida de sus familias,es necesario romper con ese círculo vicioso que se ha generado, por lo que la forma de transformarlo en un círculo virtuoso es a partir de adecuar la oferta laboral a las demandas del mercado, lo que implica igualar las oportunidades de desarrollo, de capacidades y de acceso al mercado laboral.

De esta manera, es necesario nuevos esquemas de participación que detonen el desarrollo, pero no sólo responsabilizando al Estado de esta tarea, porque si lo concebimos así tenemos asegurado el fracaso, sino que es imprescindible involucrar a la sociedad en su conjunto, ya que no sólo es cambiar un paradigma o estereotipo, es generar una cultura de la igualdad en la igualdad.

Así, implementar políticas públicas con efecto redistributivo en congruencia con el contexto social es fundamental, porque no podemos negar que lamentablemente nuestro país presenta falta de articulación en alguno de sus programas, al grado de que en ocasiones se obstaculizan entre sí.



13-Palomino-RevFac264.indd 416 05/01/16 1:54 p.m.

A la luz de nuestra Carta Magna, de los acuerdos internacionales que México ha signado y, en particular, de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, proponemos, para generar una perspectiva de género en la política fiscal, incorporar un estímulo fiscal para quienes implementen acciones encaminadas a fortalecer y ampliar guarderías y escuelas con horarios ampliados, que permitan la compatibilidad entre la jornada laboral y el horario de atención en la educación de los hijos. Asimismo, consideramos que debe evolucionar el concepto de mínimo existencial al de mínimo familiar, es decir, valorar en lo individual la capacidad para contribuir después de haber satisfecho necesidades primordiales.

## II. La igualdad

En el Plan Nacional de Desarrollo 2013–2018 se establece que se deberán concentrar los esfuerzos en cinco metas nacionales para lograr un México: en paz, incluyente, con educación de calidad, próspero y con responsabilidad global. Lo anterior, a través de tres estrategias transversales, con la finalidad de democratizar la productividad, generar un gobierno cercano, moderno y con perspectiva de género; este último rubro destaca por ser históricamente el primer Plan Nacional de Desarrollo que lo contempla.[2]

Bajo este contexto, en todas las políticas públicas, programas y proyectos se deberá contemplar la perspectiva de género, con una visión de igualdad entre hombres y mujeres.

Al respecto, es preciso establecer que la igualdad no debe ser entendida como una repartición a ultranza, en donde todos tengan lo mismo sin tomar en consideración la realidad individual y social. La igualdad es un principio que proscribe la discriminación por razones de raza, lengua, preferencia sexual, religión, ideas políticas, género o cualquier otra que atente contra la dignidad humana,

[2] Diario Oficial de la Federación, *Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2018*, 20 de mayo de 2013.



13-Palomino-RevFac264.indd 417 05/01/16 1:54 p.m.

como se desprende del artículo 1, último párrafo, de nuestra Carta Magna.[3]

La igualdad, entonces, es un principio en donde podemos identificar la igualdad en la ley, ante la ley y por la ley. El primero implica que todos somos iguales ante el ordenamiento y, por tanto, la propia ley por sí misma no puede diversificar su eficacia entre los gobernados sujetos al mismo supuesto normativo, para hacerlo requeriría del mandato de otra norma que regule su alcance, y esto es perfectamente entendible, porque de lo contrario careceríamos de certeza jurídica.

En este orden de ideas, es el artículo 31, fracc. IV, Constitucional, el que contempla el principio de igualdad tributaria, por lo que la ley en esta materia no debe discriminar, afectar o beneficiar a los gobernados de manera indiscriminada, es decir,al buscarse la igualdad en la ley se limita al legislador a no establecer inequidades, excepciones o privilegios para algunos si su actuar encuadra en el supuesto normativo.

Por lo que cuando la ley hace distinciones concediendo derechos u obligaciones, sin que exista un elemento objetivo que lo justifique, el gobernado tiene como medio para garantizar su derecho el Juicio de Amparo o, en su caso, la acción de inconstitucionalidad. Pero cuando es el órgano que aplica la ley quien violenta lo que la propia ley establece, se constituye una ilegalidad y, por ende, una desigualdad ante la ley. Sin embargo, cuando los órganos encargados de la impartición de justicia no dan un trato igual a las partes, y es que no obstante que el Estado se constituya como actor o demandado, la igualdad entre el órgano de derecho público y el contribuyente se debe hacer valer, ya que el Estado no puede mantener en este caso

[3] Art. 1.- "[...]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" (CPEUM).



13-Palomino-RevFac264.indd 418 05/01/16 1:54 p.m.

una relación de poder, porque ambas partes son iguales frente a la ley.[4]

Así, el principio de igualdad en materia tributaria implica un trato similar a los iguales y diferente a los desiguales; sin embargo, esta valoración no debe quedar sólo en el ámbito cuantitativo, esto es, no es suficiente tomar como referente que dos sujetos, hombre y mujer, tienen los mismos ingresos para ser gravados de la misma forma, porque pueden y deben tener un trato diferenciado cuando sus condiciones personales y familiares lo justifiquen, es decir, el factor cualitativo resulta esencial, pero este trato desigual debe encontrar justificación en la clasificación de los contribuyentes, lo que permite que se distingan categorías, mismas que deben contener un elemento objetivo que explique la distinción y que en su conjunto respondan a fines económicos y sociales, o sea a una política fiscal o, incluso, a cuestiones extrafiscales.[5]

Por lo que la equidad debe ser entendida siguiendo el criterio de los ambientalistas, en dos vertientes: la horizontal y la vertical, es decir, todos somos iguales, pero puede haber categorías entre los mismos iguales que atiendan a régimen fiscal, condición social, entre otras.

## III. La perspectiva de género

Es innegable que históricamente se han asignado roles sociales distintos a los hombres y a las mujeres, alos hombres se les identifica

---

[4] *Cfr*. Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Argentina, Abeledo-Perrot, 2004, p. 318.

[5] "[…] mientras los medios tributarios utilizados por el Estado para obtener recursos –las contribuciones– deben tener un fin necesariamente fiscal –al cual, conforme a criterios jurisprudenciales, pueden adicionarse otros fines de índole extrafiscal–, los montos que generen las contribuciones y todos los demás ingresos del Estado apuntarán siempre hacia objetivos extrafiscales...". *Cfr.* 1a./J. 107/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Septiembre de 2011, p. 506.



13-Palomino-RevFac264.indd 419 05/01/16 1:54 p.m.

como los proveedores y a las mujeres como las encargadas de las labores del hogar y cuidado de los hijos. Sin embargo, esto ha cambiado, ya que la mujer se integra como jefa de familia y, además, tiene que desarrollar una actividad productiva, sin que el hombre se haga responsable de las tareas del hogar y/o educación de los hijos. Luego entonces, es evidente que se generan diferentes necesidades y preocupaciones en materia de salud, educación y nutrición para las mujeres, lo que además las limita en el acceso al mercado de oportunidades y, por ende, a tener mejores ingresos.Todo estohace necesario reorientar las causas que históricamente han pasado de ser problemas coyunturales a estructurales.

Además, la discriminación y la violencia que viven las mujeres limitan su desarrollo en condiciones de igualdad frente al varón, por lo que dentro de las estrategias que se plantean, está la transversalidad, es decir, abordar un problema desde diferentes perspectivas, como puede ser la social, económica y cultural, y en conjunto resolverlo; en donde los recursos económicos son indispensables, por lo que en la gestión pública deben aplicarse presupuestos[6] de diferentes rubros a un mismo propósito, a fin de no duplicar esfuerzos ni obstaculizar acciones.

Si logramos implementar soluciones transversales, estaremos dando valor agregado a las políticas públicas, porquegenerarán el cumplimiento de objetivos y metas de manera cuantitativa y cualitativa, pero también de impacto, es decir, estas acciones generan que se perciba el avance en la solución del problema en una igualdad

[6] El presupuesto constituye la autorización indispensable para que el Poder Ejecutivo efectúe la inversión de los fondos públicos; la base para la rendición de cuentas que el Poder Ejecutivo debe presentar al Poder Legislativo, por lo que el presupuesto se constituye en base y medida para determinar responsabilidades cuando se obra fuera las autorizaciones programadas en dicho documento. *Cfr.* PALOMINO GUERRERO, Margarita, "De un presupuesto tradicional a uno plurianual. Ventajas y desventajas.", en RABASA GAMBOA, Emilio y ROCHA TORRES, Silvia E. (coords.), *Problemas Actuales del Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa-ITESM, 2009, p. 75.



13-Palomino-RevFac264.indd 420 05/01/16 1:54 p.m.

sustantiva en derechos humanos y acceso a mejores oportunidades, lo cual implica abordar de manera distinta el problema y, por ende, su solución.

En principio debemos reconocer que hombres y mujeres son diferentes y que existen brechas de desigualdad, pero que si no se modifican patrones culturales muy difícilmente se eliminarán estereotipos de género, la discriminación y la violencia contra niñas y mujeres.

Lo anterior, no podemos ni debemos permitirlo, recordemos que el artículo 4º de nuestra Constitución establece "El varón y la mujer son iguales ante la ley". Aunque nuestra realidad evidencia que esto no es así, al ser objeto la mujer de prácticas excluyentes, discriminatorias y sexistas, lo que hace necesario generar rupturas de paradigmas, en donde los medios de comunicación juegan un papel esencial. Baste referir queel 94.7% de hombres y mujeres dedican en promedio más de 10 horas a la semana a ver televisión.

**Tabla 1.** Porcentaje de participación de los jefes o jefas de hogares con hijos y promedio de horas dedicadas a la semana por grupo de actividad según sexo, 2009

| Grupo de actividad | Porcentaje de participación | | Promedio de horas a la semana (horas: minutos) | |
|---|---|---|---|---|
| | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres |
| Trabajo para el mercado y actividades relacionadas | 68.0 | 54.3 | 50:30 | 46:42 |
| Producción primaria y secundaria | 16.4 | 22.6 | 6:54 | 6:42 |
| Trabajo domestico para el hogar | 84.8 | 96.9 | 14:30 | 33:48 |
| Cuidados a integrantes del hogar | 72.9 | 85.1 | 12:36 | 22:06 |



13-Palomino-RevFac264.indd 421 05/01/16 1:54 p.m.

**Tabla 1.** Continúa

| Grupo de actividad | Porcentaje de participación | | Promedio de horas a la semana (horas: minutos) | |
|---|---|---|---|---|
| | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres |
| Actividades de estudio | 0.7 | 2.5 | 11:48 | 16:06 |
| Apoyo a otros hogares, a la comunidad y trabajo voluntario | 6.1 | 14.9 | 7:18 | 9:18 |
| Utilización de medios masivos de comunicación | 85.2 | 80.7 | 14:24 | 11:24 |
| Actividades culturales, deportivas y de esparcimiento | 71.6 | 73.4 | 8:18 | 7:54 |
| Cuidados personales | 100.0 | 100.0 | 64:06 | 60:48 |

Fuente: INEGI. Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo 2009. Base de datos.

Entonces, una estrategia para incidir en el cambio de percepción de los roles sociales, tanto del varón como de la mujer, en nuestra sociedad, son los medios de comunicación.

Hablar de perspectiva de género implica eliminar patrones de conducta, incluso de la propia mujer, baste referir que 24.7% de las mujeres entre 15 años y más que están casadas o unidas asumen que una esposa debe obedecer a su pareja en todo lo que le ordene, incluso 28.1% considera que la violencia es un asunto de familia y no tiene por qué trascender,[7] lo que se traduce en la no denuncia de las agresiones que sufren por su propia pareja.

[7] *Cfr*. INEGI-INMUJERES, *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2011*, Base de datos.



13-Palomino-RevFac264.indd 422 05/01/16 1:54 p.m.

**Tabla 2.** Porcentaje de mujeres casadas o unidas que están de acuerdo con ciertos roles de género

| *Rol* | *Nacional* |
|---|---|
| ¿Una esposa debe obedecer a su esposo o pareja en todo lo que él ordene? | 24.7 |
| ¿Una mujer tiene derecho a escoger a sus amistades? | 96.5 |
| ¿El hombre debe responsabilizarse de todos los gastos de la familia? | 66.3 |
| ¿Una mujer tiene la misma capacidad que un hombre para ganar dinero? | 84.2 |
| ¿Es obligación de la mujer tener relaciones sexuales con su esposo o pareja? | 19.4 |
| ¿La mujer es libre de decidir si quiere trabajar? | 92.4 |
| ¿El hombre tiene el derecho de pegarle a su esposa? | 2.2 |
| ¿El cuidado de los hijos e hijas debe compartirse en la pareja? | 97.2 |
| ¿Los padres tienen el derecho de pegarle a los hijos? | 17.4 |
| ¿Si hay golpes o maltrato en su casa es un asunto de familia y ahí debe quedar? | 28.1 |
| ¿Está de acuerdo con… las mujeres y los hombres tengan los mismos derechos para tomar sus decisiones? | 95.7 |
| las mujeres y los hombres tengan la misma libertad? | 87.25 |

Fuente: INMUJERES con base en INEGI-INMUJERES, *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2011*. Base de datos.

## 1 La violencia y discriminación a la mujer

De acuerdo a la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2011, del INEGI, 20.6% de las mujeres ha



13-Palomino-RevFac264.indd 423 05/01/16 1:54 p.m.

sufrido violencia laboral, resulta preocupante que de todas estas mujeres que son violentadas, sólo 14% pide ayuda a una autoridad. Factor, sin duda, que se refleja en el más aberrante de los efectos de la violencia, nos referimos al feminicidio, en donde los problemas van desde la falta de claridad en su regulación y sanción, y la nula metodología para el registro de casos que permitan configurar un Sistema Nacional de Información sobre Feminicidios. A esto le debemos sumar la trata de personas, que a nivel mundial las mujeres representan 76% de las víctimas,[8]ya nivel nacional lamentablemente se carece de datos confiables y sistematizados, y no hay peor flagelo que aquél que se desconoce en su magnitud.

Por si no fuera ya delicada esta situación, debemos agregar quelas mujeres por la falta de acceso a oportunidades de desarrollo se ven obligadas, en la mayoría de los casos, a seguir viviendo con su agresor. Para las mujeres uno de los obstáculos principales para lograr su autonomía económica es el trabajo no remunerado que realizan en sus hogares, que a nivel nacional se estima en más del 20% del PIB.[9]

Pero la discriminación también se da en los índices salariales, ya que las mujeres obreras ganan un 30.5% menos que los varones, y si se dedican a la actividad empresarial o al comercio sus ingresos son inferiores en un 16.7%, incluso como profesionistas ganan un 15.3% menos que los hombres.[10] Todo esto se refleja en los niveles de ingreso, baste referir que los varones con micronegocios tienen uningreso promedio de $6,802 pesos mensuales y las mujeres en esta misma actividad tienen un ingreso promedio de $2,947 pesos mensuales.[11]

---

[8] *Cfr.* Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2012*, Resumen Ejecutivo.

[9] *Cfr.* INEGI, *Sistema de Cuentas Nacionales. Cuenta Satélite del Trabajo no Remunerado de los Hogares de México 2007-2011*, México, INEGI, 2013, p. 16.

[10] *Cfr*. INMUJERES, *El trabajo de cuidados, ¿responsabilidad compartida?,* México, INMUJERES, 2013, p. 3.

[11] *Cfr*. INEGI, Encuesta Nacional de Micronegocios 2012.



13-Palomino-RevFac264.indd 424 05/01/16 1:54 p.m.

Lo hasta aquí expuesto evidencia la necesidad de generar políticas de protección socialy,en general, programas de desarrollo económico y fomento al empleo, pero armónicas con el nuevo perfil de vida de las mujeres, es decir, con su rol de madres y jefas de familia. Entonces, resulta indispensable dirigir recursos para la creación y mantenimiento de guarderías, y tener horarios ampliados en las escuelas de educación básica, en donde estos centros pueden convertirse en fuentes de oportunidad para otras mujeres.

En materia laboral, el artículo 123 Constitucional y, por ende, la Ley Federal del Trabajo, regulan de igual manera a hombres y mujeres entorno a sus derechos para recibir remuneración digna y justa, el problema es que en la praxis no se cumple con esta obligación, razón por la que se debe garantizar el cumplimiento de la igualdad salarial para erradicar estas prácticas nocivas, aunadas a las de rechazo y marginación a mujeres por su embarazo o maternidad.

Ante este panorama, se requiere una labor conjunta de todos los sectores para generar programas que promuevan la corresponsabilidad en la vida laboral, familiar y personal,no como un acto gracioso de las instituciones, sino en cumplimiento de las obligaciones que emanan de nuestra Carta Magna y de las disposiciones internacionales de organismos, como la OIT,[12] es decir, no es que no exista el marco normativo, el problema es que no se aplica, e

---

12 Art. 1 [C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958].
1.- A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
a).- Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
b).- Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados…



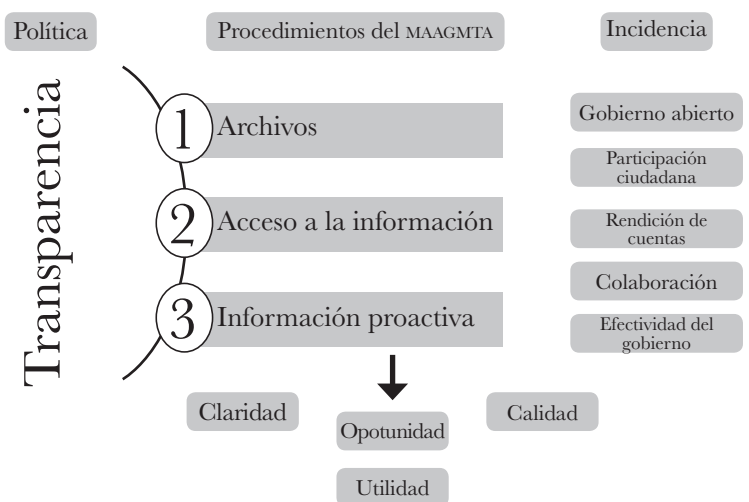
13-Palomino-RevFac264.indd 425 05/01/16 1:54 p.m.

incluso, se olvidó por mucho tiempo en el momento de diseñar las estrategias y políticas gubernamentales.

El que hoy contemos con políticas públicas con perspectiva de género no es suficiente, es necesario que se implementen y se dé seguimiento a las mismas, y el mejor control e indicador será la transparencia que se tenga en la asignación de recursos en las diferentes instituciones, y fundamentalmente, en la Secretaría de Desarrollo Social.

Al respecto, el Gobierno Federal sostiene que utilizará la información como un elemento decisivo en la construcción de un diálogo con la sociedad, por lo que las políticas de transparencia las focalizará con información socialmente útil, esto implica una adecuada administración de archivos, mayores espacios para la participación ciudadana y fomento a la cultura de la legalidad, las cuales si se vinculan a la estrategia digital nacional, se contribuirá a frenar las prácticas de opacidad, que necesariamente alientan la corrupción.

MODELO DE POLÍTICA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS




Fuente: Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018.



13-Palomino-RevFac264.indd 426 05/01/16 1:54 p.m.

Sin duda, el cambio es posible si lo abordamos de manera multidisciplinaria, ya que el elemento base para lograrlo es la educación. Es difícil aceptar que en pleno Siglo XXI, que se caracteriza por un alto desarrollo tecnológico, se sigan manteniendo esquemas tradicionales en la educación,[13] no es posible seguir pensando en centros educativos, la educación a distancia y la capacitación deben ser estrategias que debemos implementar en los centros de trabajo, otorgando a los patrones o prestatarios un beneficio de carácter fiscal.

Contrasta el hecho de que para quienes sí logran acceder a la educación y obtienen incluso la formación en una carrera técnica o licenciatura, lamentablemente engrosan las filas del desempleo, el cual alcanza un porcentaje en las mujeres jóvenes del 76.7%, es decir, aproximadamente 3 millones se encausan en las labores domésticas.[14]

Por todo lo anterior, el problema es multifactorial, sin embargo, hay comportamientos y políticas educativas que lo alimentan, y es que la incompatibilidad de horarios y el tiempo invertido en el desplazamiento a los centros de trabajoimpiden que la mujer pueda desempeñarse en jornadas completas de trabajo; esto se vincula estrechamente a la mínima posibilidad de acceso de la mujer a los servicios de salud, ya que en gran medida dependen del varón para que les brinden estos servicios, esto en zonas rurales y marginadas es aún mayor. Baste referir que de cada 100 mil nacidos vivos, 43 mujeres mueren por complicaciones durante el embarazo, parto o puerperio;todo esto se puede evitar con la atención médica adecuada.Es inaceptable, pero en pleno 2014, el aborto representa la

---

[13] El analfabetismo en las mujeres adultas es del 28.7% y del 35.1% en indígenas, en su mayoría asentadas en comunidades con menos de 2,500 habitantes, problema que se sigue acrecentando si tomamos en consideración que las niñas de 6 a 14 años no asisten a la escuela en un porcentaje de 6.6%, y que la edad en que empiezan a ser madres es a partir de los 12 años. *Cfr*. INEGI. Censo de Población y Vivienda 2010.

[14] *Cfr*. INEGI-INMUJERES, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2011.



13-Palomino-RevFac264.indd 427 05/01/16 1:54 p.m.

5ª causa de mortalidad materna, ya que 8.6% de los embarazos terminan así.[15]

De esta manera, el reto que enfrentamos es hacer compatible nuestra realidad social y vincular en la solución de los problemas no sólo a las instituciones, sino a la sociedad misma, pues ésta juega un papel muy importante para modificar los estereotipos nocivos.

Lamentablemente las desigualdades de género han permeado tambiénen las oportunidades para adquirir una vivienda digna, ya que de los créditos otorgados por el INFONAVIT, un 35% son otorgados a mujeres jefas de familia, el resto es para los hombres.

Por todo ello, es importante que nos ocupemos de esta problemática en su conjunto porque día a día nos aleja de la cohesión y el equilibrio social.

Recordemos que "La no discriminación por razón de sexo significa mucho más que una simple igualdad de salario entre hombres y mujeres por trabajo idéntico".[16] Es necesario cambiar de una visión sexista a la de roles sociales, es decir, igualar el esquema de oportunidades.

Entonces, el criterio de igualdad tiene que girar en torno a un principio de razonabilidad, es decir, qué elementos objetivos permiten afirmar que la desigualdad se puede aceptar y, por tanto, calificar de razonable.

---

[15] Todo esto debemos analizarlo en su conjunto, ya que la fecundidad adolescente aumenta notablemente, y es que no reciben los jóvenes programas de información y prevención en salud sexual. Baste referir que anualmente hay 475 mil nacimientos de madres adolescentes y la mayoría no deseados, la estadística señala que sólo el 33.4% de adolescentes utilizaron un método anticonceptivo en su primera relación sexual, pero también debemos mencionar que sólo el 29.9% de las unidades de primer nivel contemplan el servicio de anticonceptivos de emergencia. *Cfr.* SECRETARÍA DE SALUD, *Sistema Nacional de Información en Salud*, CONAPO, Proyecciones de la Población de México 2010-2050, Proyecciones de las Entidades Federativas 2010-2030.

[16] CHUECA SANCHO, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea,* 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1999, p. 169.



13-Palomino-RevFac264.indd 428 05/01/16 1:54 p.m.

Ahora, el problema radica en establecer qué criterios o parámetros hacen razonable una desigualdad, porque no sólo es mantener un sentido neutral, evitar las diferencias o distinciones en lo legal, social y económico, sino evitar perjuicios directos o indirectos para las personas y eliminar tratamientos de privilegio a un grupo de personas que objetivamente no tienen justificación para recibirlo.

## iv. Marco normativo en México de las políticas públicas con perspectiva de género

A partir de la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres y del Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres, es que esta institución propusoel Programa para la perspectiva de igualdad de género en las políticas públicas, por lo que su evaluación periódica y sistemática corre a cargo del propioInstituto.

El objetivo es que las mujeres puedan ejercer sus derechos que se encuentran enmarcados en nuestra Carta Magna y, de manera explícita, en seis ordenamientos:

- Ley del Instituto Nacional de las Mujeres.
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.
- Ley General de Víctimas.

Lo anterior en contraste con la recepción del Derecho Internacional, específicamente de las convenciones y tratados a los que México se ha adherido, derechos insertos en la Declaración Universal



13-Palomino-RevFac264.indd 429 05/01/16 1:54 p.m.

de los Derechos Humanos. Específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que en su conjunto se constituyen en un mapa de ruta para México. Cabe señalar que dos aspectos sustantivos del protocolo de este último instrumento son: otorgar a las mujeres la posibilidad de acceder a los recursos necesarios para reivindicar sus derechos humanos y dar seguimiento a la promoción y defensa de los mismos, que nosotros sintetizamos en apertura y transparencia.

Otros ordenamientos internacionales que son antecedentes de esta nueva percepción son:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- Programa de Acción de Viena de 1993.
- Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe de 1994.
- Programa de Acción de Cairo de 1994.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará") de 1994.
- Plataforma de Acción de Beijing de 1995.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.
- Objetivos de desarrollo del Milenio 2000.
- Consenso de México de 2004.
- Consenso de Quito de 2007.
- Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos de 2011.

De esta manera, es prudente que reflexionemos en torno a los esquemas con perspectiva de género, para no propiciar discrimi-



13-Palomino-RevFac264.indd 430 05/01/16 1:54 p.m.

nación o desigualdades entre el hombre y la mujer, baste referir el artículo 281 del Código Fiscal del Distrito Federal, en donde se establece:

> Articulo 281.- Los jubilados, pensionados por cesantía en edad avanzada, por vejez, por incapacidad por riesgos de trabajo, por invalidez, así como *las viudas y huérfanos pensionados; las mujeres separadas, divorciadas, jefas de hogar y madres solteras* que demuestren tener dependientes económicos y personas con discapacidad, tendrán derecho a una reducción del Impuesto Predial, de tal manera que solo se realice el pago establecido como cuota fija para el Rango A, en la fracción II del artículo 130 de este Código.
>
> Los contribuyentes mencionados en el párrafo anterior, *también gozarán de una reducción equivalente al 50% de la cuota bimestral, por concepto de los Derechos por el Suministro de Agua* determinados por el Sistema de Aguas, correspondiente a la toma de uso doméstico, sin que en ningún caso el monto a pagar sea inferior a la cuota bimestral mínima que corresponda a esos derechos…

Lo cual resulta totalmente violatorio de los derechos del hombre, ya que también el beneficio se debe aplicar a éste. Desde esta perspectiva, ordenamientos como éste generan discriminación, misma que puede ser indirecta y directa, y esta última pueden ser identificada como directa abierta y directa encubierta.

La directa es la que encamina a la atención de una conducta u omisión que provoca la discriminación, es decir, se da trato preferencial a un grupo, la cual si es de manera temporal es justificable para lograr esa equidad. La directa abierta es la que resulta evidente, por ejemplo, a trabajo igual mismo rango y horario, pero diferentes remuneraciones sólo por el sexo. La directa encubierta[17] hay apariencia de no ser por razones de sexo, sin embargo, en el fondo eso lo determina.

---

[17] El artículo 281 del Código Fiscal del Distrito Federal es muestra de una discriminación directa, encubierta por falsos estereotipos de que los varones no se conciben como padres solteros.



13-Palomino-RevFac264.indd 431 05/01/16 1:54 p.m.

La discriminación indirecta es la que formalmente no se constituye como tal, pero el resultado es que hay desigualdad en el trato. Incluso en la directa la carga de la prueba debe de correr a cargo del sujeto que recibe la discriminación,[18] en la indirecta lo que se tiene que demostrar es el efecto discriminatorio.

En el caso de los salarios, las mujeres y los hombres por trabajo igual, deben ser remunerados de la misma forma, sin embargo, la diferencia porcentual entre hombres y mujeres es superior al 20%, ya que en su contratación hay discriminación; aquí podemos identificar la discriminación indirecta.[19]

Bajo este contexto, fue necesario que se reformara la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria,para establecer que los recursos que se asignen a los programas presupuestarios no podrán reducirse[20] en materia de igualdad entre hombres y mujeres, salvo que así se contemple expresamente en la ley. De igual forma, se establece como una obligación incorporar indicadores que permitan evaluar la incidencia e impacto de los programas presupuestarios.[21]

Porque el Estado, entendido como la organización política suprema de todos los pueblos, realiza una actividad económica denominada financiera, misma que inicia cuando se apropia de los bienes

---

[18] Consúltese Directiva 76/207/CEE y Directiva 97/80/CEE del Derecho de la Unión Europea.

[19] El criterio internacional *passrates o flowstaticts* establece que cuando la diferencia porcentual entre hombres y mujeres es superior al 20% en cuanto a su contratación, hay discriminación. Véase: FIGUEROA BELLO, Aída, *Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la Unión Europea*, México, IIJ-UNAM, 2010, p. 41.

[20] Para el Anexo transversal para la igualdad entre mujeres y hombres, previsto en la LFPRH, también se contempla la no reducción, salvo lo ya previsto en la propia ley.

[21] La Real Academia de la Lengua Española define al presupuesto como "Cómputo anticipado del coste de una obra o de los gastos y rentas de una corporación".



13-Palomino-RevFac264.indd 432 05/01/16 1:54 p.m.

producidos y los convierte en ingresos, para así cubrir los gastos que le son necesarios para satisfacer la demanda de la colectividad, por lo que su fin último debe ser el bien común; para ello, requiere de recursos económicos, mismos que obtiene a través de ingresos, llamados contribuciones.

Sin embargo, los ingresos y los gastos no siempre guardan equilibrio, pese a que son los elementos primarios de la clasificación fundamental de las finanzas públicas, la razón de este desequilibrio es la demanda de servicios y la falta de recursos, ya sea por una mala administración o por una política económica errada, o incluso ambas, situación que generalmente se subsana con recursos que derivan de empréstitos, aunque esta solución no es la más recomendable para un Estado, ya que tienen un alto costo los intereses, aunado a los gastos administrativos iniciales para su adquisición.

Así, la programación y presupuestación deben guardar simetría, porque el presupuesto es la previsión necesaria para realizar los programas y proyectos del Plan Nacional del Desarrollo, razón por la que las acciones, en términos de cobertura, deben ser evaluadas a partir de eficiencia e impacto económico y social, calidad y equidad. Estos indicadores a partir del año de 2012 se incorporan al art. 27 LFPRH, y además, se establece que los recursos que se asignen a los programas presupuestarios para la igualdad entre hombres y mujeres no pueden reducirse.

Bajo este contexto, la reforma de marzo de 2012 al artículo 15 de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres establece la obligación de incorporar en los presupuestos de egresos de las Entidades Federativas la asignación de recursos para el cumplimiento de la política de igualdad, es decir, las acciones para corregir los desequilibrios existentes entre las personas en razón de su pertenencia a grupos discriminados, excluidos, segregados o marginados, y por razones de sexo, raza, pertenencia étnica, religión o preferencia sexual, entre otras.



13-Palomino-RevFac264.indd 433 05/01/16 1:54 p.m.

De tal forma que las políticas de igualdad están dirigidas a contrarrestar las desigualdades que se asocian con las diferencias sexuales y persiguen alcanzar los derechos de las mujeres, para así evitar las desventajas ligadas al hecho de ser mujer.

Así, las políticas de igualdad debe ser entendidas como las acciones para corregir los desequilibrios entre personas en razón a su pertenencia a grupos discriminados, excluidos, segregados o marginados, y por razones de sexo, raza, pertenencia étnica, religión o preferencia sexual, lo que implica proponer nuevas formas de equilibrio.

## V. La política fiscal desde la perspectiva de género

Siempre es importante el análisis de las diversas cargas tributarias, así como la configuración de sus elementos esenciales y el efecto que se persigue, ya sea la recaudación o fines distintos a ésta, o sea que pueden tener un carácter extrafiscal, aunque es prudente señalar que en ambos casos habrá recaudación, pero en el último se buscafrenar o fomentar determinada actividad. Por tanto, resulta indispensable que en ambos casos se tenga una eficiencia recaudatoria, misma que debe respetar las restricciones[22] que nuestra propia Constitución establece en el artículo 31, fracc. IV., nos referimos a los principios de legalidad, equidad y proporcionalidad.

Entonces, las cargas tributarias deben aplicarse a realidades económicas que se constituyen en razón de la potestad tributaria, de las cuales responderá el sujeto que tiene la manifestación de riqueza, aunque esto depende del tipo de impuesto que la política fiscal contempla, esto es, si la carga recaerá en los sujetos que manifiestan la riqueza -impuestos directos-, o bien la norma establece que son unos los sujetos obligados, pero se repercute a otros -impuestos

---

[22] *Cfr.* Pérez de Ayala, José Luis, *Explicación de la técnica de los impuestos*, 3a ed., Madrid, Edersa, 2004, pp. 22 y 23.



13-Palomino-RevFac264.indd 434 05/01/16 1:54 p.m.

indirectos-, lo que implica que en los impuestos directos quien manifiesta capacidad económica y contributiva está obligado a pagar.

De esta manera, la manifestación de riqueza y los criterios para gravarla deben tener claridad y relación, para ello la base imponible, o sea la parte alícuota sobre la que recaerá el gravamen, tiene diferentes métodos de determinación, razón por la que al establecer el valor de la materia imponible se debe considerar el potencial individualizado, es decir, puede mantener relación, o bien estar disociados, esto último cuando se permite disminuir o deducir de la base impositiva ciertos rubros.[23]

Así, es necesario que se tome en consideración el contenido de la norma vigente y la justicia económica material, esto es, la posibilidad del sujeto obligado a contribuir a partir del monto de sus ingresos y sus necesidades, es decir, no es suficiente partir del monto de sus ingresos, es indispensable reconocerle que debe satisfacer sus necesidades primordiales, y posteriormente, valorar su capacidad económica.

Sin embargo, la realidad y requerimientos de las personas son diferentes, razón por la que es necesario definir las necesidades del sujeto, vinculado a su sexo, su situación laboral y el tipo de hogar en el que vive, esto es, las características socioeconómicas de las personas no son neutras. Por eso mismo se deben establecer categorías, pero siempre bajo un elemento objetivo, y lamentablemente en materia de género, las políticas tributarias actuales reflejan una falta de igualdad sustantiva, es decir, los principios generales de no discriminación, consagrados en nuestra Constitución, en acuerdos internacionales y en la propia Ley General para la Igualdad entre

[23] En el caso del ISR en México, se permiten las deducciones personales aplicables en la declaración anual de impuestos, o bien las deducciones de acuerdo con la actividad que sea gravada. Véase: Artículo 151, LISR 2014.



13-Palomino-RevFac264.indd 435 05/01/16 1:54 p.m.

Mujeres y Hombres, específicamente en su artículo 34, fracc. I, [24] no se cumplen a cabalidad.

Por todo lo anterior, consideramos que el ISR al gravarel ingreso, debe de contemplar, dependiendo del régimen fiscal al que se pertenezca, un esquema de deducciones atiendo a la subjetividad, es decir, que en el caso de las deducciones personales para las mujeres jefas de familia se incrementen, porque el parámetro para valorar su capacidad contributiva es diferente, ya que además de sus necesidades primordiales, también se deben considerar los gastos que les generan sus dependientes económicos.[25]

En México, nuestra SCJN alude al concepto de mínimo vital, refiriendo "…están obligadas a proveer para todos… servicios públicos permanentes y adecuados, atención médica oportuna e idónea, condiciones de esparcimiento, trabajo, educación y estudio decorosos, y alimentación suficiente y balanceada, dotación de vestuario y de elementos y equipos de trabajo, sanidad, didácticos y deportivos, sin que puedan alegar la insuficiencia de recursos como un impedimento para satisfacer, incluso, de manera esencial, el otorgamiento

---

[24] Artículo 34 (LGIMH). Para los efectos de lo previsto en el artículo anterior, las autoridades correspondientes garantizarán el principio de igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo, así como el derecho fundamental a la no discriminación de aquellas en las ofertas laborales, en la formación y promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales, empresariales o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, para lo cual desarrollarán las siguientes acciones: I. Promover la revisión de los sistemas fiscales para reducir los factores que relegan la incorporación de las personas al mercado de trabajo, en razón de su sexo;…

[25] En la doctrina alemana Vogel, Lang y Tipke y su jurisprudencia de 12 de mayo de 1990, el Estado está obligado a otorgar prestaciones sociales al ciudadano para que viva dignamente, es decir, debe respetar su mínimo existencial. Véase: Casado Ollero, Gabriel, "Naturaleza, Objeto del impuesto. Hecho imponible. Rentas exentas", en Yebra Martul-Ortega, Perfecto, García Novoa, César, Caamaño Anido, Miguel Ángel y López Díaz, Antonio (coords.), *Estudios sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, España, Lex Nova, 2000, p. 32.



13-Palomino-RevFac264.indd 436 05/01/16 1:54 p.m.

de ese mínimo vital, pues en todo caso persiste la obligación de asegurar el disfrute de los derechos dentro de las circunstancias existentes, como lo ordena el artículo 1o. constitucional."[26]

El problema no es sencillo, se trata de establecer la cantidad que cubre el llamado mínimo vital y cómo se configura para hacerlo valer. Consideramos que la respuesta está en categorizar, ya sea en la base vía deducciones, o bien reconociendo y garantizando necesidades personales y familiares, que son iguales para todos los contribuyentes, por lo que resultaría injusto asumir criterios que sólo tomen en consideración el monto de ingresos sin considerar el número de dependientes económicos, la condición social, los niveles de desarrollo y marginación.

Al respecto, el Tribunal Alemán a partir del derecho social estableció como mínimo cuatro rubros:

- Manutención
- Vivienda
- Calefacción
- Necesidades adicionales[27]

Pero las necesidades en cada región y país son diferentes, por lo que para determinar cómo ajustar las necesidades de los hogares de acuerdo al número y tipo de miembros la OCDE utiliza escalas de equivalencia para transformar las rentas no comparables percibidas en rentas comparables.

Por ello, tomar en cuenta la manifestación de capacidad contributiva es aplicar la justicia vertical, ya que al aumentar el ingreso aumenta la carga, pero si tomamos en cuenta la condición familiar

---

[26] P./J. 35/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 1, t. I, Diciembre de 2013, p. 124.

[27] *Cfr.* García Frías, María Ángeles, "El mínimo de existencia en el impuesto sobre la renta alemán", en *Revista de Información Fiscal*, No. 3, España, Lex Nova, 1994, pp. 43-45.



13-Palomino-RevFac264.indd 437 05/01/16 1:54 p.m.

logramos la justicia horizontal. Entonces, la justicia vertical atienda a un elemento cuantitativo y la horizontal a un aspecto cualitativo. Por lo que el esquema recomendable debe atender a los gastos personales ineludibles, que en principio pueden ser los mismos que contempla actualmente el artículo 151 de la Ley del ISR, sólo adicionándoleel que tendrán un incremento en función del número de dependientes, señalando que lo mismo aplica para hombres y mujeres, porque de lo contrario se tornaría discriminatorio.

En paralelo, es necesario un estímulo de carácter específico, para que se pueda hacer valer sólo respecto del ISR, mismo que consistiría en que los patrones o prestatarios que instrumenten políticas en su empresa o negocio encaminados a disminuir las inequidades de género tendrán un beneficio fiscal que se aplicará sobre la carga tributaria en la misma proporción en que se implementen acciones con perspectiva de género.

Lo anterior con fundamento en la fracc. XI del artículo 34 de la Ley General para Igualdad entre Mujeres y Hombres, el cual establece como una de las acciones para lograr el principio de igualdad sustantiva entre hombres y mujeres el… XI. Establecer estímulos y certificados de igualdad que se concederán anualmente a las empresas que hayan aplicado políticas y prácticas en la materia… Lo que vinculamos a la propuesta de generar un estímulo fiscal,[28] entendido como un instrumento jurídico-constitucional que se establece para la consecución de fines económicos y sociales.

Así, los estímulos fiscales se pueden traducir en disminuciones o reducciones en la carga impositiva, a favor de personas o unidades económicas que cumplan con los requisitos que establezca la ley. A cambio, quien los cumpla, puede recibir el beneficio de desgravación, que no buscan configurar el gravamen con arreglo a

[28] Es el beneficio de carácter económico concedido por la ley fiscal al sujeto pasivo de un impuesto, con el objeto de obtener de él ciertos fines de carácter parafiscal. *Diccionario Jurídico Mexicano*, 14a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 865.



13-Palomino-RevFac264.indd 438 05/01/16 1:54 p.m.

la capacidad económica del contribuyente,[29]pues su fin es proteger, fomentar o, incluso,modificar conductas. Son creados por un decreto o, incluso, por una ley, estableciendo dichos estímulos para fomentar el empleo, la inversión en un sector prioritario o el generar el desarrollo en una región. Su fin, entonces, es otorgar un beneficio que se traduce en una disminución de la carga tributaria a la que se está obligado al encuadrar en la relación jurídico-tributaria.

Para que se configure una medida en estímulo fiscal se requiere que el mismo gire en torno a una contribución que estará a cargo de quien recibirá el estímulo. De ahí que la propuesta es incorporar dentro del Título VII de la ley del ISR el estímulo a empresarios que implementen políticas con perspectiva de género, a través de patrocinar guarderías y/o escuelas de educación básica con horariosampliados para jefes o jefas de familia, a fin de que puedan hacer compatibles sus jornadas laborales con las de la atención educativa de sus hijos; por lo que el monto del estímulo será en la misma proporción de los recursos que se apliquen y que deberámanifestarse a través de una informativa en línea directamente al SAT y con acceso público.

## VI. Conclusiones

1.- Una premisa fundamental en paralelo debe ser igualar la distribución de los recursos, ya que persisten en México los altos niveles de exclusión, privación de derechos sociales y desigualdad entre personas y regiones del país, y la principal y más lacerante desigualdad es la de un país fragmentado por la necesidad. Baste referir que45.5% de la poblaciónse considera en pobreza. No es suficiente con que se establezca como prioridad combatir este flagelo, se requiere implementar acciones, porque la desigualdad y la pobreza generan frustración y erosionan la cohesión social, además

[29] *Cfr.* Herrera Molina, Pedro, *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos.,* Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 287.



13-Palomino-RevFac264.indd 439 05/01/16 1:54 p.m.

fomentan el deterioro de las instituciones porque ya no se confía en ellas, y,paralelamente,se erosiona el Estado de Derecho, poniendo en riesgo la estabilidad social. En 2015 a partir del Presupuesto Base Cero tenemos la oportunidad de replantear las líneas de acción y los recursos económicos que se deben canalizar tomando en consideración las necesidades de cada región y sector, aquí lo importante es que las mismas se pulsen y reflejen por la propia región y no como erróneamente se ha hecho, pretender que desde el centro se pretenda conocer la problemática real como falsamente se ha hecho por muchos años, el Presupuesto Base Cero es partir de una formulación, sin tomar en consideración los criterios que antaño se aplicaban, esto permite que se replantee el esquema de soluciones, pero no olvidemos que si no señalamos de manera específica, por programa y objetivo las acciones, se vuelven solo utopías. De ahí la importancia de vincular estrechamente el Plan Nacional de Desarrollo a los contenidos presupuestales.

2.- El principio de igualdad no es absoluto, requiere de elementos que sirvan de referente para determinar si un acto puede considerarse o no discriminatorio, por tanto, se puede identificar como un concepto relacional, lo cual implica que para poder disminuirlo en términos cuantitativos y cualitativos y que se refleje en la realidad social es necesario la erradicación de las prácticas discriminatorias, conjuntamente se deben brindar mayores espacios para acceder al mercado de trabajo y a la educación, esta última como el mejor medio para modificar percepciones incorrectas del rol de la mujer.

3.- Equidad de género implica contrastar la realidad social, la cualnos muestra una modificación en la forma tradicional de las familias, pues hoy son monoparentales,y en contraste con las biparentales, es necesario que se otorguen beneficios de carácter temporal para igualar las condiciones, porque toda distinción o prerrogativa que se perpetúa se traduce en discriminación. Así, hoy el planteamiento tiene que ser equidad por género y por ingreso, por lo que se debe reconocer un mínimo vital y un estímulo fiscal, que



13-Palomino-RevFac264.indd 440 05/01/16 1:54 p.m.

en su conjunto fomenten la participación de la mujer y amplíen el mercado de oportunidades.

4.- La tributación puede generar incentivos o desincentivos a los contribuyentes, incluso se constituye en un mecanismo redistributivo, con lo que se aligera la inequidad en el ingreso y en las relaciones de género que actualmente se dan,por lo que es importante que se tome como referente las cargas familiares y que se sancione el abuso, tanto del contribuyente receptor del estímulo fiscal como del contribuyente que aminore la base impositivita sin tener derecho a ello. En este sentido, debemos evolucionar en nuestra legislación para transitar de la regulación del acto al efecto, esto es, se debe valorar cuál es el verdadero fin o beneficio que se obtiene para evitar la simulación y el fraude a la ley tributaria, que bajo un esquema de transparencia y acceso a la información podemos frenar.

## VII. Bibliografía

Figueroa Bello, Aída, *Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la Unión Europea*, México, IIJ-UNAM, 2010.

Chueca Sancho, Ángel G, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1999.

Herrera Molina, Pedro, *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos.*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Argentina, Abeledo-Perrot, 2004.

Pérez de Ayala, José Luis, *Explicación de la técnica de los impuestos*, 3a ed., Madrid, Edersa, 2004.

Rabasa Gamboa, Emilio y Rocha Torres, Silvia E. (coords.), *Problemas Actuales del Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa-ITESM, 2009.

Yebra Martul-Ortega, Perfecto, García Novoa, César, Caamaño Anido, Miguel Angel y López Díaz, Antonio (coords.), *Estudios sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, España, Lex Nova, 2000.



13-Palomino-RevFac264.indd 441 05/01/16 1:54 p.m.

## 1. Hemerografía

### a) Revistas

García Frías, María Ángeles, *El mínimo de existencia en el impuesto sobre la renta alemán*, en Revista de Información Fiscal, No. 3, España, Lex Nova, 1994.

### B) Diccionarios

Diccionario Jurídico Mexicano, 14a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., España: 2001.

## 2.Fuentes electrónicas

Diario Oficial de la Federación: http://www.dof.gob.mx/

Instituto Nacional de Estadística y Geografía: www.inegi.org.mx/

Instituto Nacional de las Mujeres: www.inmujeres.gob.mx/

Semanario Judicial de la Federación: http://sjf.scjn.gob.mx/

## 3. Legislación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013

Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, 2014

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, 2013

Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, 2012

Ley del Impuesto Sobre la Renta, 2014

Código Fiscal del Distrito Federal, 2013



13-Palomino-RevFac264.indd 442 05/01/16 1:54 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# Formación deontológica del alumno de derecho

## Deontological training of law students

Miguel Eduardo Morales Lizarraga[1]

Resumen: Este trabajo se inserta en el debate sobre la enseñanza del derecho en el contexto de la globalización; así que la formación en deberes y en lo que deben ser los abogados es puesta en relación con lo que sea el derecho y la abogacía, a la vez relacionados con los valores de la profesión y los valores jurídicos fundamentales, analizados en este contexto globalizado en el que se habrán de desempeñar. De esta forma, se analiza la formación deontológica del alumno de derecho en el contexto de los procesos globalizantes y desde las etimologías de derecho y ius, para saber qué es el derecho y la justicia y qué el deber del abogado.

Palabras clave: *Formación deontológica; enseñanza del derecho; axiología jurídica; globalización; neoliberalismo; pedagogía crítica.*

Abstract: This work is part of the debate on the teaching of law in the context of globalization. Training and duties as lawyers is to be put in relation to what is right and law, while related to the values of the profession and fundamental legal values analyzed in this global context. Thus, the ethical training of students of law in the context of globalizing processes and from the etymologies of law, is analyzed to know what is right and just and what the duty of the lawyer.

Keywords: *Deontological training; Legal education; Legal axiology; Globalization; Neoliberalism; Critical pedagogy.*.

Sumario: I. Globalización y globalidad. II. La educación (jurídica) en el contexto económico de la globalización. III. La formación deontológica del alumno. A) El derecho y el Ius. B) La profesión jurídica. C) Los derechos humanos. IV. A manera de conclusión. V. Mesografía.

[1] Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y de su División de Estudios de Posgrado.

14-Morales-RevFac264.indd 443 05/01/16 1:57 p.m.

## I. Globalización y globalidad

En nuestros días el término globalización ya ha sido muy traído y llevado y suficientemente analizado, en los ámbitos académicos por lo menos. Pero en el ámbito de la cultura popular y del ideario cotidiano es un término nebuloso y harto ambiguo. Inclusive parece un término, y sólo un término, lejano y ajeno, como si fuera algo que sucediera en otro mundo, en otro globo. Como si las protestas globalifóbicas que suceden por aquí y por ahí, en cumbres económicas mundiales fueran hechas por unos cuentos "locos" que se oponen al progreso del mundo, sean cuales sean los términos de ese progreso. No se sabe si es algo "bueno" o "malo" o viceversa. Atempero mis aserciones pues por lo menos esa es la experiencia que tengo en las aulas (y si suponemos que las aulas hacen una muestra del "ideario cotidiano") cuando enseño qué es el proceso de globalización a mis estudiantes de licenciatura, ya sea en los primeros semestres, en las materias "teóricas" que he tenido la oportunidad de compartir con ellos, como Introducción al Estudio del Derecho, Sociología General y Jurídica, Metodología Jurídica, Derechos Humanos (no tan "teórica"), o en sexto (octavo del plan de estudios anterior de la Universidad Nacional), en Filosofía del Derecho, materia "eminentemente "teórica". Sobre todo es en esta última materia donde mi experiencia acerca de la extrañeza del término y del fenómeno que designa me ha sorprendido un poco más, ya que se podría pensar que en un sexto u octavo semestre el estudiante ya ha recibido alguna información al respecto o, ha recibido las herramientas necesarias, incluida la curiosidad suficiente, para allegarse de la información por él mismo.

También tienen la idea, errónea por supuesto, de que la filosofía es eminentemente teórica, inservible o poco útil, de relleno, aburrida y sin objeto, pues al ver el programa, observan que las unidades están compuestas por contenidos de las otras materias "teóricas"



14-Morales-RevFac264.indd 444 05/01/16 1:57 p.m.

anteriores: Introducción, Sociología, Metodología, Teoría del Derecho y Derechos Humanos. Cuando nos toca el turno de revisar cuál es el objeto, tanto en el sentido de materia de estudio como en el sentido de finalidad, se quedan algo sorprendidos al momento en que les muestro y ellos se demuestran que el objeto de la filosofía en general y de la filosofía del derecho en particular, a despecho de sus temas clásicos (noción de "derecho", aplicación de la norma, conceptos fundamentales, estimativa jurídica, etc.) es la *realidad*; tal cual, la realidad, siempre presente; y que no es meramente "teórica" o especulativa sino que tiene, como finalidad última, la critica y transformación de esa realidad, por lo menos la consciencia en la prevención de nuestra respuesta hábil a esa realidad, respuesta hábil que llamamos responsabilidad.[2]

Así, nos introducimos, ellos y yo, en la aneja y supuesta antítesis planteada sobre la re-flexión filosófica. Por un lado la postura hegeliana clásica que indica que el búho de Minerva llega tarde y después de la acción a levantar acta de lo ocurrido; por otro lado, la postura crítica marxista que señala que los filósofos se han dedicado demasiado tiempo a contemplar el mundo cuando lo que hay que hacer es transformarlo.[3] Les muestro mi desacuerdo con esta antítesis y planteo su dialéctica, bajo la, también dialéctica, relación entre teoría y práctica, señalando que quién actúa y lo hace con responsabilidad, sin meramente reaccionar por condicionamientos,

---

[2] La aclaración pertinente sobre los contenidos repetidos es que, al ser la filosofía eminentemente crítica, está colocada unos semestres adelante para poder re-flexionar y criticar las teorías, métodos y conceptos, tanto como leyes y códigos ya estudiados previamente.

[3] "Cuando la filosofía pinta al claro obscuro, ya un aspecto de la vida ha envejecido y en la penumbra no se lo puede rejuvenecer, sino sólo reconocer: el búho de Minerva inicia su vuelo al caer el crepúsculo". Hegel, G. W. F. *Filosofía del derecho.* México, UNAM, 1975, p. 17. "Los filósofos no han hecho más que *interpretar* de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de *transformarlo*". Marx, Karl. "Tesis sobre Feuerbach", en *Obras escogidas II.* Moscú, Editorial Progreso, 1977, p. 401.



14-Morales-RevFac264.indd 445 05/01/16 1:57 p.m.

sino accionando conscientemente, necesariamente debe tener una teoría que lo guíe, una forma de pensar que conlleve una concepción del mundo y de sí mismo y su propia finalidad.[4]

Uno de esos fenómenos de la realidad, uno muy importante por los efectos tan grandes que tiene en naciones y pueblos enteros y en nuestras propias personas, es el concepto de globalización y el fenómeno y proceso que designa, mismo que me ha causado gran extrañeza saber que, repito, a los estudiantes les es generalmente extraño a la vez, y bastante nebuloso, como sino "estuvieran" en la realidad o ésta les fuera, digo, ajena. Si lo conocen, si saben más o menos qué es, lo ven como algo que le pasa al mundo y no a ellos.

Sin adentrarnos en un análisis profundo de todas las formas de globalización posibles[5], sí hacemos un análisis general, global a su vez, reduciendo, un tanto arbitrariamente, a la globalización a su aspecto meramente económico y negativo, peyorativo, de su "imperialismo cultural".[6]

La globalización así entendida es un proceso eminentemente económico y de homogenización cultural que se inicia a la salida de la segunda guerra mundial y se acelera con el final de la guerra

---

[4] "Lo que quiero decir, sin ambages, es que esa dialéctica [entre teoría y práctica], es profundamente errónea y perturbadora del trabajo jurídico. Si bien se mira, no se conocen seres humanos con práctica que no respondan a alguna teoría, aunque se conozcan seres humanos muy idóneos para pensar (y dedicados fructíferamente a ello) y poco hábiles en la aplicación del conocimiento teórico. Pero, en cuanto al derecho, para ser muy práctico y enemigo de la teoría hay que convertirse en un "mono con pantalones…". OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 1-2. El corchete es nuestro.

[5] Véase, IANNI, Octavio. *Teorías de la globalización*. 7ª ed. México, Siglo XXI-CIICH, 2006.

[6] Este término de imperialismo cultural es una de las cinco caras de la opresión, junto con la explotación, marginación, exclusión (del poder y la participación) y, por supuesto, la violencia. Véase, YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. EUA, Princeton University Press, 1990, pp. 58 y ss. También indica que la opresión y sus manifestaciones son sistémicas o estructurales.



14-Morales-RevFac264.indd 446 05/01/16 1:57 p.m.

fría y la caída del Muro de Berlín. La gran potencia triunfante de la segunda guerra mundial, Estados Unidos, se encontró con algunos problemas de la paz, entre ellos el de haber transformado gran parte de su industria en industria militar y, por otro lado, el previsible impacto de la devastada economía europea en su propia economía junto a el embate del comunismo. La industria estadounidense estaba produciendo a todo galope en la economía de guerra y no podía parar su inercia, así que la solución, consecuente con el modelo capitalista, fue impulsar el consumo y transformar el capitalismo en un capitalismo de consumo que eventualmente se volvería adictivo. Sin dejar de lado, claro está, la economía y maquinaria de guerra. El diagnóstico y remedio es famoso:

> Nuestra economía enormemente productiva [...] exige que hagamos del consumo nuestra forma de vida, que convirtamos en rituales la compra y el uso de bienes, que busquemos nuestra satisfacción espiritual, la satisfacción de nuestro ego, en el consumo [...] necesitamos que las cosas se consuman, se gasten, se reemplacen y se descarten a un ritmo de aceleración continua.[7]

Ese mismo ritmo de producción-consumo sostenido y constante, favorecido por la industria de guerra y el intervencionismo, favorecido por la colusión entre tecnología y capital, no pudo ser sostenido por el bloque socialista cuya economía terminó quebrando irremediablemente y que, para el final de la década de los 80s comienza a desmantelarse. Esto último no ocurrió por si sólo desde adentro de la economía dirigida del capitalismo de Estado del bloque "socialista",[8] ya que fue fuertemente impulsado desde afuera en los

---

[7] Lebow, Victor. "Price competition in 1955". *cit. por.* Leonard, Annie. *La historia de las cosas*. Buenos Aires, FCE, 2010, p. 220. El artículo de Lebow fue publicado en la primavera de 1955 en el *Journal of Retailing*, cuyo texto completo en inglés puede leerse en *classroom.sdmesa.edu/pjacoby/journal-of-retailing.pdf* consulta del 13 de septiembre de 2012.

[8] El socialismo nunca tocó la tierra, ya que lo que existió, se transformó en manos de Stalin y Mao, *p. e.* en totalitarismos asesinos de economía centraliza-



14-Morales-RevFac264.indd 447 05/01/16 1:57 p.m.

términos que constituyeron precisamente la guerra fría. Esta parte del plan también tiene su origen a la salida de la segunda guerra mundial con la implementación del Plan Marshall y el nacimiento de la Organización Europea para la Cooperación Económica cuyo objeto era reconstruir la economía europea evitando el impacto en la economía norteamericana y el avance del comunismo, como ya mencionamos. Organismo que es el antecedente de la actual Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en la que México es miembro desde 1994.[9]

Al ya no existir un polo de fuerza, comienza de lleno lo que se ha dado en denominar la globalización o mundialización o "macdonalización" en la terminología de Ritzer,[10] que tiene un sentido peyorativo como la imposición de la cultura del más fuerte por medio del poder económico, en donde el propio poder económico es la misma cultura; el sistema capitalista de consumo es el que se globaliza auto-imponiéndose.[11] Esta globalización es la que cumple cabalmente la vocación del capitalismo de consumo o neoliberalismo individualista de ser homogenizante, expansiva e integradora, totalizadora, y es el proceso que ha venido ocurriendo en los últimos veinte años, con sus nefastas consecuencias de desplazados tanto como de la globalización de la "industria empresarial capita-

da en manos de las élites de partido. En Cuba pudo haber funcionado pero el estrangulamiento por parte del polo capitalista y el gobierno unipersonal no le permitieron desarrollarse.

[9] *Cfr.* Sánchez Hernández, Miriam. "La SEP, utensilio de la OCDE", en *La Jornada*, México, 01/07/2012, *http://www.jornada.unam.mx/2012/07/01/opinion/019a1pol* consulta del 18 de septiembre de 2012.

[10] Véase Ritzer, George. *La macdonalización de la sociedad*. Barcelona, Ariel, 1996. El término alude a la institucionalización instrumentalizadora de procesos, y formas de ser-hacer, su estandarización y homogenización, como comer la misma hamburguesa aquí y en China (sic). También alude a la penetración de los conceptos de la cultura afirmativa en el ideario cotidiano, como las marcas y lo que simbolizan para provocar consumo.

[11] *Cfr.* Bordeu, Pierre. *Contrafuegos*. Madrid, Anagrama, 1999; y, Estefanía, Joaquín. *Hij@ ¿qué es la globalización?*, México, Santillana, 2002.



14-Morales-RevFac264.indd 448 05/01/16 1:57 p.m.

lista del crimen organizado" que sigue exactamente la misma lógica del sistema capitalista de consumo, siendo uno de los pupilos más sobresalientes de una sociedad adictiva que, en la crisis de 2008, probó nuevamente que son sólo unos cuantos los que podrían sobrevivir su propio juego.[12]

Esta globalización económica militar, tiene por "contrapartida" lo que denominamos "globalidad", o la visión de la humanidad como un todo gracias a las relaciones de comunicación sincrónicas, que permiten apreciar la igualdad ontológica y la desigualdad material tanto como la diversidad de toda la humanidad. La globalidad sería un factor preponderante en la puesta en escena del multiculturalismo pluralista y sus reivindicaciones.[13] Este multiculturalismo pluralista o interculturalismo (o interculturalidad), que tiende puentes de comunicación y aprendizaje o retroalimentación y redeterminación entre personas, pueblos y culturas diferentes, pretende salvar los riesgos de la simple multiculturalidad que puede cerrarse y volverse rápidamente nacionalista, y a la vez pretende salvar también el escollo de la homogenización y el igualitarismo (todos consumidores y, los que no consumen, no son seres humanos), del sistema que se

---

[12] Su par es la "bancocracia" o "banksters" del sistema financiero especulativo mundial que han quebrado a Lehman Brothers (uno de los bancos más poderosos del mundo hasta 2008), así como a España y Grecia. *Cfr.* Coghlan, Andy and Debora MacKenzie. "Revealed- the capitalist network that runs the world", en *New Scientist*, 24 de octubre de 2011. *http://www.newscientist.com/article/mg21228354.500-revealed-* consultado el 14 de septiembre de 2012; Y, Jalife-Rahme, Alfredo. "Bajo la lupa. *New Scientist* revela la identidad de la plutocracia bancaria (1%) que controla al mundo (99%)". *La jornada*, México, 23 de octubre de 2011, *http://www.jornada.unam.mx/2011/10/23/opinion/016o1pol* consulta del 14 de septiembre de 2012 (el traslape en las fechas es debido a que la edición en línea de *New Scientist* sale un poco después de la física).

[13] *Cfr.* Ulloa, Ana Lilia. *Multiculturalismo pluralista y la propuesta educativa de Dewey*. *www.bibliojuridica.org/libros/1/341/21.pdf*, consulta del 23 de mayo de 2010; y, De Sousa, Boaventura. *Por una concepción multicultural de los derechos humanos.* México, CIICH-UNAM, 1998.



14-Morales-RevFac264.indd 449 05/01/16 1:57 p.m.

globaliza, pero conservando la visión de globalidad o de humanidad concreta total que éste provee.[14]

## II. La educación (jurídica) en el contexto económico de la globalización

Actualmente existen otras dicotomías cruentas y crueles que, estando relacionadas con los procesos globalizantes, tanto de la opresiva macdonalización homogenizante, como la "riesgosa" globalidad multicultural y pluralista diversificante, y que son efecto de los mismos. En el campo de la educación en general, existen pues dos modelos básicos, con un tercero como contraataque del modelo de la globalización.

La pedagogía tradicional "moderna", autoritaria y descendente no es propicia para aprendizajes significativos en humanidades, sólo es adecuada para aprendizaje de conocimientos de manera acrítica y descendente, que forma técnicos-capacitados en habilidades que puedan ser fácilmente manipulados para mantener el sistema, no criticarlo y no tratar de transformarlo cuando es opresor de la libertad y cosificador y enajenador de las personas. Por contraposición, la pedagogía crítica y la enseñanza reflexiva para la emancipación, es una pedagogía basada en las estructuras dialécticas del ser humano, y en sus capacidades empáticas, intuitivas, críticas, creativas, dialécticas y dialógicas. La enseñanza del derecho y su ejercicio se debe concebir plenamente dentro del marco de la pedagogía crítica, de una pedagogía emancipadora (y una propedéutica), que responde al interés esencial del ser humano de ser libre; "Se trata de capacitar a quien aprende para que se vuelva consciente de los condicionamientos de su vida y en sociedad y disponga de las habilidades y el conocimiento y recursos para poder planificar y crear cambios".[15]

---

[14] Véase, Beuchot, Mauricio. *Interculturalidad y derechos humanos*. México, Siglo XXI-UNAM, 2005.

[15] *Cfr.* Magendzo, Abraham. *Educación en derechos humanos.* Bogotá, Magisterio, 2005, p. 110. También véase, Borquez Bustos, Rodolfo. *Pedagogía crítica.* México,



14-Morales-RevFac264.indd 450 05/01/16 1:57 p.m.

La tercera opción realmente es una remasterización de la pedagogía tradicional, pero desplazando el campo de la reproducción del sistema a la producción de los consumibles del mismo. Se pasa el énfasis de la docilidad pasiva bajo la manipulación ideológica del capital, a las competencias y habilidades necesarias para producir consumo con eficiencia y eficacia y, por lo tanto más capital que va a parar a manos de los dueños del sistema que ya hemos mencionado en al apartado anterior. Se trata no sólo de tener dóciles consumidores sino también de tener mano de obra barata para la maquila de bienes y servicios. En nuestro país existe a la fecha una pugna entre estos dos modelos, una pugna que lo es sólo en los métodos no en la finalidad que es siempre la misma, la esclavitud de millones de seres humanos como carne de cañón y combustible del capitalismo. Literalmente transforman personas en cosas consumibles que se vaporizan en capital y dominio. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha presionado fuertemente para la implantación e imposición del modelo acrítico de las habilidades y competencias, modelo tecnocrático ampliamente asociado al neoliberalismo que sirve.[16] El modelo tradicional está asociado al saber *saber*, el tecnocrático al saber *hacer*, el crítico a la dialéctica entre las dos anteriores y el saber *ser* mismo que conlleva un ser-hacer(se) y un deber (ser). Los dos modelos anteriores son esencialmente acríticos, mientras que en el emancipador el saber hacer de las competencias

---

Trillas, 2009. Este autor indica que la pedagogía critica es: "la idea de que la educación debe impulsar el cambio social (no nada más reproducir la ideología estatal o cualquiera otra), que favorezca la disminución de las desigualdades económicas, sociales, raciales, de género, etc., pero también se propone incidir en la formación de buenos ciudadanos, que sean capaces de luchar por mejores formas de vida pública, comprometiéndose con los valores de la libertad, igualdad y justicia social". p. 105. El paréntesis es nuestro.

[16] *Cfr.* Sánchez Hernández, Miriam. "La SEP, utensilio de la OCDE", *op. cit.*



14-Morales-RevFac264.indd 451 05/01/16 1:57 p.m.

y habilidades está transido de crítica y aprendizaje transformador constante.[17]

En el ámbito del derecho, el modelo de docencia tradicional afecta su enseñanza y desempeño, al basarse en una concepción meramente conductual, positivista, formalista, voluntarista del mismo, que equipara derecho con ley y saca a la justicia de su definición, tomando la forma de una relación de dominio unidireccional y autoritaria; el profesor acapara el conocimiento y su método, así como la transmisión de los mismos, donde el estudiante queda relegado a un papel pasivo y receptivo, muy lejos de los valores e ideales que informan los derechos humanos que son la razón del Derecho y del Estado y no al revés.

Desde la pedagogía crítica Humberto Quinceno opina: "La educación es una liberación, la pedagogía una forma de producir la libertad, y tanto la educación como la pedagogía han de preocuparse no de lo disciplinar o producir saber, sino de transformar sujetos. No producir sujetos, sino llevarlos a procesos de transformación de su propia subjetividad".[18]La docencia crítica "concibe a la educación como la disciplina que aborda el proceso de enseñanza-aprendizaje no para dictar normas sobre su "deber ser" y alcanzar un ideal presupuesto, sino para analizar y desentrañar los aspectos contextuales que inciden en él. Su fin no es alcanzar un modelo de lo que se considera una "buena enseñanza", sino lograr una labor docente más consistente y significativa tanto para docentes como para alumnos".[19]

---

[17] Para una opinión sobre cómo esto afecta directamente la educación en México y cómo eso está asociado a una política gerencial de administración de las formas de extracción de riqueza por parte de las trasnacionales financieras *cfr.* PÉREZ ROCHA, Manuel. "Las humanidades y la barbarie de la RIEMS", en *La Jornada,* México, 16 de junio de 2011, *http://www.jornada.unam.mx/2011/06/16/opinion/020a2pol* consulta del 14 de septiembre de 2012.

[18] QUINCENO, Humberto "Foucault ¿Pedagogo?", *Revista Educación y Pedagogía.* Medellín, Universidad de Antioquía, Facultad de Educación, Vol. XV, No. 37, septiembre-diciembre, 2003, p. 213.

[19] WITKER, Jorge. *Docencia crítica y formación jurídica.* En Witker, Jorge. Comp. *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho.* México, UNAM, 1995, p. 224.



14-Morales-RevFac264.indd 452 05/01/16 1:57 p.m.

El análisis crítico en la docencia del derecho se debe llevar a cabo en tres niveles; el social, donde se explican las causas económicas, políticas, culturales, que a su vez explican y determinan los fenómenos que se presentan en el aula; el escolar, que debe revisar los patrones institucionales de la administración docente, horarios, planes de estudio, etc.; y el aula, donde se deben poner a prueba los roles que la educación a condicionado a jugar tanto al educador como a los alumnos, la relación enseñanza-aprendizaje y quién y cómo cumple con cada parte de esta relación; debe revisar igualmente los contenidos a enseñar para que sean coherentes y consistentes con el propio modelo crítico y, por último habrá de revisar qué más se enseña en el aula, explícita o inconscientemente que no tiene propiamente que ver con el contenido de la materia que se imparte.[20]

Podemos simplificar estas características y comparaciones con el siguiente cuadro[21] que presenta los tres modelos básicos de enseñanza, el tradicional, el modelo, tecnocrático, que también es tradicional y al que se ha ido orientando la educación en México, lista a proveer a las necesidades del mercado, a través de programas acríticos de desarrollo de competencias,[22] y el modelo crítico; siempre recordando que la pedagogía crítica es una educación liberadora.[23]

---

[20] *Ibidem.* p.225.

[21] Mosca, Juan José y Pérez Aguirre, Luis. *Derechos humanos. Pautas para una educación liberadora.* 3ª ed. México, CNDH, 1994, p. 312.

[22] El Maestro Serafín Ortiz Ortiz expone con estas palabras esta situación, propia de una pedagogía de "competencias" acrítica que es el tipo de educación hacia el que se está orientando el país para poder tener mano de obra calificada y técnicos jurídicos, que no juristas, al servicio del sistema de consumo: "En el caso de México la apertura económica ha impactado, y lo seguirá haciendo, de manera asombrosa el mundo del derecho. Así, los cursos deben cumplir, al menos con tres requisitos para que sean verdaderamente útiles: pertinencia laboral, inclinación personal por el tema y calidad, ya que el mercado manda (sic)". "Educación jurídica y posgrado en México", en *Derecho y Cultura.* México, UNAM, IIJ, AMEDyC, número 14-15, mayo-diciembre 2004, p. 63.

[23] *Cfr.* Freire, Paulo. *Pedagogía del oprimido.* 2ª ed. México, Siglo XXI, 2005.



14-Morales-RevFac264.indd 453 05/01/16 1:57 p.m.

**Tabla 1.**

| *Modelo* | *Instrucción* | *Capacitación* | *Formación* |
|---|---|---|---|
| *Indicadores* | *Énfasis en los contenidos (tradicional)* | *Énfasis en los resultados (tecnocrática)* | *Énfasis en el proceso (docencia crítica)* |
| Concepción | Bancaria | Manipuladora | Liberadora Transformadora |
| Pedagogía | Exógena cerrado | Exógena cerrado | Endógena abierto |
| Lugar del educando | Objeto | Objeto | Sujeto |
| Eje | Profesor-texto | Programador | Sujeto-grupo |
| Relación | Autoritaria-paternalista | Autoritaria-paternalista | Autogestionaria |
| Objetivo evaluado | Enseñar-aprender (repetir) | Entrenar-hacer | Pensar-transformar |
| Función educativa | Transmisión de Conocimientos | Técnicas-conductas Ingeniería del Comportamiento | Reflexión-acción |
| Tipo de comunicación | Transmisión de información | Información-persuasión | Comunicación-diálogo |
| Motivación | Individual: premios-castigos | Individual: Estímulo-Recompensa | Social |
| Función del docente | Enseñante | Instructor | Facilitador-animador |
| Grado de participación | Mínima | Seudo participación | Máxima |
| Formación-criticidad | Bloqueada | Evitada | Altamente estimulada |
| Creatividad | Bloqueada | Bloqueada | Altamente estimulada |
| Papel del error | Fallo | Fallo | Camino-búsqueda |



14-Morales-RevFac264.indd 454 05/01/16 1:57 p.m.

**Tabla 1.** Continúa

| *Modelo* | *Instrucción* | *Capacitación* | *Formación* |
|---|---|---|---|
| *Indicadores* | *Énfasis en los contenidos (tradicional)* | *Énfasis en los resultados (tecnocrática)* | *Énfasis en el proceso (docencia crítica)* |
| Manejo del conflicto | Reprimido | Eludido | Asumido |
| Recursos de apoyo | Refuerzo transmisión | Tecnología educativa | Generadores |
| Valor | Obediencia | Lucro-utilitarismo | Solidaridad, cooperación |
| Función política | Domesticación | Domesticación-Reproducción | Liberación. |

Una pedagogía crítica liberadora, en el campo del derecho que por su propia metodología y didáctica, enseña a pensar, a ser libres, deberá también hacer:[24] 1. Énfasis en la filosofía y la teoría del derecho, ambas desde un punto de vista crítico y aplicado. Desde Kant, la filosofía dejó de ser sólo ciencia de principios para ser crítica, de esos principios, de supuestos, de argumentos y clarificación de conceptos. Igualmente desde la Escuela de Fráncfort (y más antes con Nietzsche, Freud y Marx), la teoría empezó a ser crítica, desde ellos, la ciencia dejó de ser meramente descriptiva y pasiva, sino activa, crítica y con conciencia ética, con responsabilidad hacia sus descubrimientos; desde hace tiempo estos conocimientos son eminentemente sociales. 2. Cambios en los modelos de enseñanza según el modelo crítico, lo que conlleva cambios en las técnicas a la luz de las propias técnicas del derecho (principalmente las constitucionales y todas basadas y transidas de la dialéctica de los derechos humanos, como la ponderación y argumentación de derechos y

[24] *Cfr.* Flores, Imer, "Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho y los estudios de posgrado", en *Derecho y Cultura, op. cit.*, pp. 122-123.



14-Morales-RevFac264.indd 455 05/01/16 1:57 p.m.

principios). 3. Estudios teórico-prácticos, la filosofía del derecho se puede y debe enseñar con ejemplos tomados de la realidad (Fallos de la SCJN como los fallos sobre el aborto y la jurisdicción militar; las iniciativas de reforma laboral en violación de derechos sociales, el quiebre del sistema financiero en 2008 y posiblemente de la eurozona en 2013, el caso de Baltazar Garzón llevado a juicio por investigar los crímenes de lesa humanidad de la dictadura franquista, la reforma de los programas de educación media superior –RIEMS-, en los que se saca a la ética y la filosofía para enfocarse al desarrollo de competencias de una manera acrítica reproductora de sistemas de opresión, etc.); 4. Estudios interdisciplinarios. Que abran la mentalidad de los estudiantes más allá de la norma y relacionen el derecho con la totalidad de los fenómenos del mundo); y, sobre todo, 5. Educación en ética y derechos humanos: "buscar nutrir una aventura íntima: la construcción de un criterio axiológico personal, independiente, plural, tolerante, crítico y evolutivo, digno de seres humanos y base para un ejercicio ético de las profesiones jurídicas".[25]

Aplicando el modelo crítico que redefine a los otros dos modelos instrumentales mediante la crítica, el abogado se forma como un esencial defensor de los derechos humanos que son la cabeza y razón de ser del sistema jurídico, un conciliador y un defensor de la justicia y la libertad. De otra manera, el abogado se convierte en mano de obra barata para ser intermediario entre el capital y los acumuladores de capital, amoldando y retorciendo la ley a los intereses de sus amos.

---

[25] PUERTAS GÓMEZ, Gerardo. "Dos márgenes, un cauce. La educación del derecho en México y en los Estados Unidos de América", en *De Legibus*. Revista de The Harvard Law School Association of México, A.C., México, año 1, núm. 1, mayo 2002, pp. 28-29.



14-Morales-RevFac264.indd 456 05/01/16 1:57 p.m.

## III. La formación deontológica del alumno

Cuando estudiamos deontología estudiamos los deberes en dos sentidos, el más evidente es precisamente el estudio de los deberes, lo que debemos hacer, las cuestiones de las que somos responsables por ejercer la profesión y las obligaciones que adquirimos con la protesta de la misma. Pero también, y en un sentido algo menos evidente, también estudiamos el *deber ser* del abogado y del ejercicio profesional, es decir, cómo debe ser un abogado que responda íntegramente a los deberes así establecidos, deber ser que constituye el *ethos* del licenciado en derecho, su carácter, esencia, naturaleza o espíritu. La deontología tradicionalmente se a clasificado como una disciplina auxiliar de la ética, junto con la axiología y la teleología. Si bien las taxonomías clasificadoras de las ciencias y sus ciencias auxiliares son útiles en tanto que sirven como guía didáctica de su aprendizaje, por otro lado son completamente inútiles y absurdas cuando se trata de ver sus relaciones entre sí y con la realidad que pretenden comprender. Por ejemplo, sabemos ahora más que nunca que la ética no es, o sólo es en una parte casi insignificante, "la ciencia de la moral", sino que es el estudio de las condiciones de posibilidad de la libertad y del *ethos* humano, de su estructura ontológica y de cómo esta estructura permite la libertad entendida no como independencia sino como interdependencia y como determinabilidad con posibilidad de autodeterminación con auxilio dialéctico o redefinitorio de la heterodeterminación.[26]

Estas tres materias "auxiliares" no son compartimentos estancos que estudien aspectos enteramente diferenciados, separados o sepa-

---

[26] Para una crítica de la ética como ciencia de la moral y una sucinta caracterización de la misma como libertad o espíritu humano véase, Morales Lizarraga, Miguel. "Definición epistemológica de la ética y sus consecuencias. (Crítica posmoderna a la ciencia de la moral)", en Bouzas Ortiz, Alfonso y Gómez Gallardo, Perla (coords.), *Epistemología y epistemología jurídica. Temas a debate,* México, Jus, 2011, pp. 151 a 171.



14-Morales-RevFac264.indd 457 05/01/16 1:57 p.m.

rables entre sí, en el caso que nos ocupa, de la profesión de abogado y del espíritu del derecho y el abogado. Son más bien tres enfoques diferentes pero relacionados estrechamente sobre un mismo fenómeno, el ser-deber-ser del abogado y su profesión; el espíritu o *ethos* (carácter, habitación o morada en el ser, esencia, espíritu, naturaleza) del abogado que está estrechamente relacionado e integrado con el espíritu o *ethos* del derecho y la ciencia del derecho. Este enfoque de la "Deontología jurídica" no se suele hacer visible en los programas que la incluyen. Lo que regularmente se estudia bajo este rubro son los "Códigos de Ética" de la profesión, que vendrían siendo exhortaciones más o menos edificantes y bienintencionadas sobre cómo se debe comportar moralmente los abogados, es decir, se estudian las normas morales y se incluyen las normas jurídicas que regulan el comportamiento del profesional del derecho. Sólo si se tiene suerte se encuentra uno con un profesor que haga evidente los ideales que se encuentran detrás de esas normas morales y jurídicas y, con un poco mayor de suerte, se ponen en relación esos ideales con las estructuras y finalidades del fenómeno jurídico como un fenómeno humano social. En el peor de los casos, se estudia la deontología jurídica como se estudia otra materia de "código", aprendiendo y si acaso analizando, "artículo por artículo", con una que otra arenga moralina de parte del profesor.

Cuando el estudiante enfrenta estos códigos morales (no propiamente éticos) de la profesión y los contrasta con la realidad, por lo menos con la parte grosera de la realidad del ejercicio de la profesión, se produce en algunos, una especie de shock, pues un aspecto generalizado es la idea de que en el mercado laboral mercantilizado, el que paga manda y hay que ganar a toda costa y amoldar la ley a los deseos e intereses del cliente, sobre todo si es un cliente con dinero. Si no se amolda la ley se recurre al *fraus legis*, al cohecho y corrupción del sistema con la colusión de los "funcionarios" (que no servidores) del mismo, archivistas, secretarios de acuerdo, actuarios, jueces, lo que sea necesario para que el cliente pueda "meterle la



14-Morales-RevFac264.indd 458 05/01/16 1:57 p.m.

mano debajo de la falda" a la ley y tomar los recursos que necesite. Se observa que la ley y la justicia no son ni tan gratuitas ni tan expeditas pues cuando no se puede hacer lo anterior, se dilata el proceso o trámite en cuestión lo más posible mediante las "chicanas" para que el cliente tenga tiempo de sacar provecho lo más posible de la situación controvertida. Esta imagen de una parte (una buena parte desgraciadamente) de la realidad, incoherente con la imagen trazada por la deontología jurídica, desanima a aquellos estudiantes que tienen la idea de que el derecho es algo que se relaciona con la justicia y les hace sentir que, ya fuera de las aulas, estarán peleando contra molinos de viento. Les hace sentir que el derecho no es la posibilidad de realización de la justicia sino la barrera que se pone entre los intereses de los poderosos, los verdaderos dueños del país y del mundo, los de cuello blanco, y los intereses de justicia social de la gran mayoría de seres humanos. Les hace ver al derecho tal como lo ve la teoría marxista, en el caso de que tengan algo de conciencia social, como el instrumento de los poderosos para hacer valer sus intereses, y al Estado como la coartada del capital y no como el espacio común de convivencia y unión (de común unión). En el caso de que no tengan esa conciencia social, este contraste ominoso sólo les predispone para la búsqueda del éxito individual en términos del capitalismo de consumo, en el que ser un abogado exitoso, es ser un abogado con éxito económico, no importando cómo se haya obtenido o si se obtuvo a costa de la ley o si la ley es a costa de la justicia.

## 1. El derecho y el Ius

En mi afán por salvar estas terribles contradicciones de nuestra sociedad y ayudar a crear consciencia en el estudiante, consciencia profunda del sentido de la profesión que ha elegido, alimentando la vocación que haya podido tener (muchas veces entran a la carrera sin vocación, ya por tradición familiar, ya por moda, ya por esa idea de éxito económico) y el amor por la misma, me auxilio de las



14-Morales-RevFac264.indd 459 05/01/16 1:57 p.m.

etimologías de las palabras más importantes de la ciencia jurídica: derecho y *ius*. Un tanto artificialmente claro y con riesgo de cometer la falacia de fundamentación etimológica.[27] En el diccionario etimológico de Guido Gómez de Silva encontramos: "derecho `recto no torcido, no curvo […] facultad o privilegio debido a la ley, la tradición o la naturaleza; conjunto de preceptos que rigen las relaciones humanas en una comunidad´: latín vulgar, *directus* `recto, directo´ (Véase *directo*, *dis* + *-rivare*, de *rivus*, arroyo, co-*regir*)".[28] Derecho está emparentado pues con directo y, por supuesto, con dirección ¿Cuál es la dirección a la que se dirige el derecho? ¿Cuál es el sentido del derecho, hacia dónde se orienta, cuál es su finalidad? ¿Cuál es su objeto, su objetivo? Y, si el derecho tiene una finalidad que cumplir ¿cuáles son las funciones que le son propias, relativas a esas finalidades?

El Dr. Jaime Cárdenas nos orienta al respecto.[29] El derecho cumple las funciones de integrar a la sociedad pacíficamente; resuelve pacíficamente conflictos procurando la conciliación y la avenencia, la unidad del tejido social compuesto por las re-laciones entre sus sujetos; orienta persuadiendo, brindando certeza; legitima el poder, limitándolo a sus leyes y justificando su autoridad; distribuye bienes y oportunidades; y, cumple finalmente una función educativa, enseñándonos lo debido e indebido en nuestra sociedad, en la estructura institucional de la misma, ámbitos ambos transidos de los

---

[27] Consistente en tomar el significado originario de una palabra como el único verdadero, o en fundar un argumento en el significado etimológico de una palabra. Así, los que argumentan en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo o matrimonio "universal", dicen que la palabra matrimonio contiene la raíz *mater* y que un matrimonio entre varones sin madre femenina, no es tal. El principal objeto del matrimonio no es siquiera la reproducción como sobrellevar en común unión las cargas de la vida.

[28] Gómez de Silva, Guido. *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. México, FCE, COLMEX, 1996, p. 215.

[29] Cárdenas Gracia, Jaime. *Introducción al estudio del derecho*. México, Nostra-UNAM, 2009, p. 28.



14-Morales-RevFac264.indd 460 05/01/16 1:57 p.m.

valores jurídicos fundamentales que le sirven de estrellas polares a sus funciones y a los cuales se dirige rectamente el derecho (o debiera hacerlo para ser derecho *justo*). Los valores jurídicos fundamentales son las finalidades del derecho ¿cuáles son esos valores fundamentales, hacia los cuales se dirige el derecho dirigiendo a su vez a la sociedad?

El derecho pretende organizar la estructura, el cúmulo de relaciones que componen esa estructura, haciendo esas relaciones funcionales en un sistema dinámico de convivencia y comunidad. Si las relaciones no son funcionales o son disfuncionales, terminan por romperse desgarrando el tejido social. Esta organización la intenta hacer orientado por los valores propios del derecho y los propios de la sociedad que lo produce y que pretende dirigir, así que los valores tienen dos caras en esta situación. Como estrellas polares del derecho, como sus guías y objetivos, los valores son conceptos que el derecho integra en sus normas para dirigir las conductas en las relaciones. Por otro lado, y más exactamente, los valores son cualidades estructurales que el derecho debe realizar en la sociedad; son cualidades de las relaciones entre las personas.[30] Cuando el tejido social tiene las relaciones desgarradas, son relaciones injustas, y las cualidades que emergen de esa disfuncionalidad son opresivas y se manifiestan principalmente como violencia y sufrimiento. El derecho está diseñado precisamente para desterrar la violencia y el sufrimiento que nos infringimos unos a otros en nuestras relaciones, paliar el dolor proveniente de la naturaleza y proveer de las condi-

[30] Sobre los valores como cualidades estructurales o cualidades relacionales *cfr.* Frondizi, Risieri. ¿Qué son los valores? México, FCE, 2000; y Frondizi, R. "Valor, Estructura, Situación". *Dianoia,* año XVIII, no. 18, 1972, pp. 78-102, *http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1972/dia1972.html* consulta del 18 de septiembre de 2012.



14-Morales-RevFac264.indd 461 05/01/16 1:57 p.m.

ciones de posibilidad de la emergencia de cualidades estructurales necesarias para el florecimiento y desarrollo humanos.[31]

"*Derecho* se compone de dos raíces indoeuropeas: *dher* o *dhir* y *reg*. La primera de ellas significa "sostener y guardar" […]".

"La raíz indoeuropea *reg* o *rj* significa propiamente "conducir o mover en línea recta"; aunque algunos estudiosos como Ruiz Jiménez afirman que el fonema *rj* significa "enderezar o regir" […]".

"Si a esa raíz se le añade "el prefijo *di*, de las raíces arias *dh* y *dhr* sinónimas de solidez y firmeza, la palabra derecho y sus equivalentes evocarán la idea de conducción y ajuste entre varios, sea estático o dinámico con cierta estabilidad y duración".[32]

El derecho sostiene, guarda, protege, conduce rectamente, guía hacia la paz y la armonía, hacia el florecimiento y desarrollo, desterrando la violencia y el sufrimiento. Pero aun más. En este descubrimiento de la "naturaleza", "esencia", "espíritu", "*ethos*", y/o "*deontos*", tanto como el "*axios*" y el "*telos*" del derecho y de la profesión jurídica, a través de sus funciones y de sus etimologías, hemos encontrado una palabra: "ajustar". En la cita anterior de Peces Barba, leemos que indica que la palabra derecho evoca el ajuste entre varios. El ajuste de las pretensiones entre contrarios. Un ajuste no sólo entre esos contrarios sino, y principalmente, ajuste respecto a unos criterios que son los valores. Así abrimos la puesta para descubrir esos valores fundamentales que ya intuimos. La justicia en primerísimo lugar. (Y todavía cabe preguntar, así *sotto voce* ¿en primerísimo lugar?).

---

[31] Sobre la relación y función del derecho como paliativo del dolor padecido e inhibidor del dolor infringido véase, Ferrajoli, Luigi. "Derecho y dolor", en *Isonomía,* no. 27, octubre de 2007, pp. 195-204. Sobre la relación del derecho con el "florecimiento humano", véase, Finnis, John. *Ley natural y derechos natural.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

[32] Hernández Franco, Juan Alberto y Castañeda y G, Daniel H. *Curso de filosofía del derecho*. México, Oxford, 2009, p. 55-56. El último entrecomillado contiene una cita de Peces Barba, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho.* Madrid, Debate, 1994, p. 22.



14-Morales-RevFac264.indd 462 05/01/16 1:57 p.m.

Otra palabra nos lleva de la mano. Estamos hablando del deber ser de la profesión jurídica ¿cómo debe ser un abogado, un *jurista*? ¿Qué es lo jurídico? Lo jurídico es "lo que se refiere" (el sufijo –ico) al *ius*, lo que se refiere al derecho. Pero esto no es suficiente, ya que el significado de *ius* no se agota en el derecho. Esta última es una evolución tardo romana y medieval, ya mezclada con la tradición cristiana y tiene más una connotación moral de cumplimiento. *Ius* es la palabra que utilizaban los romanos y tiene unas raíces peculiares:

"El término *ius* deriva de dos raíces de la lengua indoeuropea: *yuj* y *yewes*, que son muy parecidas, pero que tienen usos que finalmente quedarán relacionados en nuestra cultura occidental. La primera raíz *yuj* –o *yeug*- significa, en un primer sentido, "unir, juntar, atar o vincular […]".

"*Yewes* –o *yóh*- en sánscrito significa de modo genérico *salud*, pero también se utilizaba, específicamente, para referirse a la *actividad del restablecimiento* o la recuperación del orden de algo perturbado. Por eso podemos decir que *yewes* –o *yuj*- es *rehabilitación*, una unión con finalidad curativa o profiláctica; es la acción de *reunir* elementos considerados de acuerdo con una condición previa de separación o ruptura para establecer un estado sano y saludable. En un primer momento el *ius* consistía en *mandar, reunir, ordenar* los elementos separados de un todo para alcanzar y mantener un estado de sanidad y bienestar".[33]

Lo jurídico es lo referente a la unión y ajuste de lo desunido que debe estar unido. Devolver lo suyo de cada cosa a cada cosa, de cada quien a cada quien, darle a cada cosa su lugar y a cada quien lo suyo, facultades judicativas del *logos* humano y que regularmente se confunden dando a cada quien su lugar y a cada cosa lo suyo, cometiendo las más groseras exclusiones e injusticias.

La justicia, el "darle a cada quien lo suyo", y la jurisprudencia, "la constante y perpetúa voluntad de darle a cada quien lo suyo";

---

[33] Hernández Franco, J y Castañeda, D, *op. cit.* pp. 49-50.



14-Morales-RevFac264.indd 463 05/01/16 1:57 p.m.

la experiencia sabia y madura (prudente) en darle a cada quien lo suyo con corrección es la esencia del derecho. Y en ese sentido es el valor jurídico fundamental.

Se suele decir que, dentro de los conceptos jurídicos fundamentales o las categorías jurídicas –de las que se desprenden también como conceptos fundamentales los valores- la primera de ellos es la norma, o inclusive que es la coacción (la norma coactiva). Una categoría o concepto fundamental lo es porque sin él no hay nada más dentro del campo delimitado de la clase estudiada. Es decir, son conceptos previos *sine qua non*, y en el caso del concepto "derecho" conceptos sin los cuales no puede definirse el concepto más importante de la ciencia y el fenómeno jurídicos. Por ejemplo, en ontología-metafísica, la categoría del ser es espacio-tiempo, ya que, si el ser, por lo menos en las tradiciones materialista y positivista, es todo lo que ocupa un lugar en el espacio, debe existir espacio previo que ocupar. Lo mismo se dice del derecho, pues se dice que para que lo haya debe haber previamente norma y/o coacción como categorías. ¿Sin coacción no hay derecho? ¿Sin norma no hay derecho? suelo preguntarles a los estudiantes. E insisto ¿Y en Marte, hay derecho o no, si se encuentra un código marciano? ¿Y si estoy sólo en una isla desierta? ¿No será la persona (las personas) la categoría jurídica sin la cual no hay derecho? ¿No el derecho se debe a las personas, a su protección y su florecimiento? ¿y no es para ello que regula sus relaciones; para que sean propicias a la autenticidad (aunque al derecho ya no le interese si son efectivamente auténticas o no)? ¿y qué es lo suyo, lo propiamente suyo de las personas, de los seres humanos? Suelen contestar que la razón, pero la razón solo es un instrumento de la deliberación, para la acción correcta o hábil que responda adecuadamente a los estímulos del mundo y los estímulos de otros seres humanos. Para las acciones responsables. Y



14-Morales-RevFac264.indd 464 05/01/16 1:57 p.m.

mediante esas respuestas irse haciendo cada vez más humanos "y menos inhumanos o bárbaros" como quería Heidegger.[34]

Así, el derecho es el sistema de normas, hechos y valores que regulan las relaciones de los seres humanos en sociedad, protegiendo a los seres humanos en esas relaciones, dándole a cada quien lo suyo y dándoles o creando las condiciones de posibilidad mínimas para su florecimiento y desarrollo (aunque decidan libremente no desarrollarse y ser unos cretinos). El derecho provee las condiciones de posibilidad para que el ser humano tenga lo suyo, su libertad y, libremente, viva la forma de vida que mejor le parezca. ¿Y cuál es el deber y el deber ser del profesional o profesionista del derecho, del abogado o jurista, a la luz de estas ideas?

## 2. La profesión jurídica

La profesión es el acto y efecto de ejercer de manera remunerada conocimientos especializados que son útiles o sirven a la producción de bienes o servicios o la solución de problemas. El ejercicio de la profesión jurídica, de manera muy genérica y sin pretender abarcar todas las áreas, es un servicio que se presta para la solución de controversias, de contraposición de intereses. Un abogado, aboga, convoca, llama[35] en ayuda de su cliente a la ley y a la justicia encarnada en la ley para que se le restituya lo suyo o se le indique qué lo es.

Pero la palabra profesión tiene otro significado u poco más profundo. Significa también llevar por delante una fe o creencia, confesar públicamente la fe o la creencia que se tiene y sostiene:

> Desde el punto de vista etimológico, el término profesión encierra en sí mismo una idea de desinterés, ya que profesar no significa solamente ejercer un saber o una habilidad, sino también creer o confesar públicamente una creencia (Gómez y Tenti, 1989). La pa-

[34] Heidegger, Martin. *Carta sobre el humanismo*. *http://www.heideggeriana.com.ar/textos/carta_humanismo.htm* consulta del 18 de septiembre de 2012.

[35] Gómez da Silva, Guido, entrada "abogado", *op. cit.* p. 20.



14-Morales-RevFac264.indd 465 05/01/16 1:57 p.m.

> labra profesión proviene del latín *professio*, *-onis*, que significa acción y efecto de profesar. El uso común del concepto tiene diferentes acepciones, entre ellas, empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente; protestación o confesión pública de algo (la profesión de fe, de un ideario político, etc.). En este sentido, profesión puede definirse como una actividad permanente que sirve de medio de vida y que determina el ingreso a un grupo profesional determinado.[36]

¿Qué creencia profesamos los abogados? ¿Cuál es nuestra fe, nuestro credo? ¿En qué creemos los abogados? La respuesta es intuitivamente inmediata. Los abogados creemos en la justicia, en la libertad, en la ley que las encarna, en la seguridad y certeza jurídicas, en la solución pacífica de controversias, en el orden social armónico que lleve al bien común y al desarrollo de la sociedad y de sus componentes, las personas, los seres humanos.

Cuando protestamos nuestra licencia, protestamos conservar el sistema jurídico y juramos defenderlo, defendiendo la justicia y los valores que encarna. Les comento a mis estudiantes que la profesión jurídica es de las pocas profesiones sino la única (por lo menos no se me ha ocurrido ni he investigado otro ejemplo) en donde el que paga no manda. Sí, le debemos lealtad al cliente y nos comprometemos a cuidar sus intereses. Pero por encima de cualquier cliente y de cualesquiera intereses particulares, quien manda en nosotros o debe mandar es la ley y la justicia, la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo suyo que constituye la vocación del abogado, a lo que está avocado. En este sentido y muy probablemente extralimitándolo (sobre todo para los puristas) todo abogado, aun si se dedica al ejercicio probado de la profesión, es un servidor, pero no de intereses mezquinos, sino de la ley; todo abogado es un

[36] FERNÁNDEZ PÉREZ, Jorge. "Elementos que consolidan el concepto de profesión. Notas para su reflexión", en *Revista electrónica de investigación educativa*, Universidad Autónoma de Baja California, Instituto de Investigación y Desarrollo Educativo, vol. 3, no. 1, 2001, p. 24. Consultado en: *redie.uabc.mx/vol3no2/contenido-fernandez.pdf,* 18 de septiembre de 2012.



14-Morales-RevFac264.indd 466 05/01/16 1:57 p.m.

servidor público que sirve al bien común al coadyuvar a que cada quien tenga lo suyo. *Supremae legis servi sumus ut liberi ese possimus.*[37]

## 3. Los derechos humanos.

La teoría tradicional moderna, coloca al Estado como anterior al derecho y fuente exclusiva del mismo, por lo que era fácil deducir la idea de que los derechos humanos, si habían de ser derecho, y si el derecho era el producido por el Estado, entonces los derechos humanos eran producidos por el Estado. La idea se extralimitaba diciendo que el Estado otorga los derechos humanos. En la teoría tardomoderna (y no me refiero a periodos de tiempo exactos tanto como a actitudes doctrinarias más o menos dogmáticas), sobre todo después de la debacle de la civilización occidental en la segunda guerra mundial, los derechos humanos se configuraron como prerrogativas que posee el hombre por el simple hecho de serlo. Ambas teorías causan una serie de dificultades teóricas harto difíciles de salvar, pero a los estudiantes de licenciatura, por lo menos en el pergeño de las ideas que aquí presento, procuro no meterlos en demasiados problemas. El Estado entonces no puede otorgar algo que no es suyo y que de suyo pertenece a los seres humanos. Entonces se rectifica y se dice que el Estado no otorga (pues puede "des-otorgar"), sino que reconoce, los derechos humanos. Sin embargo esto no resuelve los problemas derivados de Estados propensos a o abiertamente autoritarios.[38]

El polo de la teoría de los derechos humanos ha cambiado, y los resultados no son sólo teóricos sino eminentemente prácticos. El Estado no reconoce derechos humanos ni mucho menos los otorga, sino al revés. El Estado es reconocido, y con él un sistema jurídico es tal, jurídico, si y sólo si, están constituidos y fundamentados sobre

[37] Cicerón, *De Legibus*, "De la ley suprema somos siervos para poder ser libres".

[38] Cfr. Menke, Christoph y Pollmann, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*. Barcelona, Herder, 2010.



14-Morales-RevFac264.indd 467 05/01/16 1:57 p.m.

por y para los derechos humanos. Esa es la única y valedera razón de Estado. Éste y el sistema jurídico que debe enforzar la protección y vigencia de los derechos de las personas, garantizarlos, promoverlos y respetarlos, siempre teniendo como horizonte el principio pro persona o a favor de la persona, tal como reza el artículo 1 de nuestra constitución a partir de la reforma del 2011.

Los derechos humanos son, por un lado, los principios jurídicos fundamentales, son el origen y fundamento del sistema y del Estado y como tal todo el sistema jurídico está transido de los valores e imperativos de estos principios, y desde la organización constitucional del Estado, hasta la sentencia, la circular administrativa y la norma oficial más pequeña, es y debe ser una dimensión de ellos y de esa protección, promoción, respeto y garantía de derechos. Por otro lado, y siguiendo la naturaleza de los valores que explicitan, los derechos humanos son cualidades estructurales y emergentes del sistema social cuya ocurrencia depende de la disposición de las partes en la estructura, es decir, si las relaciones de la estructura son funcionales o disfuncionales emergerán como cualidades los derechos humanos (relaciones funcionales entre las partes de la estructura) o cualidades disfuncionales como la violencia y el sufrimiento que eventualmente rompen las relaciones rasgando el tejido social.[39]

El estudiante de derecho que llega a la toma de protesta solemnemente tener como norma de conducta la ley (el sistema jurídico), tanto como la moral y la justicia. Esto significa que el abogado jura aplicar en su ejercicio profesional y en todos los ámbitos de su vida, los derechos humanos pues éstos son la razón de ser del sistema jurídico y lo suyo de las personas en justicia. Debe pues

[39] Esta caracterización de los derechos humanos como cualidades emergentes de un sistema social funcional, de una sociedad de convivencia más que de una sociedad de competencia, capitalista de consumo adictivo, está fundada en la teoría de sistemas complejos y sistemas emergentes y como tal no le he encontrado antecedentes, así que puedo asumir que es desarrollo (o dislate) propio. He trabajado esta idea en mi tesis de licenciatura en filosofía: MORALES LIZARRAGA, Miguel. *Integralidad y transpersonalidad de los derechos humanos.*



14-Morales-RevFac264.indd 468 05/01/16 1:57 p.m.

estar dispuesto a conducirse según esos principios fundamentales. No creo pues, extralimitarme cuando les digo a mis estudiantes que todo abogado, aun dedicándose al ámbito del ejercicio privado de la profesión, y en cualquier área del mismo, es un defensor de los derechos humanos, pues estos son el contenido y el criterio de distinción de los preceptos de Ulpiano que deben tener grabados con letras de oro en sus corazones: *vive honestamente, no le hagas daño a nadie y dale a cada quien lo suyo*.

## iv. A manera de conclusión

En el contexto de la globalización y de la globalidad, en donde dos fuerzas igualmente poderosas se encuentran, una destructiva, imperial y opresiva, y la otra pluralista y –posiblemente- vivificante, encontramos que la primera para hacer su dominio necesita de formar autómatas reproductores del sistema y consumidores pasivos del mismo, en el peor de los casos, y en el caso un poco menos malo, autómatas productores del sistema y de los objetos de consumo del mismo. En cualquiera de los dos casos el abogado pierde su ethos emancipador y de justicia social y se convierte en un conservador de un sistema cosificante y enajenante; en el otro, se convierte en un intermediario y un mandadero de los intereses espurios del capital. La alternativa en el pluralismo multiculturalista de la globalidad, es poder ver a la humanidad no como concepto abstracto sino como universal concreto en cada uno de los seres humanos y ponerse al servicio de la libertad y la justicia encarnada en los derechos humanos que son la razón de ser –los humanos y sus derechos- de las instituciones, incluido el derecho. El abogado se convierte así, y de acuerdo a la esencia del derecho y de la profesión, en un servidor público y en un defensor de derechos humanos, y en este servicio halla la forma de ser útil, para ser digno y libre él mismo, coadyuvando a la libertad. A los profesores de derecho, nos queda la



14-Morales-RevFac264.indd 469 05/01/16 1:57 p.m.

tarea, no pequeña, de coadyuvar a que por nuestra raza (nuestros alumnos) hable el espíritu (la libertad).

## V. MESOGRAFÍA

BEUCHOT, Mauricio. *Interculturalidad y derechos humanos*. México, Siglo XXI-UNAM, 2005.

BORDEU, Pierre. *Contrafuegos*. Madrid, Anagrama, 1999.

BORQUEZ BUSTOS, Rodolfo. *Pedagogía crítica.* México, Trillas, 2009.

BOUZAS ORTIZ, Alfonso y Gómez Gallardo, Perla. Coords. *Epistemología y epistemología jurídica. Temas a debate.* México, Jus, 2011.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Introducción al estudio del derecho*. México, Nostra-UNAM, 2009.

COGHLAN, Andy and Debora MacKenzie. "Revealed- the capitalist network that runs the world". *New Scientist*, 24 de octubre de 2011. *http://www.newscientist.com/article/mg21228354.500-revealed-*

ESTEFANÍA, Joaquín. *Hij@ ¿qué es la globalización?*. México, Santillana, 2002.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Jorge. "Elementos que consolidan el concepto de profesión. Notas para su reflexión". *Revista electrónica de investigación educativa*. Universidad Autónoma de Baja California, Instituto de Investigación y Desarrollo Educativo, Vol. 3, no. 1, 2001, *redie.uabc.mx/vol3no2/contenido-fernandez.pdf*

FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y dolor". *Isonomía,* no. 27, octubre de 2007.

FINNIS, JOHN. *LEY NATURAL Y DERECHOS NATURAL.* BUENOS AIRES, ABELEDO PERROT, 2000.

FLORES, Imer. "Prometeo (des) encadenado: La enseñanza del derecho y los estudios de posgrado".*Derecho y Cultura.* México, UNAM, IIJ, AMEDyC, número 14-15, mayo-diciembre 2004.

FREIRE, PAULO. *PEDAGOGÍA DEL OPRIMIDO.* 2ª ED. MÉXICO, SIGLO XXI, 2005.

FRONDIZI, R. "Valor, Estructura, Situación". *Dianoia,* año XVIII, no. 18, 1972, *http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1972/dia1972.html*



14-Morales-RevFac264.indd 470 05/01/16 1:57 p.m.

Frondizi, Risieri. ¿Qué son los valores? México, FCE, 2000.

Gómez de Silva, Guido. *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. México, FCE, COLMEX, 1996.

Hegel, G. W. F. *Filosofía del derecho.* México, UNAM, 1975.

Heidegger, Martin. *Carta sobre el humanismo. http://www.heideggeriana.com.ar/textos/carta_humanismo.htm*

Hernández Franco, Juan Alberto y Castañeda y G, Daniel H. *Curso de filosofía del derecho*. México, Oxford, 2009.

Ianni, Octavio. *Teorías de la globalización*. 7ª ed. México, Siglo XXI-CIICH, 2006.

Jalife-Rahme, Alfredo. "Bajo la lupa. *New Scientist* revela la identidad de la plutocracia bancaria (1%) que controla al mundo (99%)". *La jornada*, México, 23 de octubre de 2011, *http://www.jornada.unam.mx/2011/10/23/opinion/016o1pol*

Lebow, Victor. "Price competition in 1955", *Journal of Retailing*, *classroom.sdmesa.edu/pjacoby/journal-of-retailing.pdf*

Leonard, Annie. *La historia de las cosas*. Buenos Aires, FCE, 2010.

Magendzo, Abraham. *Educación en derechos humanos.* Bogotá, Magisterio, 2005.

Marx, Karl. "Tesis sobre Feuerbach", *Obras escogidas II.* Moscú, Editorial Progreso, 1977.

Menke, Christoph y Pollmann, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*. Barcelona, Herder, 2010.

Morales Lizarraga, Miguel. *Integralidad y transpersonalidad de los derechos humanos.* Tesis de licenciatura en filosofía.

Mosca, Juan José y Pérez Aguirre, Luis. *Derechos humanos. Pautas para una educación liberadora.* 3ª ed. México, CNDH, 1994.

Oliva Santos, Andrés de la. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Ortiz Ortiz, Serafín. "Educación jurídica y posgrado en México". *Derecho y Cultura.* México, UNAM, IIJ, AMEDyC, número 14-15, mayo-diciembre 2004.



14-Morales-RevFac264.indd 471 05/01/16 1:57 p.m.

PÉREZ ROCHA, Manuel. "Las humanidades y la barbarie de la RIEMS", *La Jornada,* México, 16 de junio de 2011, *http://www.jornada.unam.mx/2011/06/16/opinion/020a2pol*

PUERTAS GÓMEZ, Gerardo. "Dos márgenes, un cauce. La educación del derecho en México y en los Estados Unidos de América".*De Legibus* Revista de The Harvard Law School Association of México, A.C. México, Año 1, Número 1, mayo 2002.

QUINCENO, Humberto "Foucault ¿Pedagogo?", *Revista Educación y Pedagogía.* Medellín, Universidad de Antioquía, Facultad de Educación, Vol. XV, No. 37, septiembre-diciembre, 2003.

RITZER, George. *La macdonalización de la sociedad*. Barcelona, Ariel, 1996.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Miriam. "La SEP, utensilio de la OCDE", *La Jornada*, México, 12 de julio de 2012, *http://www.jornada.unam.mx/2012/07/01/opinion/019a1pol*

SOUSA, Boaventura. *Por una concepción multicultural de los derechos humanos.* México, CIICH-UNAM, 1998.

ULLOA, Ana Lilia. *Multiculturalismo pluralista y la propuesta educativa de Dewey*. www.bibliojuridica.org/libros/1/341/21.pdf

WITKER, Jorge. *Docencia crítica y formación jurídica.* En Witker, Jorge. Comp. *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho.* México, UNAM, 1995.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. United States, Princeton University Press, 1990.



14-Morales-RevFac264.indd 472 05/01/16 1:57 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# JUICIO EN LÍNEA JUSTO

## ON LINE JUST TRIAL

ALICIA RENDÓN LÓPEZ Y ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ[1]

RESUMEN: Juicio en línea justo, se adscribe a la propuesta de una metodología por Indicadores sobre derechos humanos para medir el cumplimiento de éstos en todo procedimiento judicial e incluso administrativo; adaptándola al contexto nacional y regional de nuestro país, priorizando en todo tiempo el mayor beneficio al ser humano y procurando no incurrir en prácticas discriminatorias y de ensanchamiento de la brecha digital en México..

PALABRAS CLAVE: *Juicio en línea; Indicadores; Derechos humanos; Gobierno electrónico.*

ABSTRACT: Online just trial, is ascribed to the proposal of a methodology for human rights indicators to measure the achievement of these in any judicial or even administrative; adapting it to national and regional context of our country, giving priority at all times the greatest benefit to man and trying not to incurring discriminatory practices and widening of the digital divide in Mexico.

KEYWORDS: *On Line Trial; Indicators; Human Rights; E-Governments.*

SUMARIO: I. La orientación metodológica. II. Gobierno electrónico. III. Juicio contencioso administrativo en línea. IV. Juicio de amparo en línea. V. Concilianet y Sicor. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

[1] Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y abogados postulantes en materia familiar en diversas entidades federativas y en juicios en línea.

15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 473 05/01/16 2:00 p.m.

## I. La orientación metodológica

El juicio en línea en nuestro país, es una realidad novedosa que posibilita la impartición de justicia, ya sea administrativa o judicial, a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs); y aunque apenas hace unos cuantos años comenzó a operar, las ventajas que ofrece son ya evidentes, por lo que el reto de los juristas de hoy es su óptima utilización, como instrumento para un juicio justo.

El presente pretende dar cuenta de la implantación del juicio en línea en nuestro México y de la metodología para lograr que éste sea justo; lo que se hará a través del método descriptivo, histórico, documental y argumentativo.

Comencemos por mencionar que la denominación de juicio en línea está ligado totalmente con un sistema electrónico en red, al que se puede accesar desde cualquier lugar en donde nos encontremos. No obstante, es importante tener presente, que éste juicio no tiene solamente un carácter tecnológico, sino que constituye una importante transformación cultural en la forma de impartir justicia.

En términos generales, éste se substancia con las mismas etapas que un juicio tradicional, a saber: postulatoria, probatoria, conclusiva, resolutoria e impugnativa.

Como todo procedimiento judicial, e incluso administrativo, debe estar sostenido en una política de calidad en la prestación del servicio e impartición de justicia. Para ello, se requiere que haya claridad, transparencia y rendición de cuentas sobre los procesos jurisdiccionales y administrativos de una institución. Además de cumplir con los principios procesales de tutela judicial efectiva, debido proceso, igualdad y gratuidad, establecidos en el artículo 17 de nuestra Carta Magna.

Asimismo, la función judicial tiene aquí una connotación más allá de su carácter público y propio del Estado de conformidad con



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 474 05/01/16 2:00 p.m.

los principios de continuidad, eficiencia, eficacia y adaptación en la realización de la tarea institucional.

Existen indicadores y valores de referencia que brindan información concreta sobre el estado inicial del servicio de un juicio en línea y su relación con las normas de derechos humanos; lo que resulta útil en todo momento, para evaluar y vigilar la promoción y protección de estos derechos, pues sólo con el cumplimiento a los mismos podría considerarse un juicio justo, aun no siendo en línea. Un ejemplo de indicador es: el número de apelaciones en contra de resoluciones dictadas en primera instancia por considerarse arbitrarias.

Esta orientación metodológica en la construcción de indicadores de medición y aplicación de los derechos humanos en un juicio en línea, la encontramos en la guía realizada por la Oficina en México de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) que, entre otros, tiene como propósito evaluar la efectividad de las tareas del Poder Judicial en relación con los derechos humanos, sobre todo en cuestión de vigilancia, acceso a la transparencia de la actuación de los jueces y el seguimiento que se hace de las recomendaciones y observaciones del organismo público de derechos humanos consagrados en la norma nacional e internacional.

Con estos indicadores se contribuye al establecimiento de instrumentos estadísticos confiables sobre el quehacer institucional, mediante la comparación de datos en razón de temporalidad, espacialidad, sexo, edad y sectores de la población que se atiende.

Por ejemplo, en el Tribunal Electrónico del Estado de Tamaulipas, denominado e justicia, que fue el primero en adoptar esta metodología con la cual va a la cabeza en nuestro país, losindicadores de derechos humanos han arrojado información sobre: "1) Los recursos económicos que el STJET; 2) La autonomía que esta institucióntiene para su manejo y autogobierno judicial; 3) La carrera judicial y los mecanismos de selección del personal, y 4) La evaluación del desempeño del personal y el sistema de responsabi-



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 475 05/01/16 2:00 p.m.

lidades administrativas o penales correspondientes."[2] Los cuáles a su vez, contribuyenala identificación de otros 77 Indicadores para la medición sobre el cumplimiento de los derechos humanos elaborados con la metodología de la ONU-DH, contextualizados para adaptarse a las necesidades propias de la Institución y específicamente, de su Tribunal Electrónico.

La metodología en comento, ha sido elaborada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), quien tiene el mandato de *prevenir* las violaciones y asegurar el *respeto* de los derechos humanos, promover y proteger el disfrute y la plena realización (*cumplimiento*) para todas las personas de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos concertadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 y; el documento final de la Cumbre de 2005; con los cuáles, básicamente, se conforma la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Es importante enfatizar, que este marco normativo internacional de Derechos humanos, que incluyen Tratados Internacionales, Observaciones Generales y Recomendaciones de los órganos que vigilan su aplicación, aunque no todos con carácter obligatorio, abarcan normas o principios transversales como la no discriminación, la igualdad, el acceso a la información, la rendición de cuentas, la libertad de expresión, el estado de derecho, entre otras.

En este sentido, tales normas representan un conjunto de medidas de desempeño sobre las cuales deben rendir cuentas los Estados

---

[2] Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU-DH) y Poder Judicial del Estado de Tamaulipas (PJETAM),*Indicadores sobre el derecho a un juicio justo y evaluación del desempeño del poder judicial de Tamaulipas*, publicado por PJETAM y ONU-DH, México, 2012, p.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 476 05/01/16 2:00 p.m.

garantes de los mismos y constituyen una valiosa oportunidad para que expongan y declaren las medidas que han adoptado para mejorar la situación de derechos humanos en su país, y en el caso que nos ocupa, en los juicios en línea.

Lo mismo ocurre con los *sistemas regionales y nacionales*, instrumentos indispensables para la protección y promoción de derechos humanosen el nivel nacional; pues aún cuando estas organizaciones intergubernamentales no formen parte de las Naciones Unidas, a través de ellas se elaboran normas de derechos humanos y se establecen mecanismos de vigilancia y protección de esos derechos.

Así, el cumplimiento al marco normativo internacional y nacional en materia de derechos humanos, como lo señala la Oficina del ACNUDH, obliga "a revisar los marcos analíticos, metodológicos y jurídicos existentes para asegurar que integren una auténtica atención a la libertad frente al miedo y la necesidad y frente a la discriminación; evaluar el grado de participación de la población en el desarrollo y en la distribución equitativa de sus beneficios; reforzar la rendición deCuentas y adoptar métodos que empoderen a las personas, en particular a las más vulnerables y a las más marginadas".[3]

La construcción de indicadores pretende,básicamente, constituirse como la metodología pertinente para lograr el cumplimiento efectivo de las normas sobre derechos humanos, procurando a los Estados la disponibilidad de instrumentos apropiados para la formulación y evaluación de sus políticas en la materia, en dónde se sitúe al ser humano como el centro indiscutible de las mismas, en pro del bienestar social.

Los indicadores, entonces, no pretenden evaluar el desempeño de los Estados en materia de Derechos Humanos, sino poner de relieve las normas, principios y atributos de Derechos Humanos

[3] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU-DH), Indicadores de Derechos Humanos, Guía para la medición y aplicación, Prefacio, 2012, p. 11; consultado el 10 de junio de 2013, en:http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 477 05/01/16 2:00 p.m.

consagrados en el marco internacional de derechos humanos, traduciéndolos en indicadores y valores de referencia pertinentes, en este caso, aplicables y medibles al juicio en línea en México.

Debemos tener presente, que los derechos humanos son "garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana." [4] Además, son inalienables, interconectados, interdependientes e indivisibles y corresponden a todo ser humano; por tanto, los garantes de estos derechos están obligados a respetarlos, protegerlos, hacerlos efectivos y a satisfacer un nivel mínimo esencial, a partir del cual adoptarán medidas para la plena realización de éstos.

Para que la obligación de prevenir, respetar, proteger y hacer cumplir estos derechos se colme, es necesario realizar la obligación de conducta, que se traduce en la adopción de medidas razonablemente calculadas para que realmente se disfrute de ciertosderechos y; la obligación de resultado observable en el logro demetas específicas que el mismo Estado se exige para satisfacer una norma sustantiva. Por ejemplo, El aumento de un juicio justo en línea es posible medirse a través de un indicador estadístico como la reducción de quejas por violaciones al procedimiento.

Como se puede notar, los indicadores de derechos humanos "brindan informaciones concretas sobre el estado o la condición de un objeto, un acontecimiento, una actividad o un resultado que pueden estar relacionados con las normas de derechos humanos; que abordan y reflejan principios e intereses en materia de derechos humanos y que se utilizan para evaluar y vigilar la promoción y protección de los derechos humanos"[5], "… es una herramienta que sirve para definir objetivos e impactos de forma más precisa, mediante una medida verificable de cambio o resultado a fin de

[4] *Ibídem*, p. 12.

[5] *Ibídem,* p. 19.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 478 05/01/16 2:00 p.m.

obtener un estándar medible, comparable y capaz de generar un desarrollo y demostrar un progreso." [6]

Existen dos tipos de indicadores: cuantitativos, *objetivos o estadísticos*, ya que normalmente se basan en hechos, objetos o sucesos que puedan expresarse en forma de índices, cifras o porcentajes y;cualitativos, subjetivos *o* categóricos, los cualesse basan en juicios, opiniones, percepciones y se expresan normalmente en listas de comprobación, datos descriptivos y categóricos que aportan y complementan la interpretación de los indicadores cuantitativos. Como ejemplo de los primeros, podemos citar: número de juicios en rebeldía o de desistimientos o de quejas; y de los segundos: porcentaje de personas que se sienten seguras en un juicio en línea o valoración descriptiva del grado de imparcialidad de la justicia.

Es menester precisar, que los Indicadores de derechos humanos deben tener sustento en el contenido normativo de cada derecho humano que protege.

También se enfatiza que un indicador estadístico no es un ejercicio normativo ni neutral en lo que atañe a los valores, sino por el contrario, debe ponderarse como un imperativo normativo práctico, porque detrás de cada dato estadístico hay seres humanos librevolentes como lo diría el maestro Recasén Siches.[7]

Los indicadores o instrumentos antes mencionados, cuando son usados para vigilar, verificar y evaluar los cambios producidos en el programa, se denominan indicadores del desempeño, y se encuentran en relación transversal *con* las normas de derechos humanos, en virtud de que sus principios y bases corresponden a las tecnologías de programación. A diferencia de los *indicadores de cumplimiento*, cuyos resultados evidencian la medida en que se están cumpliendo las normas de derechos humanos.Es por eso, que a los indicadores

---

[6] *Op. cit.,* p. 25.

[7] Recasens Siches, Luis, *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico, la Filosofía del Derecho en el siglo XX, Ediciones Coyoacán*, México, 2007, Colección Derecho y Sociedad, p. 77.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 479 05/01/16 2:00 p.m.

del cumplimiento se les asocia plenamente con el disfrute de los derechos humanosya que contribuyen al cumplimiento de las obligaciones concretas.

En la construcción de esta metodología para el disfrute de un juicio en línea justo, se han ponderado tres tipos de indicadores, que a continuación se explican:

- Estructurales. Reflejan el *compromiso del Estado*en adoptar medidas que conlleven al disfrute de los Derechos Humanos, al haber ratificado algún instrumento jurídico internacional, mismo que siempre estará acorde con lasnormas y mecanismos nacionales que protegen tales derechos, proyectando en todo momento, las políticas públicas que para tal efecto sean dictadas.
- De proceso. Concretizan todas las medidas intervencionistas y programas públicos para materializar su compromiso de alcanzar los resultados correspondientes al disfrute de un determinado derecho; a través de éstos, evalúa su protección y ejercicio progresivo.
- De resultados. Evidencian el grado de realización de un derecho.

En cada uno de estos Indicadores, se formulan diversos valores de referencias, que son criteriosde medición predeterminados que pueden estar basados en consideraciones normativas o empíricas y de acuerdo a cada contexto nacional y regional. Así tenemos, que para el Indicador: El derecho a un juicio justo; se han formulado los valores de referencia: 1. Acceso e igualdad ante cortes y tribunales; 2. Cortes competentes e independientes; 3. Presunción de inocencia y garantías en la determinación de cargos penales; 4. Protección especial para niños y niñas, y; 5. Revisión por una instancia superior.[8]

A cada uno de esos valores determinados, también se le atribuyen determinados *atributos* con los cuales se medirá el valor de referencia.

---

[8] *Op. cit.*, nota 2, p. 107.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 480 05/01/16 2:00 p.m.

Podemos citar, a manera de ejemplo, que si el Indicador es el Derecho a un Juicio Justo; un valor de referencia será el acceso e igualdad ante cortes y tribunales y; algunos de sus atributos se formularán: En *lo estructural*, como el número de tratados Internacionales sobre Derechos Humanos para un Juicio Justo que el Estado ha suscrito y periodicidad de revisión de la leyes sobre la materia, entre otros; De proceso, como proporción de jueces y personal operativo por número de usuarios del tribunal y proporción de víctimas de delitos, entre otros y; De resultados, como casos comunicados de denegación de justicia y los que obtuvieron reparación en un plazo razonable, también entre otros.

Es claro entonces, que en un juicio en línea o tradicional, cuando se respetan, garantizan, evalúan, cumplen y disfrutan los derechos humanos, estamos sin duda alguna ante un juicio justo.

Es así, que el Poder Judicial del Estado de Tamaulipas realizó una adecuación y formuló una propuesta de Indicadores ilustrativos para 14 derechos humanos que se traducen a su vez en un número variable de atributos[9],que también adecuó a su Tribunal Electrónico.

A manera de antecedente, diremos que el juicio en línea en el Tribunal referido, inicio con las listas de acuerdos que se hacían manualmente por medio de un editor de texto, como Word, así que los primeros frutos de este sistema eran las listas de acuerdos generadas automáticamente. Este sistema de gestión inició aproximadamente entre los años 2000 y 2001, progresando paulatinamente. Uno de sus co-creadores comenta:

> El primer estado en implementar algo relacionado al Tribunal Electrónico que nosotros manejamos fue Nuevo León. Sin embargo nosotros fuimos los primeros en implementar la firma electrónica. En una comparativa entre Quintana Roo, Nuevo León, Distrito Federal y Tamaulipas; Nuevo León y Tamaulipas son los más avan-

[9] *Op. cit.*, nota 1, p. 15.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 481 05/01/16 2:00 p.m.

zados. Ambos cuentan con el expediente electrónico y el envío de promociones electrónicas.

En lo referente al presupuesto dedicado a Tecnología, el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Tamaulipas *dedica un 1%*.Los Estados con los que se tiene algún tipo de convenio relacionado con sistemas son:

- Baja California Sur
- Campeche
- Chiapas
- Coahuila
- Michoacán
- Nayarit
- Oaxaca
- Sinaloa
- Yucatán
- Zacatecas

En cuanto a reconocimientos se han obtenido 2 por parte del CIAPEM llamados I+T GOB, 2 por *Information Week* del certamen "Las 40 más innovadoras del sector público" y otro más por parte de AMIJ. La comparativa entre otros países es difícil puesto que muchos llevan todo de forma oral y sus registros son únicamente audiograbaciones y/o videograbaciones.[10]

A medida que fue desarrollándose este juicio en línea, los servicios del Tribunal electrónico también lo fueron. Recientemente, a los litigantes del Tribunal Electrónico, se nos hizo saber lo siguiente:

> En ese contexto, me es grato compartirles que, como resultado de la implementación del servicio de Promoción Electrónica, a partir del año 2012, así como de la participación entusiasta del foro litigante tamaulipeco, a la fecha hemos alcanzado la cifra de más de 10,000

[10] MARTÍNEZ RETA, Jesús Joel, "Área Informática del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Tamaulipas", en *Entrevista telefónica* del 25 de julio de 2013.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 482 05/01/16 2:00 p.m.

> procesos de envío de documentos de manera electrónica, a través de este servicio, destacando que absolutamente todas esas promociones fueron enviadas a distancia, de manera remota, al Sistema de Gestión de Juzgados, turnadas y acordadas sin ningún contratiempo, lo que confirma la calidad y eficiencia de dicho mecanismo.[11]

Es importante hacer mención, como antecedente de aplicación de esta metodología en el juicio tradicional, que La Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU-DH) y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, también elaboraron un sistema de Indicadores sobre el derecho a un juicio justo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal,[12] sobre la que se dijo que fortaleció los logros institucionales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, incorporando la perspectiva de los derechos humanos en sus políticas públicas y presupuestos a nivel internacional.

## II. Gobierno Electrónico.

Naturalmente, todo lo antes comentado, conduce a la pre-existencia de un gobierno electrónico *(GE),* que entendido a la manera de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), es un concepto que "se relaciona con el funcionamiento y los objetivos del Estado y el uso de las TIC`s en su administración".[13]

---

[11] Villanueva Mendoza, Armando, Magistrado Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Tamaulipas, septiembre de 2013, consultable en el Tribunal Electrónico en el portal www.pjetam.gob.mx

[12] Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU-DH) y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Indicadores sobre el derecho a un juicio justo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ONU-DH México, 2012, consultado el 15 de junio de 2013 en:http://hchr.org.mx/files/doctos/Ind_JJusto_PGJDF_WEB.pdf

[13] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), La sociedad de la información en América Latina y el Caribe, Desarrollo de las Tecnolo-



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 483 05/01/16 2:00 p.m.

La CEPAL plantea, entre otros temas, que los diversos desafíos para que un país se vaya incorporando a una sociedad de la información, depende de sus propias condiciones iniciales, sus dinámicas tecnológicas, económicas, sociales, culturales y políticas públicas que se adopten para tal efecto.

Esta agenda política debe ser entendida como "una secuencia de procesos de reconocimiento de problemas y oportunidades, elaboración de propuestas y producción de hechos o acontecimientos políticos."[14] Así, en la primera parte del proceso, se hace ese reconocimiento; en la segunda, se definen las opciones para enfrentar los problemas identificados y; la tercera, se ve constituida por la

dinámica de los hechos o acontecimientos que abordan el problema de acuerdo a las opciones o alternativas elegidas.

Por eso, propone un diseño de políticas públicas a partir del análisis de las brechas digitales internacional e internas de los países de la región, identificando como variables determinantes al nivel y distribución del ingreso y la educación formal de la población.

La política pública en este sentido, entonces, se relaciona directamente con la constitución y funcionamiento de un GE, para que la información que se maneje en la administración pública y el intercambio de la misma con los ciudadanos, opere en forma eficiente, transparente, amén de minimizar costos y maximizar ingresos para el mismo gobierno y para beneficio de los ciudadanos.

Podemos decir, entonces, que el gobierno electrónico GE, es la actividad electrónica realizada por el gobierno para la prestación de un servicio, simplificando tiempos, distancias y costos en beneficio del particular o gobernado.

Para evaluar el desarrollo del gobierno electrónico, se retoma, igual que lo hace la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Unión Europea, la concepción de

---

gías y Tecnologías para el Desarrollo, Santiago de Chile, 2008, p. 196; consultado el 13 de junio de 2013, en: http://www.oei.es/tic/cepal.pdf

[14] *Ibídem*, p. 7.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 484 05/01/16 2:00 p.m.

que es un proceso evolutivo de mejoramiento o modernización del gobierno en cuatro etapas:

1. *Información.* Publicación de servicios y cuestiones relativas a organismos estatales en páginas informativas publicadas en la internet, con acceso las 24 horas del día y desde cualquier lugar.
2. *Interacción:* A la entrega de información se agrega la posibilidad de impresión de formularios y formatos para que los ciudadanos los puedan diligenciar abreviando así todo tipo de trámites ante la administración pública.
3. *Transaccional.* Se ofrece la posibilidad de realizar trámites en línea, como el envío de formularios diligenciados, consulta de cuentas y saldos, certificaciones, etc.
4. *Integración.* También denominada *Interoperabilidad*, que consiste en la implementación de un sistema que habilita el intercambio seguro y fluido de la información y realización automática de los procesos de certificación y verificación, entre otros.

En ese orden de ideas, la CEPAL describe los tres estados de desarrollo por los que transita la administración pública al utilizar las TICs, explicando al mismo tiempo, los cuatro desafíos existentes en cada una de ellas; lo que a continuación abordaremos, en un ejercicio de perspectiva de transición del juicio tradicional al de en línea; a saber:

## 1. Desafíos en la Etapa Burocraci.

*Semántico*. Expediente de papel y formularios para la elaboración de escritos; O*rganizacional*. Manejo autónomo de la información del expediente y procedimiento por el propio Juzgado y/o Tribunal; *Técnico*. Máquinas de escribir, archivos documentales, sellos manuales, y; *Gobernanza.* Reglamento Interno del Tribunal.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 485 05/01/16 2:00 p.m.

### 2. Desafíos en la etapa Burocracia + Informática

*Semántico.* Expediente de papel y digital; *Organizacional.* Manejo autónomo de la información del expediente y procedimiento por el propio Juzgado y/o Tribunal; *Técnico.* Máquinas de escribir, expedientes en papel y digitalizados, archivos documentales y digitales, sellos manuales, computadoras, impresoras y boletín electrónico, y; *Gobernanza*. Reglamento Interno del Tribunal y otros marcos legales relacionados con agencias informáticas.

### 3. Desafíos en la etapa Burocracia + Informática + Interoperabilidad

S*emántico.* Expediente electrónico, establecimiento de un marco conceptual de las diferentes etapas procesales en línea, haciéndolas públicas tanto *intra* como interinstitucionalmente y unificación y aceptación de definiciones y criterios para el intercambio de información segura; *Organizacional.* Manejo autónomo de la información del expediente y procedimiento por el propio Juzgado, Tribunal y otros juzgados, tribunales e Instituciones diversos, sin violentar los derechos humanos ni los principios de legalidad; *Técnico.* Computadoras, impresoras, archivos digitales y expedientes electrónicos, firmas electrónicas para acceso seguro y remoto, Sistema o Plataforma Informática para una interoperabilidad protectora y respetuosa de los derechos fundamentales del ciudadano, pagos electrónicos, etc., entre todas las agencias del gobierno, mediante la adopción de estándares técnicos y código abierto, y; *Gobernanza*. Marco legal y Reglamento Interno del Tribunal, otros marcos legales relacionados con agencias informáticas e Instituciones y principios Internacionales de Derechos Humanos.[15]

---

[15] *Ibídem*, pp. 200 a 206.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 486 05/01/16 2:00 p.m.

Podemos decir, que el GE es un estado tecnológico necesario para la implantación del juicio en línea en nuestro país y, que actualmente, éste se encuentra en la etapa de Burocracia e Informática, esto es, en plena transición para llegar al uso pleno de las tecnologías de información y comunicación.

Las normas jurisprudenciales, también dan cuentan de esta etapa de transición, un ejemplo de ello son las siguientes:

> R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año III. No. 23. Junio 2013. p. 271
> VII-P-1aS-574
>
> INCIDENTE DE INCOMPETENCIA EN RAZÓN DE MATERIA. CORRESPONDE CONOCER DEL JUICIO A LA SALA ESPECIALIZADA EN JUICIOS EN LÍNEA, SI LA DEMANDA FUE PRESENTADA MEDIANTE EL SISTEMA DE JUSTICIA EN línea.- De conformidad con lo establecido en el artículo 23 fracción II, del Reglamento Interior del Tribunal Federal deJusticia Fiscal y Administrativa, la Sala Especializada en Juicios en Línea, cuenta con competencia para conocer de los Juicios tratándose de la impugnación de resolucionesdefinitivas que encuadren en cualquiera de los supuestos previstos por los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Asimismo, los artículos 1-A, 13, 58-A y 58-B de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, establecen que en el caso de que la demanda se presente a través del Sistema de Justicia en Línea, el Juicio se promoverá, substanciará y resolverá en línea; y cuando el demandante ejerza su derecho a presentar su demanda por dicho medio, elegida la opción, esta no podrá variarse, disponiendo también que las autoridades demandadas deberán comparecer y tramitar el Juicio en la misma vía**.** Por lo tanto, si un Juicio es promovido a través del Sistema de Justicia en Línea, siendo que la Sala Especializada en Juicios en Línea tiene competencia para tramitar y resolver todos los Juicios promovidos en línea, cuyas materias se encuentren previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con la única salvedad de que la Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual conozca de los Juicios de su competencia que se tramiten en cualquiera de las vías legales, resulta inconcuso que,



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 487 05/01/16 2:00 p.m.

como ninguna disposición legal permite que se cambie la vía por la que optó seguir el Juicio la parte actora, la Sala competente para tramitar y resolver el Juicio, no puede ser otra que la de Juicio en Línea, que es la que tiene tanto la facultad para resolver respecto del fondo de la cuestión, como la de sustanciar el Juicio en línea.

PRECEDENTES:VII-P-1aS-375aprobada en sesión de 15 de noviembre de 2012; VII-P-1aS-376 aprobada en sesión de 20 de noviembre de 2012; VII-P-1aS-377aprobada en sesión de 22 de noviembre de 2012; REITERACIÓN QUE SE PUBLICA:- VII-P-1aS-574 aprobada en sesión de 11 de abril de 2013.[16]

Documentos DIGITALES CON FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA O SELLO DIGITAL. PARA SU VALORACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO DEBE ATENDERSE AL ARTÍCULO 210-A DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AL TENER EL MISMO VALOR PROBATORIO QUE LOS QUE CUENTAN CON FIRMA AUTÓGRAFA.

Del artículo 46, segundo párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo se advierte que para la valoración en el juicio contencioso administrativo de los documentos digitales con firma electrónica avanzada o sello digital, no debe atenderse al artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que el Código Fiscal de la Federación contiene diversas reglas aplicables a éstos que permiten autenticar su autoría, al disponer en su numeral 17-D, párrafo tercero, que la firma electrónica avanzada sustituye a la autógrafa, con lo cual garantiza la integridad del documento y produce los mismos efectos que las leyes otorgan a los que cuentan con firma autógrafa, al tener el mismo valor probatorio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL OCTAVO CIRCUITO

Revisión fiscal 26/2013. Administradora Local Jurídica de Torreón. 14 de marzo de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: René Silva de los Santos. Secretaria: Lilian González Martínez.

---

[16] [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3; Pág. 1782.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 488 05/01/16 2:00 p.m.

## III. El Juicio Contencioso Administrativo en Línea

En materia federal, también es importante hacer mención, que el juicio contencioso administrativo en línea, que se adicionó en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA), por Decreto de 12 de junio de 2009, publicado en el Diario Oficial de la Federación; se substancia mediante la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, desde la demanda hasta la sentencia. En el mencionado juicio, se pretenden colmar los principios previstos en el artículo 17 de nuestra Carta Magna, que a la letra establece:

> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales…[17]

Y de cuyo texto, desprendemos que para obtener una impartición de justicia pronta, eficiente, de calidad y no discriminatoria, aprovechando al máximo todas las tecnologías de la información y comunicación existentes del siglo XXI, es necesario que dé cumplimiento a los principios garantes de los derechos humanos, a saber: Tutela Judicial efectiva, debido proceso, igualdad y gratuidad. Dicha obligatoriedad se robustece con lo ordenado en el primer párrafo del artículo 1°. De nuestra Carta Magna, que a la letra se transcribe:

> 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

[17] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17, consultada el 15 de septiembre de 2013, en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 489 05/01/16 2:00 p.m.

> no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.[18]

El marco conceptual y las reglas para la substanciación y resolución de este juiciocontencioso administrativo federal en todas sus etapas, se encuentran establecidas en el artículo 1-A y 58-A a 58-S de la LFPCA y se lleva a cabo a través del Sistema de Justicia en Línea, el cual está definido en primer numeral citado, fracción XV, de la manera siguiente:

> XV. Sistema de Justicia en Línea: Sistema informático establecido por el Tribunal a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificarel procedimiento contencioso administrativo que se sustancie ante el Tribunal.[19]

Dentro de este sistema de justicia en línea, de forma general, se han concebido tres grandes subsistemas: El Subsistema para la sustanciación del Juicio en Línea, el Subsistema del Juicio Contencioso-administrativo y el Subsistema de Información Estadística.

Como regla general y esencial, se especifica que toda promoción en el juicio en línea deberá contener la *firma electrónica avanzada* de quien la formule y sin este requisito se tendrá por no presentada (art. 4 LFPCA).Para tales efectos, la firma electrónica avanzada es de acuerdo con el artículo 1-A fracción XI:

> El conjunto de datos consignados en un mensaje electrónico adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que permita identificar a su autor mediante el sistema de justicia en línea, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa. La firma electrónica permite actuar en Juicio en Línea.[20]

---

[18] *Ibídem,* artículo 1°.

[19] Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, artículo 1-A fracción XV, consultada el 10 de julio de 2013 y disponible en la dirección electrónica: http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/141/default.htm?s=

[20] *Ibídem*, artículo1-A fracción XI.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 490 05/01/16 2:00 p.m.

Se señala también que, cuando la autoridad tenga el carácter de demandante, la demanda se presentará obligatoriamente y en todos los casos en línea, a través del Sistema de Justicia en Línea. Sobre este particular, del artículo 58-C se deduce que el particular demandado tendrá derecho a ejercer la opción de juicio en el sistema en línea o en el sistema tradicional.

De acuerdo con el numeral antes citado, si el particular demandado ejerce su opción de que el juicio se substancie en líneaa través del Sistema de Justicia en Línea, se precisa que deberá señalar su domicilio y dirección de correo electrónico.

Al substanciarse por medios electrónico, el marco conceptual también cambia, y es necesario considerar, como lo hace la ley de referencia, nuevos conceptos y sus definiciones, entre otros, los siguientes:consulta remota de expedientes, firma digital, firma electrónica avanzada, dirección de correo electrónico, boletín procesal, contraseña, clave de acceso, archivo electrónico, notificación electrónica, pruebas electrónicas o digitales, seguridad de la firma electrónica, fallas técnicas, Sistema de Justicia en Línea, expediente electrónico o digital, acuse de recibo electrónico y videoconferencia para el desahogo de pruebas testimoniales.

Con el procedimiento en línea se pretende lograr la consulta remota de expedientes, los 365 días del año, las 24 horas; seguridad en el uso de la firma electrónica avanzada, así como en las notificaciones; reducción de tiempo en la substanciación del juicio; confianza en el particular y ahorro de papel, entre otros.

En cuanto a las pruebasen el juicio contencioso administrativo en línea, estas deben exhibirse de forma legiblesi se trata de documentales, manifestando si es en original, copia simple o certificada, con la precisión de si se contiene o no la firma autógrafa. Respecto a las no documentales, éstas deberán ofrecerse en la demanda y presentarse ante la Sala que esté conociendo del asunto, en la fecha en que se registre en el Sistema de Justicia en línea del Tribunal la



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 491 05/01/16 2:00 p.m.

promoción de su ofrecimiento, haciendo constar su recepción por vía electrónica.

Se establece claramente, que las notificaciones en este juicio se deberán realizar a través del Sistema de Justicia en línea del Tribunal y el actuario deberá elaborar la minuta electrónica correspondiente en donde precisará la actuación o resolución a notificar y los documentos adjuntos, así como, deberá contener su firma electrónica avanzada. La notificación se tendrá legalmente practicada cuando el mismo Sistema genere el Acuse de recibo electrónico y, en caso de que no lo emita, se efectuará mediante lista y boletín procesal al cuarto día hábil contado a partir de la fecha de envío del correo electrónico, fecha en que se tendrá por legalmente notificado.

Respecto a la presentación y trámite de los recursos de revisión y juicio de Amparo que se promuevan contra las actuaciones y resoluciones derivadas del juicio en línea, no será aplicable lo dispuesto en el capítulo de juicio en línea.

Respecto a la seguridad y posibles fallas en el sistema, caso fortuito, fuerza mayor o por fallas técnicas que interrumpa el funcionamiento del Sistema de Justicia en Línea del Tribunal, las partes deberán dar aviso a la Sala, quien pedirá un reporte al titular de la unidad administrativa del Tribunal. Si existió interrupción en el Sistema, deberá señalar la causa y el tiempo de dicha interrupción, indicando la fecha y hora de inicio y término de la misma; de igual manera, los plazos se suspenderán únicamente por el tiempo que dure la interrupción del Sistema y así se hará constar en el expediente. Considerando el tiempo de la interrupción, se realizará el computo correspondiente, para determinar si hubo o no incumplimiento de los plazos legales.

Cabe hacer notar, que algunas voces se han manifestado en el sentido de que TFJFA ha logrado dichas metas, tal como a continuación se transcribe:

> En 2012, el Ministro, Juan Silva Meza, Presidente de la SCJN, manifestó entre otras cosas, que la justicia sería pronta y expedita con



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 492 05/01/16 2:00 p.m.

> este nuevo juicio en línea que por primera vez ocurría en el planeta, logrando disminuir un juicio de tres años, nueve meses y una semana a 31 días, creado por el Magistrado del Tribunal Federal de Justicia Fiscal Administrativa, Juan Manuel Illescas, denominando al juicio en línea como un expediente electrónico inalterable y seguro que contenía todas las actuaciones en la substanciación de un juicio, optativo para el particular y obligatorio para la autoridad, incluso en los juicios de lesividad, con la sola limitación que una computadora en mal estado.[21]

También, es relevante mencionar que:

> La Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa emitió su primera sentencia en un juicio en línea el 10 de octubre de 2011 al resolver un incidente de previo y especial pronunciamiento en el que se solicitaba la nulidad de una multa impuesta por la Secretaría de Energía, en el que la autoridad demandada solicitaba que la Sala Especializada en Juicios en Línea se declarara incompetente, interpuesto por la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Energía de ese Tribunal; aunque finalmente la Primera Sala resolvió que era competente dado que la ley establece con precisión que una vez que el actor elige la vía de juicio en línea, esta es irrenunciable y obligatoria para la autoridad demandada.[22]
>
> […] y por la vía sumaria el 7 de agosto de 2011, relativa a una inconformidad de una empresa prestadora de servicios en contra de una multa impuesta por casi 110 mil pesos, por la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), que fue resuelta en sólo 31 días.[23]

---

[21] Crónica.com.mx, Juicio en Línea, consultado el 12 de julio de 2013, disponible en:http://www.cronica.com.mx/notas/2012/652956.html

[22] IdcONLINE, Sala Superior del TFJFA emite su primera sentencia en línea, 30 de octubre de 2012, disponible en:http://www.idconline.com.mx/fiscal/2012/10/30/sala-superior-del-tfjfa-emite-primera-sentencia-en-linea

[23] Noticias, prodigy. msn, TFJFA emite primera sentencia mediante juicio en línea, 21 de octubre de 2011, consultable en:http://noticias.prodigy.msn.com/nacional/tfjfa-emite-primera-sentencia-mediante-juicio-en- l%C3%ADnea



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 493 05/01/16 2:00 p.m.

Pero no todo es miel sobre hojuelas, también se ha comentado sobre el fracaso del juicio en línea en el tribunal Fiscal, pues se dice que a casi dos años de su implementación, con un costo de 300 millones de pesos para el uso de la FIEL del Servicio de Administración tributaria, necesaria para el desahogo del juicio electrónico, sólo por esta vía se substancian menos del 2 por ciento del total de los nuevos asuntos que ingresan al año ante ese órgano.[24]

Como podemos notar, el juicio en línea es ya una realidad en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, para una sola de sus Salas que conoce de este tipo de juicios, pero aún falta caminar hacia su total establecimiento en todas las Salas del Tribunal.

## IV. El Juicio de Amparo en Línea

La reciente Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue publicada en el D. O. F. el 2 de abril de 2013, en ella se incorporó el juicio en línea.

En su artículo 3º establece que es optativo para el promovente del juicio de amparo, presentar su escrito en forma impresa o electrónicamente; en este último caso, utilizará la firma electrónica conforme a la regulación que emita el Consejo de la Judicatura Federal para que produzca los mismos efectos que la firma autógrafa; a excepción de que el amparo se promueva en los términos del artículo 11 de la ley de la materia.

De igual manera, su artículo 20 señala:

> El juicio puede promoverse por escrito, comparecencia o medios electrónicos en cualquier día y hora, si se trata de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión,

[24] La jornada, 13 de mayo de 2013, "Fracaso", el sistema de justicia en línea del Tribunal Fiscal, consultado el 5 de julio de 2013 en:http://www.jornada.unam.mx/2013/05/13/politica/008n1pol



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 494 05/01/16 2:00 p.m.

> proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales. …[25]

En todo caso, es obligación de los órganos jurisdiccionales cumplir con las reglas y acuerdos generales que dicte el Consejo de la Judicatura Federal para que el expediente electrónico e impreso coincidan íntegramente, ya sea que las partes promuevan en forma impresa o electrónica.

Los secretarios de acuerdos de los órganos jurisdiccionales darán fe de que tanto en el expediente electrónico como en el impreso se incorporen todas y cada una de las promociones, documentos, autos y resolución, a fin de que coincidan en su totalidad para ser consultado por las partes.

En el artículo 21 de la ley en comento, se precisa que la presentación de las demandas o las promociones de término en forma electrónica a través de la firma electrónica, podrán enviarse hasta las veinticuatro horas del día de su vencimiento.

En su artículo 22, la referida ley señala que los plazos se contarán por días hábiles y, comenzarán a correr a partir del día siguiente al en que surta sus efectos la notificación, incluyéndose el *día* del vencimiento y salvo el caso en materia penal, en donde se computarán de momento a momento. Este cómputo también aplica las realizadas en forma electrónica. Al respecto, en el artículo 24 de esta ley, se precisa:

> Cuando el quejoso y el tercero interesado cuenten con Firma Electrónica y pretendan que los autorizados en términos del párrafo anterior, utilicen o hagan uso de ésta en su representación, deberán

---

[25] Ley de Amparo, artículo 20, consultada el 10 de julio de 2013 y disponible en la dirección electrónica:http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 495 05/01/16 2:00 p.m.

comunicarlo al órgano jurisdiccional correspondiente, señalando las limitaciones o revocación de facultades en el uso de la misma.[26]

Las notificaciones por vía electrónica se sujetarán, entre otras, a las reglas siguientes, de acuerdo con el art. 30 del ordenamiento legal en comento:

- La primera notificación se hará a los representantes de las autoridades responsables y a las que tengan el carácter de tercero interesado o a cualquier otra que tuviera intervención en el juicio, por oficio impreso en términos del artículo 28 de la referida ley; excepcionalmente se hará a través de oficio digitalizado mediante la firma electrónica.
- Las autoridades responsables y las que tengan el carácter de quejosos o terceros interesados, tendrán un término de dos días para darse por notificados y obtener la constancia de consulta a que se refiere la fracción III del artículo 31 de esta Ley, a partir de que el órgano jurisdiccional la hubiere enviado.
- De no generarse dicha constancia, el órgano jurisdiccional tendrá por hecha la notificación y se dará, en su caso, por no cumplida por la autoridad responsable la resolución que contenga. Pasado este tiempo, el órgano jurisdiccional respectivo deberá de elegir si se habilita la notificación por actuario o no.
- Para el caso de que los quejosos o terceros interesados no generen la mencionada constancia, el órgano jurisdiccional tendrá por hecha la notificación.

En el caso de falla técnicas del sistema, por caso fortuito o fuerza mayor, que interrumpan el sistema electrónico, se suspenderán únicamente por ese lapso, los plazos correspondientes.

El órgano jurisdiccional deberá notificar a las partes sobre la interrupción del sistema, haciéndoles saber el tiempo de falla, desde

[26] *Ibídem*, artículo 24.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 496 05/01/16 2:00 p.m.

su inicio hasta su restablecimiento, así como el momento en que reinicio el cómputo de los plazos correspondientes.

En lo relativo a los medios de impugnación de sentencias, en la ley que se comenta, expresamente se establece:

Artículo 80. En el juicio de amparo sólo se admitirán los recursos de revisión, queja y reclamación; y tratándose del cumplimiento de sentencia, el de inconformidad.

Los medios de impugnación, así como los escritos y promociones que se realicen en ellos podrán ser presentados en forma impresa o electrónicamente. Los requisitos relativos al acompañamiento de copias o de presentación de cualquier tipo de constancias impresas a los que se refiera el presente Capítulo, no serán exigidos a las partes que hagan uso de las tecnologías de la información a las que se refiere el artículo 3o de esta Ley, en el entendido de que, cuando así sea necesario, tales requisitos serán cumplimentados por esa misma vía.

Para el caso de que los recursos se presenten de manera electrónica, se podrá acceder al expediente de esa misma forma.[27]

Por lo que se puede apreciar, en el juicio de amparo tenemos un expediente de papel y otro digitalizado, por lo que aún no podemos hablar de un juicio en línea con un solo expediente totalmente electrónico.

## v. Concilianet y Sicor

Cabe mencionar, que *Concilianet* comenzó a operar en México, primero como programa piloto desde el 3 de junio de 2008, después el 9 de diciembre de ese mismo año como *Lanzamiento Controlado* y desde el 14 de diciembre del ese año como *Despliegue Nacional*; en donde se observa un procedimiento totalmente en línea y de pleno cuño mexicano.

Este programa, primero en su tipo en América Latina, es el primer procedimiento administrativo seguido en forma de juicio que

[27] *Ibídem,* artículo 80.



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 497 05/01/16 2:00 p.m.

se realiza completamente por medios electrónicos, lo que también convirtió a la Procuraduría

Federal del Consumidor (PROFECO) en la primera agencia de protección al consumidor que desarrolló un módulo de solución de controversias mediante internet.

> Tiene como propósito facilitar el acceso y acercar el procedimiento conciliatorio a los consumidores mediante el uso de tecnologías de la información; evitando la tramitología en los procedimientos tradicionales ante PROFECO. Por lo que puede decirse que es una plataforma virtual de solución de controversias en línea, derivadas de las reclamaciones y quejas por la adquisición de bienes o contratación de servicios por incumplimiento a la Ley Federal de Protección al Consumidor, recibidas las 24 horas del día, los 7 días de la semana y con asesoría permanente por parte del personal de CONCILIANET por la vía telefónica o correo electrónico.

Existen datos que indican que desde su inicio y hasta el 31 de agosto de 2012 se atendieron a través de esta plataforma, un total de 6,727 reclamaciones, de las cuales 4,181 se radicaron como quejas, con un 96% de conciliación y satisfacción del consumidor en su queja y un 101% de monto recuperado a favor del consumidor. A esa misma fecha, se tuvo un total de 70 proveedores participantes en este programa.[28] Atiende al consumidor bajo una política de cero filas, cero espera y cero papel. Asimismo, se prevé un plan de contingencia que aplicará cuando exista caso fortuito o fuerza mayor que impida a cualquiera de las partes, el ingreso a la plataforma Concilianet.

Actualmente el Procedimiento conciliatorio, se encuentra previsto en la Ley Federal de Protección al consumidor, en su capítulo XIII "Procedimientos", Sección

---

[28] PROFECO, Memoria documental: Conciliación a través de medios electrónicos: Concilianet, 2008 a 2012, México, 2012; consultado el 3 de julio de 2013 en:http://www.economia.gob.mx/files/transparencia/informe_APF/sectorial/PROFECO/md_concilianet_profeco.pdf



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 498 05/01/16 2:00 p.m.

Primera. Disposiciones comunes y Sección Segunda. Procedimiento conciliatorio; fungiendo como ley supletoria el Código Federal de procedimiento Civiles.[29]

Cabe precisar, que como ejercicio académico y experiencia creadora, la orientación metodológica de indicadores derechos humanos se aplicó en la construcción teórica de proyectos para nuevos procedimientos administrativos y jurisdiccionales en línea; que proporcionaron reflexiones críticas a favor de la implementación de un juicio totalmente en línea en nuestro país, justo porque respete y garantice el cumplimiento de los derechos humanos y sea libre de discriminación de cualquier tipo.[30]

Por otra parte, y respecto al Sistema Integral para Consulta de Resoluciones (SICOR), también conocido como Boletín Electrónico; sólo diremos que es el primer paso del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para comenzar con la implementación del juicio en línea y expediente electrónico, que como ya hemos mencionado, deberá cumplir con los principios procesales de tutela judicial efectiva, debido proceso, igualdad y gratuidad que nuestra Constitución Política prescribe en el artículo 17.Pues hasta julio de 2013, este sistema informático proporciona diversos paquetes de Consulta, previo registro y *pago*, de hasta 20 expedientes para consulta vía *web*, por día, con parámetros de búsqueda, aviso por correo electrónico y*sms* de los expedientes registrados, consulta y descarga del estatus o detalle de las resoluciones de los expedientes registrados.[31]

---

[29] Ley Federal de Protección al Consumidor 2013, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Capítulo XIII. Procedimientos; disponible el 1 de octubre de 2013 en: http://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/LFPC_actuali_16ene2013.pdf

[30] Rendón López, Alicia, *Juicio en línea*, Curso impartido a Servidores Públicos de la Procuraduría federal del Consumidor, Unidad de Capacitación, México, julio, 2013.

[31] INTRANET del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, SICOR Sistema Integral para Consulta de Resoluciones, consultado el 1 de octubre de 2013 y disponible en:http://intranet.tsjdf.gob.mx/



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 499 05/01/16 2:00 p.m.

## VI. Conclusiones

Es preciso tener presente que en esta etapa de transición, de juicio tradicional a juicio en línea, éste último está ligado a la implementación de tecnologías de punta en todos los ámbitos de la vida y la sociedad, lo que implica un mayor costo económico para la instauración de la infraestructura informática y capacitación de los servidores públicos operativos involucrados.

Con la elaboración de indicadores sobre el derecho a un juicio justo en línea se puede construir una propuesta metodológica para medir el cumplimiento de los derechos humanos en todo procedimiento judicial e incluso administrativo, adaptándola al contexto nacional y regional de nuestro país, priorizando en todo tiempo el mayor beneficio al ser humano.

Existe la necesidad de implementar una procuración de justicia de manera expedita y se requieren políticas públicas encaminadas a la adopción de medios electrónicos para la solución de controversias, como un instrumento útil para la actividad jurisdiccional y no como sustituto de la capacidad decisional o como excusa para no dar respuesta en tiempo y forma a las pretensiones de los promoventes.

Se debe evitar al máximo, incurrir en prácticas discriminatorias y de ensanchamiento de la brecha digital en México; abatiendo primero la extrema pobreza de millones de habitantes antes que priorizar el uso de las computadoras y la internet, como política pública para alcanzar el desarrollo de nuestro país.

Desde el escenario administrativo internacional, el uso y empoderamiento de las TIC´s nos colocan en evidente desarrollo de las tecnologías, pero la brecha digital nos está llevando a la violación de derechos humanos por actos discriminatorios y de falta de oportunidades para las clases que por miseria o ignorancia no pueden acceder a una justicia, pronta, expedita gratuita y justa en los tribunales electrónicos.

Por eso postulamos por un juicio en línea que conserve su carácter de optativo para el ciudadano demandado o demandante y su gratuidad



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 500 05/01/16 2:00 p.m.

para mantener la interoperabilidad eficaz y pronta, siempre conforme a Derecho y en aras de proteger los derechos humanos.

El juicio en línea es en nuestros días una opción tecnológica que está dando resultados positivos y alentadores, sobre todo en las entidades federativas presas de la inseguridad de tránsito de sus usuarios, como Tamaulipas y Monterrey.

Con apego a estricto derecho y leyes que los regulan el Tribunal electrónico, proporciona celeridad, seguridad en las promociones y actuaciones judiciales y reducción en tiempos, papel y transportación, por citar algunos de los beneficios.

## VII. Bibliografía

Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (Cepal) División de Desarrollo Productivo y Empresarial. Programa Sociedad de la Información. *La Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe: Desarrollo de las tecnologías y Tecnología para el Desarrollo*, Santiago de Chile, 2008.

Moreno Padilla, Javier, *Antecedentes del juicio en línea*, Ed. Trillas, México, 2012.

Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, *Indicadores de Derechos Humanos, Guía para la medición y la aplicación*, Nueva York y Ginebra, 2012.

Poder Judicial de la Federación, *Manual del Justiciable. Elementos de Teoría General del Proceso*, Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, México, 2012.

### 1. Libros Digitalizados

Frosini, Vittorio. *Informática y derecho*, Temis, Bogotá, 1988. (PDF)



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 501 05/01/16 2:00 p.m.

## 2. Cibergrafía

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, et alii, Indicadores sobre el derecho a un juicio justo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2012, disponible en la dirección electrónica:http://hchr.org.mx/files/doctos/Ind_JJusto_PGJDF_WEB.pdf

Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo 2013, Título X Del juicio en línea, disponible en la dirección electrónica: http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/141/default.htm?s=

Ley de Amparo, disponible en la dirección electrónica:http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf

Profeco, Memoria documental: Conciliación a través de medios electrónicos: Concilianet, 2008 a 2012, México, 2012; consultado el 3 de julio de 2013 en: http://www.economia.gob.mx/files/transparencia/informe_APF/sectorial/PROFECO/md_concilianet_profeco.pdf

## 3. Plataformas Electrónicas

SCJN, Jurisprudencias y Tesis aisladas IUS, disponible en la dirección electrónica:http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx

Tribunal electrónico del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas 2013.

http://www.pjetam.gob.mx/

Plataforma SICORhttp://sicor.poderjudicialdf.gob.mx/

INTRANET del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, SICOR Sistema Integral para Consulta de Resoluciones, consultado el 1 de octubre de 2013 y disponible en: http://intranet.tsjdf.gob.mx/



15-Rendón.Sáchez-RevFac264.indd 502 05/01/16 2:00 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y SU ROL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

## INVESTMENT PROTECTION AND ITS ROLE IN THE INTERNATIONAL TRADE

CARLOS H. REYES DÍAZ[1]

RESUMEN: En el año 2015 se conmemoran los setenta años de la Carta de las Naciones Unidas, los cincuenta años de la creación del tribunal de inversiones del Banco Mundial y los veinte años de la creación de la Organización Mundial del Comercio. Este trabajo tiene el propósito de poner sobre la mesa los retos más evidentes de los sistemas comerciales y de inversiones multilaterales, en cuanto a solución de conflictos en la actualidad como dos posibles aliados (¿o adversarios?) de un sistema que cuenta con recetas regionales y bilaterales que obstruyen un camino claro desde el ámbito multilateral. Por otra parte, se presentan acercamientos que algunas fracciones de la comunidad internacional han realizado como propuestas de cambio para la solución de sus problemáticas.

PALABRAS CLAVE: *ONU; OMC; comunidad internacional; esquema preferencial de controversias; inversiones multilaterales.*

ABSTRACT: In 2015 we commemorate the seventy years of the United Nations Charter, the fiftieth anniversary of the creation of the tribunal of the World Bank's investments and the twentieth anniversary of the creation of the World Trade Organization. This work aims to bring to the table the most obvious challenges of the multilateral trading systems and investment, in terms of conflict resolution, today as two possible allies (or enemies?) of a system that has regional recipes and bilateral obstructing a clear path in the multilateral level. On the other hand, some fractions of the international community have made proposals for change to solve their problems.

KEYWORDS: *UN; WTO; International Community; Preferential scheme of disputes; Multilateral investments.*

[1] Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 503 05/01/16 2:01 p.m.

SUMARIO: I. Introducción. II. La OMC y su rol actual. III. El esquema preferencial de controversias. IV. Retos en materia de inversión. V. Demandas recientes y multiplicidad de acuerdos. VI. Reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

La trayectoria del CIADI es muy diferente de la del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Aunque ambos mecanismos han resuelto similar número de controversias, el CIADI[2], con treinta años más que el OSD[3], tuvo un despegue lento y vio su apogeo a partir de la década de los noventa, mientras que el OSD tuvo un período corto de adaptación y mostró números altos de controversias casi desde su creación. La razón, el OSD resuelve conflictos de todos los acuerdos de la OMC, multilaterales y plurilaterales, de muchas áreas de conocimiento comercial que aplican reglas distintas para cada una de ellas, mientras que el CIADI, aunque conoce de controversias de un número mayor de acuerdos, los conflictos son siempre sobre temas comunes, debido a la similitud que existe entre todos los tratados. Muchas más son las divergencias que tienen entre sí ambos mecanismos y serán analizadas en este trabajo.

Es importante señalar que ambos sistemas no son incompatibles, pero no se ve pronto el momento en el que puedan ser complementarios. No quiero decir que se esté buscando esta complementariedad, pero es verdad que siendo dos materias que forman parte de un objetivo comercial, son tratadas desde orígenes, perspectivas y prospectivas completamente distintas. Los teóricos de una no lo son de la otra,

[2] 525 hasta el 9 de octubre de 2015. Consultado en: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/Newsaspx?CID=165&ListID=-74f1e8b5-96d0-4f0a-8f0c-2f3a92d84773&variation=en_us

[3] 499 se han presentado en la OMC hasta ahora. Consultado en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_current_status_s.htm



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 504 05/01/16 2:01 p.m.

mucho menos los practicantes; esto no quiere decir que no haya quien experimente con ambos, pero esto es diferente a pensar que el estudio de una lleve al conocimiento de la otra, todo lo contrario.

A diferencia de lo anterior, el estudio de los tratados de libre comercio necesariamente requiere de conocer los acuerdos de la OMC y, en muchos casos, también del mecanismo CIADI porque los capítulos de inversión de los TLC's remiten a estos procedimientos. Fuera de este caso, es complicado encontrar temas que vinculen a OSD y CIADI.

En momentos recientes ha quedado en evidencia una fisura para quienes estudian uno u otro de estos temas. Me refiero a que el comercio internacional es tan amplio que se le han adherido temas no estrictamente comerciales, pero que tienen efectos sobre el comercio, como el medio ambiente, los derechos laborales, la propiedad intelectual y los derechos humanos, lo que vuelve más complejo su entendimiento.

Por su parte, el CIADI es un tribunal que resuelve controversias en materia de inversión entre inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión, pero al igual que en la OMC, el concepto de inversión es muy amplio además de difuso,[4] que también ha incorporado los mismos derechos de propiedad intelectual, derechos humanos, y derechos ambientales.

El resultado, ambos tribunales resuelven controversias sobre temas para los que no fueron creados, con la excusa de que son materias que vistas desde una perspectiva especial, pueden tener efectos sobre el comercio o sobre la inversión. En este escenario no aplican las reglas clásicas de conflicto de jurisdicción (i.e, *forum non conveniens*), en realidad no existe posibilidad de conflicto jurídicamente hablando, pero se presentan problemas en la aplicación o no de medidas jurídicas que al final serán en beneficio o en perjuicio de

[4] *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* II, p. 71. Ver documento completo en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 505 05/01/16 2:01 p.m.

los intereses de cada caso concreto, sean éstos particulares o sociales y quizá, incompatibles en el terreno fáctico, aunque no jurídico.

La crítica más severa que se ha hecho de estos procedimientos está en la protección de temas sensibles para la sociedad y no sin razón. Se preguntan algunos cómo es posible que un tribunal comercial o de inversiones pueda estar facultado o si tuviera capacidad para dar solución a problemas ambientales o de salud pública, temas que resultan sensibles sobre todo en un momento histórico en el que el cambio climático y el ébola, por mencionar sólo dos ejemplos, juegan un papel preponderante en la agenda de la sociedad mundial.

Las controversias comerciales y de inversión, sin embargo, no resuelven estos problemas. No es lo mismo conocer de un conflicto que tiene relación con el medio ambiente a resolver uno sobre medio ambiente. Estos tribunales resuelven sobre responsabilidad estatal o del inversionista y esta decisión tiene impacto en el medio ambiente o en la salud pública. Es precisamente por esta razón que los tribunales no están ampliando su competencia material sobre temas que no les son propios, pero es innegable que ciertas decisiones comerciales pueden repercutir en muchos otros ámbitos del derecho y de la sociedad.

## II. La OMC y su rol actual

La construcción de la estructura comercial multilateral a partir de la OMC, tuvo cimientos distintos respecto de lo edificado con el GATT desde 1947. La nueva estructura de 1995 se construyó con diversas pistas de actuación que dejaron de ser estrictamente sobre el intercambio de mercancías con preferencias aduaneras. Los pilares del comercio internacional serían a partir de entonces, además de las mercancías, el comercio de servicios, la propiedad intelectual, la competencia económica, materias a las que se le adhirió el medio ambiente (Singapur, 1996), la globalización con enfoque social (después del fracaso de Seattle, en 1997) a partir de la Ronda del



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 506 05/01/16 2:01 p.m.

Milenio, la protección de los derechos de salud (con el esquema de licencias obligatorias para productos farmacéuticos, en 2001), la protección de los derechos laborales (que la OMC ha hecho propios para combatir el trabajo infantil), entre otros.

Como puede verse, la OMC ha expandido su ámbito de competencia, aunque en muchos casos esta expansión ha transcendido sólo en su espacio político, con declaraciones ministeriales en las que los jefes de Estado y de gobierno se comprometen a tomar en cuenta y actuar en consecuencia, respecto de problemas que aquejan a la sociedad global pero que, de no atenderse, pueden constituirse en obstáculos para el buen desempeño del comercio multilateral. Al final, es muy difícil cumplir compromisos comerciales cuando los países tienen problemas de hambre, salud, laborales, violaciones de derechos humanos, entre otros. La OMC asume el reto de abarcar más de lo que inicialmente se propuso para no perder su legitimidad como uno de los organismos más influyentes del orbe, pero no puede haber ampliación permanente, debe de establecerse límites y definir competencias claras, y esto aplica no sólo para sí misma sino para cualquier organismo con vocación multilateral.

El mecanismo de la OMC (OSD) no resuelve diferencias en materia ambiental, pero ha resuelto conflictos en los que un Miembro impone restricciones comerciales a otro para garantizar la protección del medio ambiente,[5] en donde la reclamación consiste en la violación de derechos comerciales de acceso a mercados, en tanto la defensa descansa en la exención de obligaciones cuando se protegen valores superiores como el medio ambiente (artículo XX, inciso b) del GATT). Por lo tanto, la obligación del tribunal correspondiente consiste en verificar si la "medida" aplicada por el Estado para proteger su medio ambiente fue tan necesaria como proporcional, eficaz y al mismo

[5] Caso: DS332, Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Reclamante: Comunidades Europeas), del 20 de junio de 2005. Consultado en: www.wto.org/



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 507 05/01/16 2:01 p.m.

tiempo no constituye una discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción encubierta al comercio.

Como puede verse de lo anterior, el medio ambiente y su protección no son el tema central del conflicto, sino la excusa para dejar de cumplir compromisos comerciales. La OMC ha dejado claro en diversas decisiones del OSD que su labor no se limita a la protección de simples compromisos comerciales, sino que tiene clara su labor y compromiso con el medio ambiente, de manera que cuando dos derechos (comercial y medioambiental) entran en conflicto no habrá duda que el medio ambiente tiene prioridad, pero también es verdad que los gobiernos se ven tentados a utilizar estos valores como herramientas para incumplir sus obligaciones ante la OMC.

Ante la pregunta de si la OMC tendría que jugar un rol más activo o no en la protección del medio ambiente, no hay consenso. La ONU tiene competencias especializadas en estos temas (PNUMA) y quizá sea por ello que tendría que asumir mayor coordinación en estos esfuerzos pero sus setenta años, cual si fuera un ser humano, comienzan a pesarle. La ONU no se ve tan ágil como para asumir estos retos en la actualidad, pero lo más grave es que no hay un relevo generacional, no se ve ningún otro organismo que pueda hacer frente con eficacia a estos problemas, de ahí que todos los organismos al igual que los Estados y la sociedad civil organizada tienen la obligación de afrontarlos con seriedad; en los "cómos" es en donde falta afinar la estrategia, al igual que en la adecuada coordinación de esfuerzos porque al PNUMA, a la OMS y a la OMPI no les parece muy conveniente que sea la OMC la que esté haciendo cumplir los compromisos que en principio les corresponden a éstos desempeñar y hacer cumplir, pero es verdad también que cuando quien debe de realizar una labor no la hace a satisfacción de todos los involucrados, siempre hay alguien que la hará en su lugar.

La OMC tiene la tarea de no perder de vista su misión y en el desempeño de la misma, contribuir al fortalecimiento de valores superiores que están en la competencia de otros organismos. Ya lo



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 508 05/01/16 2:01 p.m.

hace, por cierto, con foros y declaraciones conjuntas que frecuentemente celebran la OMC-OMS-OMPI para fortalecer los derechos de propiedad intelectual de productos farmacéuticos que tienen un impacto de la salud global, pero que al mismo tiempo son derechos comerciales innegables. Lo hace también refrendando su compromiso con la protección del medio ambiente, aunque ello no le impida garantizar el cumplimiento efectivo de los acuerdos abarcados que pudieran verse vulnerados en el ámbito comercial.

El reto más importante que tiene enfrente la OMC es evitar la desbandada que están haciendo sus Miembros hacia regímenes preferenciales, regionales o no, que comienzan a regular temas de forma paralela y sin control por parte del organismo multilateral. Los más de cuatrocientos acuerdos comerciales vigentes,[6] entre áreas de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos de servicios y acuerdos preferenciales, son una amenaza constante a la congruencia que ha pretendido consolidar la OMC por la vía de su mecanismo de solución de diferencias. Además, acuerdos preferenciales como el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) y el Acuerdo Transatlántico (TTIP) están acaparando más la atención de la comunidad internacional debido a que plantean temas extra-comerciales, como la protección de derechos laborales, transparencia, comercio electrónico, protección del medio ambiente, mismos temas en los que la OMC ha sido incapaz de progresar a veinte años de distancia.

Ya son algunos años en los que se ha planteado la posibilidad de que la OMC ceda su protagonismo a los acuerdos preferenciales. Hay varias razones para ello, primero, después de veinte años la OMC no ha cambiado su régimen jurídico e institucional; apenas en 2014 se aprobó, no sin fuertes resistencias, el primer acuerdo desde su creación, el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, el cual tendría que haber entrado en vigor en 2015 y que apenas comienza a tener reacciones favorables hacia su aprobación. El sistema de

[6] 413 acuerdos notificados al 23 de octubre de 2015. *Cfr.* Página web de la OMC, consultado en: http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 509 05/01/16 2:01 p.m.

solución de diferencias está rebasado, necesita una cirugía mayor que le permita seguir siendo eficaz (porque lo ha sido, no hay duda), de lo contrario va a enfrentar serios problemas en el futuro cercano.

La falta de control de la OMC sobre todas las relaciones bilaterales o preferenciales la pone en evidencia de aparente deterioro ante la comunidad internacional. Ahora mismo, en el TPP y el TTIP se están haciendo propuestas sin que la OMC tenga voz y mucho menos voto sobre las mismas. Las negociaciones de estos acuerdos son confidenciales, pero ¿no tendría que haber alguna representación del organismo multilateral por excelencia en ellas? ¿Qué acaso la OMC podría manifestar su punto de vista hasta que ambos acuerdos entraran en vigor? Si no se le permite participar ahora, es impensable que se pueda seguir considerando a la OMC como coordinadora del comercio mundial y quizá tampoco ya como un interlocutor indiscutible.

No quisiera entrar en la discusión de si los acuerdos preferenciales deben de guardar congruencia con la OMC porque no hay nada que los obligue en estos términos, todo es interpretación y con la "buena fe" de la mano se entendería que sí, pero en la negociación de un acuerdo es la voluntad de las partes que lo celebran la que vale en última instancia y si esta voluntad contraviene lo dispuesto por la OMC, pues ya se verá después. Lo que sí creo es que la OMC debería de jugar un rol más preventivo y de intermediario, antes que de ésta sólo quede vigente su mecanismo de solución de diferencias. La OMC fue creada más para propiciar el diálogo, el debate y el impulso de temas comerciales como engranes que mueven a las relaciones internacionales en periodos de paz y la solución de controversias fue tan sólo una herramienta para impedir que los conflictos detuvieran su progreso. En la medida en que las controversias toman el protagonismo que están tomando hoy, el organismo se posiciona más como contención y pierde su dinamismo negociador por el que en otra época se logró el más avanzado impulso liberalizador que hoy tiene el comercio mundial. La alternativa, de acuerdo con el



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 510 05/01/16 2:01 p.m.

Director General de la OMC, está en las aportaciones que puedan hacer los Miembros ante esta problemática.

Recientemente (28 de octubre de 2015), el Director General de la OMC dijo lo siguiente sobre este tema:

> Azevêdo solicita la opinión de los Miembros de la OMC sobre el modo de hacer frente a la creciente demanda en el ámbito de la solución de diferencias
>
> En un discurso pronunciado el 28 de octubre ante el Órgano de Solución de Diferencias, el Director General, Roberto Azevêdo, dijo que el panorama de la solución de diferencias en la OMC había cambiado por completo a causa del aumento de la magnitud y la complejidad de las diferencias en los últimos 20 años. El Director General describió las medidas que ya había adoptado para responder a esos retos y expuso varias ideas sobre el modo de hacer frente a la creciente demanda en el futuro. Además, anunció que había pedido al Director General Adjunto Brauner que "dialogue con las delegaciones para recabar opiniones sobre cómo lograr que el sistema funcione aún mejor, teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias y las limitaciones de personal impuestas por los Miembros".[7]

La inmovilidad de la OMC o su lento avance, como prefiera verse, ha propiciado que sea en el ámbito preferencial en donde se avance más; esto es fácil de entender, lograr el consenso de 161 Miembros debe de representar mayores dificultades que el acuerdo entre dos (o doce), aunque uno de ellos represente a 28 países, como la Unión Europea (como sucede con el TTIP con Estados Unidos). No es tema de menor importancia que dos Miembros de la OMC celebren un acuerdo, habrá quien piense que dos en un universo tan grande no representa mayor problema, pero sí, no son dos Miembros cualquiera de la OMC, son dos de sus socios con mayor peso comercial y de negociación. El acuerdo que alcancen ambos (de ser así) podría poner en jaque a toda la OMC, si estos acuerdos demuestran que pueden trascender en su regulación los problemas

[7] Consultado el 31 de octubre de 2015 en: https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra_s.htm



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 511 05/01/16 2:01 p.m.

que ha enfrentado la OMC en su interior, van a plantear una seria duda sobre la legitimidad y la pertinencia de seguir desgastándose en negociaciones multilaterales cuando la solución podría estar (nuevamente) en el terreno bilateral.

Ejemplos claros que reflejan este escenario son los que tienen que ver con los derechos de propiedad intelectual y de inversión. La OMC construyó regulaciones sobre estos temas como pisos básicos sobre los cuales los Miembros pudieran regular en forma diferenciada proyectos más ambiciosos de protección, pero nunca menores ala protección multilateral. Estas atribuciones nacionales abrieron la brecha que ahora parece impedir más el consenso multilateral sobre estos temas, porque cualquier avance ahora se hace sin que la OMC pueda opinar y mucho menos avalar estos compromisos. Entre tanto, estos temas han sido casi abandonados jurídicamente en la OMC y se han relegado a declaraciones políticas.

No es raro entonces que se busquen alternativas distintas de la multilateral para seguir avanzando. La OMC tiene el reto de enfrentar esta circunstancia y asumir un rol más participativo y directivo o estará condenada a un deterioro lento, pero seguro.

## III. El esquema preferencial de controversias

Concebido desde el GATT en 1947, el esquema de los llamados bloques regionales (ahora preferenciales, porque lo regional no es ya la constante en los acuerdos) está regulado en el artículo XXIV, párrafo 8, incisos a) y b), con las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio.

La OMC lleva el registro y le da seguimiento a los acuerdos comerciales preferenciales. Acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos de servicios y acuerdos con cláusula de habilitación, son las categorías que tiene registradas la OMC, aunque no sean los únicos acuerdos que existen. La Unión Europea y Mercosur, por mencionar sólo dos ejemplos, están registrados por la OMC como



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 512 05/01/16 2:01 p.m.

Uniones Aduaneras, pero no pueden considerarse en un mismo nivel de integración, ni siquiera como áreas similares.

La razón de que la OMC no haya actualizado su sistema para definir con mayor claridad las diferencias entre los más de cuatrocientos bloques en el mundo está en la dificultad para modificar los acuerdos vigentes. La estructura orgánica y funcional de la OMC está supeditada a la aprobación de sus Miembros en las Conferencias Ministeriales, que tienen que celebrarse al menos cada dos años, de conformidad con el artículo IV, párrafo 1 del Acuerdo por el que se establece la OMC. Desde su creación en 1995, este organismo ha sido incapaz de transformarse jurídicamente, como ya se ha dicho, y esta incapacidad impide que los acuerdos preferenciales avancen de manera uniforme, con lo que estos acuerdos se transforman o se extinguen y lo único que hacen sus suscriptores es notificar (no sin deficiencias) de los cambios a las instancias correspondientes de la propia OMC.

Al no haber consecuencias ante la falta o inexacta notificación, los acuerdos preferenciales han comenzado a transformarse de manera diferenciada, como si un río se desbordara y comenzaran a crearse nuevos cauces, así los acuerdos preferenciales comienzan a crear sus propias versiones regionales del libre comercio. Recientemente, Paul Krugman (Nobel de Economía 2008), respecto del TPP y del TTIP, destacaba que sus objetivos no eran más los del libre comercio clásico, sino que podía considerárseles más como acuerdos de inversión puesto que el libre comercio que pretende la eliminación de obstáculos al tránsito de mercancías y de servicios ya casi ha cumplido su misión, lo que hace que estos acuerdos, en lugar de concluir su vigencia, se transforman en nuevas versiones que les permiten seguir vigentes.

¿Son los tratados de inversión las nuevas versiones del libre comercio? Esta pregunta la responde afirmativamente Krugman y para ello se basa en las negociaciones (las versiones filtradas de ellas, pues no son públicas) del TPP y del TTIP. De acuerdo con este



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 513 05/01/16 2:01 p.m.

autor, las negociaciones de estos tratados están enfrentando sus mayores retos en los capítulos de inversión y de propiedad intelectual, ambos con factores que los vinculan entre sí. Todos los tratados de libre comercio (y uniones aduaneras) contemplan capítulos sobre estas materias, y lo hacen de manera uniforme. Extrañamente la redacción de estos capítulos es muy parecida en todos los acuerdos comerciales, hay cierta tendencia a redactar las mismas obligaciones, principios y derechos, como también mecanismos similares para solucionar controversias, pero carecen de un escenario multilateral común. Entonces, la pregunta es si el ámbito multilateral sigue siendo punto de unión para la toma de acuerdos, porque según esto, no.

## IV. Retos en materia de inversión

En la actualidad quien estudia estos temas no se detiene a revisar lo dispuesto en el Acuerdo MIC (TRIMS en inglés)[8] de la OMC. En 1995 este Acuerdo brilló más por integrarse como un resultado innovador accesorio o complementario del comercio internacional tradicional, antes que por su contenido y alcances. El Acuerdo valía más porque le dio a la OMC mayores atribuciones que las originales que tenía el GATT. Este Acuerdo tiene hoy un protagonismo discreto. Actualmente, 41 casos de la OMC citan este Acuerdo, aunque no se trata precisamente de controversias por violaciones del mismo, sino que lo refieren en Consultas.[9]

Los derechos de inversión se protegen en su totalidad por tribunales ajenos a la OMC, tanto por instancias domésticas como por arbitrajes. Por estas razones, podría pensarse que la OMC ha quedado a deber en materia de protección de derechos de inversión,

[8] Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (*Trade Related Investment Measures)*, acuerdo multilateral que entró en vigor en 1995, al momento de la creación de la OMC.

[9] Consultado en la página web de la OMC: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A25



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 514 05/01/16 2:01 p.m.

aunque en descargo de este organismo también podría decirse que no fue creado para protegerlos, sino para establecer estándares mínimos internacionales. La pregunta que surge entonces, es ¿cumple la OMC al establecer estándares mínimos, cuando lo que se está debatiendo en la actualidad son problemas mucho más complejos que no se previeron en 1995? ¿No sería mejor dejar que sea otro foro el que se posicionara en este tema para no sólo resolver los problemas mínimos, sino para conformar nuevos criterios sobre debates más serios como políticas públicas o ejecución de laudos?

La promoción y defensa de derechos de inversión debería de tomarse con más seriedad por quienes negocian en los foros multilaterales. Los TBI's son cada día más y el derecho que crean los tribunales a partir de sus decisiones en cuanto a interpretación y aplicación de estos tratados, comienzan a generar precedentes cada vez más arraigados en la consciencia doctrinal y jurisprudencial internacional, aunque no se consideren como precedentes obligatorios.

Es preocupante que el derecho tenga que abrirse brechas no institucionales, por la falta de un organismo que aglutine y legitime las decisiones de tantos tribunales sobre temas comunes. El tribunal del CIADI, sin embargo, no puede tomar el protagonismo que en los hechos demuestra con tantas controversias que le han sido planteadas y que ha resuelto, por una razón (entre muchas otras), el Banco Mundial no tiene la aceptación de la comunidad internacional, es considerado como un brazo financiero de Estados Unidos que, aunque no dirige jurídicamente al Banco Mundial, la percepción global es la contraria y, con todas las discusiones que apoyen una idea en contrario, esta situación lo estigmatiza de manera negativa en muchas naciones.

La alternativa (una de ellas, quizá la más recurrente) es la solución de estas controversias con la aplicación de las Reglas de UNCITRAL (donde entra en juego las Naciones Unidas). Cuando se piensa en la ONU, su imagen tiene más aceptación en la comunidad internacional que el Banco Mundial, pero habría que precisar al-



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 515 05/01/16 2:01 p.m.

gunos detalles. Primero, estas Reglas son aplicadas por tribunales arbitrales de muchas partes del mundo, no por uno solo. Es decir, cualquier tribunal arbitral establecido en algún país o creado ex profeso, puede hacer suyas estas Reglas por razón de un acuerdo de voluntades y resolver en consecuencia, lo que generalmente sucede, haciendo de estas decisiones algo mucho más difuso que las del CIADI, pues hace imposible la sistematización y congruencia en cuanto al sentido de los fallos.

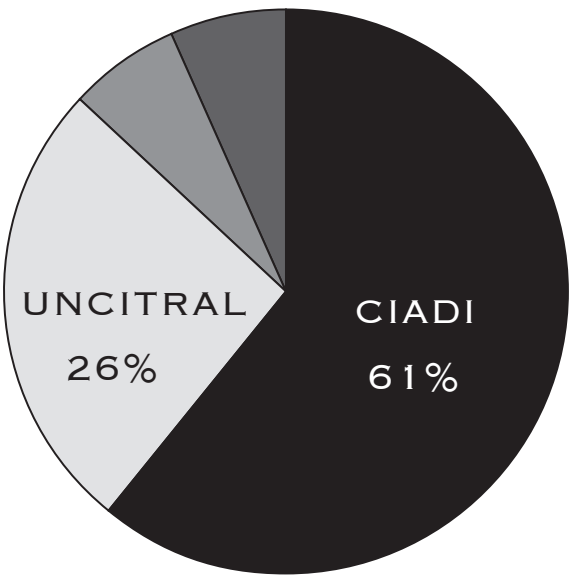



**Fig. 1**

Además de lo anterior, los tribunales que resuelven conforme con las Reglas de UNCITRAL no lo hacen sin tomar en cuenta casos del CIADI sobre temas similares, pues es el CIADI el que más casos ha resuelto (ver Fig. 1) y en donde se han establecido más criterios comunes respecto de temas sensibles. La poca idea de jurisprudencia aunque muy informal, ha derivado de casos resueltos por el tribunal del Banco Mundial; entonces, UNCITRAL no es una alternativa completamente distinta del CIADI y sí una versión



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 516 05/01/16 2:01 p.m.

descafeinada del mismo. Esta es otra razón por la que muchos países que no son suscriptores del Convenio CIADI acuden a éste, por la vía del mecanismo complementario para resolver sus conflictos, México incluido, por supuesto.

El reto de la comunidad internacional es legitimar un tribunal permanente para que se comience a generar precedentes y se construya una verdadera jurisprudencia sobre la materia. La congruencia en las decisiones es la característica principal que le puede dar esa fuerza que se requiere a las decisiones arbitrales y quizá la única de la que no se puede prescindir para crear un tribunal. Sin pretender hacer menos la imparcialidad y la objetividad, la congruencia da certeza a las partes y profesionaliza los escritos de demanda y de contestación, pues los litigantes consiguen apoyarse en razones de peso que se saben previamente reconocidas y aceptadas por quienes resolverán su disputa.

Por desgracia, los tribunales que generen esta congruencia pueden hacerlo mejor si dependen de una instancia multilateral. Mientras que los tribunales constituidos por controversias de TBI's carecen de la más absoluta permanencia y, obviamente, no podrían en este formato generar jurisprudencia, un organismo que institucionalice estos mecanismos desde la instancia multilateral podría generar mayor certeza a estas decisiones, pues aglutinaría un mayor número de países. El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC es el ejemplo más cercano que existe al darle certeza, congruencia y eficacia (que no se tenía con el mecanismo del GATT) a las controversias de comercio internacional.

## v. Demandas recientes y multiplicidad de acuerdos

El escenario multilateral para la protección de inversiones está muy limitado y enfrenta un momento de particular competencia frente a los mecanismos preferenciales. En el momento en el que se escribe este documento, acuerdos como el TPP y el TTIP están próximos a



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 517 05/01/16 2:01 p.m.

suscribirse. En el caso del TPP, concluyeron las negociaciones (octubre de 2015) en un marco de secrecía que generó demasiadas reacciones adversas por muchos sectores nacionales de sus doce miembros.

Mi opinión es que las negociaciones no públicas (que no es lo mismo que en secreto, ya que en las que tuvieron lugar en el marco del TPP estuvieron involucrados sectores gubernamentales y productivos nacionales de los doce miembros) pueden dar mayor celeridad a la consecución de acuerdos. Las negociaciones públicas dan lugar a manifestaciones de diversos grupos, que no necesariamente están en contra de las negociaciones, sino que buscan desestabilizar gobiernos. La secrecía pues, no necesariamente es negativa; lo sería si se dejara fuera de las reuniones a los sectores productivos nacionales que tienen intereses substanciales en lo que se acuerde en ellas.

En el capítulo de inversión del TPP, aunque no se ha dado a conocer todavía en forma definitiva, las mayores dudas sobre su contenido recaen en temas relativos a posibles demandas sobre materias en las que el Estado ejerce el monopolio regulatorio. Salud pública, medio ambiente, seguridad, son algunos de los temas que han sido utilizados recientemente por los gobiernos para tomar decisiones que afectan derechos de inversionistas nacionales y extranjeros, pero que sólo estos últimos pueden disputar en foros internacionales.[10]

Recientes demandas como la de Philip Morris vs Uruguay[11] y contra Australia,[12] en dos procesos distintos, así como la de Eli Lilly

[10] Sobre el tema de salud relacionada con derecho de inversiones, *cfr.* VADI, Valentina, *Public Health in International Investment Law and Arbitration. Routledge*, USA, Taylor and Francis Group, 2013.

[11] Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7).

[12] Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12. Consultado en: http://www.italaw.com/cases/851#sthash.XyBW7Uls.dpuf



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 518 05/01/16 2:01 p.m.

vs Canadá,[13] y Apotex vs Estados Unidos,[14] controvierten decisiones de gobierno que pretenden proteger derechos relacionados con la salud pública, como el daño provocado por el consumo del tabaco y la efectividad de los medicamentos, se combaten porque los inversionistas titulares de marcas y patentes (derechos de propiedad intelectual) se ven afectados económicamente en sus derechos comerciales y de propiedad y buscan indemnización por ese daño.

La pregunta para el debate jurídico ante un escenario de demandas internacionales en tribunales inversionista-Estado, consiste en determinar, primero, si los gobiernos ven limitadas o no sus facultades de regulación[15] ante la posibilidad de tener que indemnizar cantidades millonarias a empresas extranjeras en su país que se ven agraviadas por aquellas decisiones. La segunda pregunta, ahora desde la perspectiva contraria, es si por tratarse de una medida regulatoria que busca proteger objetivos o valores legítimos, los gobiernos pueden tomar las decisiones irrestrictas que consideren, sin importar si afectan o no derechos de propiedad. El punto medio no es posible ni ideal para resolver estos problemas, porque los gobiernos insisten en su potestad soberana para autodeterminarse libremente, pero al mismo tiempo mandan mensajes políticos frecuentes para atraer inversiones extranjeras, pues éstas son uno de los motores más efectivos para acelerar el crecimiento económico. El inversionista pretende posicionar su inversión en muchos países, pero requiere de certeza por parte del gobierno que lo hospeda

---

[13] Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2 Consultado en: http://www.italaw.com/cases/1625#sthash.yQXMy8Na.dpuf

[14] Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. Consultado en: http://www.italaw.com/cases/1687#sthash.FGV3MbiM.dpuf

[15] Aunque las negociaciones recientes sobre tratados de inversión están creando expectativas futuras para el derecho a regular por parte del Estado. Más sobre el tema, *cfr.* Titi, Aikaterini, *The Right to Regulate in International Investment Law,* Alemania, Hart Publishing, Eds. Nomos, DIKE, 2014.



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 519 05/01/16 2:01 p.m.

para que no tome decisiones arbitrarias o injustificables en contra de sus derechos de propiedad. Por su parte, el Estado receptor de la inversión espera que sus inversionistas actúen de modo que no se afecten valores sociales y medioambientales supremos. Hasta ahora, la única medida que se ha podido establecer para conseguir este punto medio regulatorio, es la indemnización. Por desgracia, los montos de éstas se han disparado ostensiblemente, al grado de representar porcentajes muy significativos del presupuesto anual de un país (la reciente decisión del caso Yukos,[16] por un monto de 50 bdd, es sólo un ejemplo).

El capítulo de inversión del TPP pretende una solución a este problema. Información recientemente filtrada sobre este tema dice que las demandas de inversión contra medidas que buscan proteger a la salud (específicamente consumo del tabaco) quedarían fuera del ámbito del TPP, es decir, que no se podrá demandar a un gobierno cuando éste adopte medidas que busquen proteger valores superiores, como el de la salud pública. Esta medida, aunque pudiera satisfacer a grupos de presión social en períodos electorales (como el próximo en Estados Unidos), se percibe injusta para los inversionistas, pero al mismo tiempo, también para agricultores de tabaco (que son muchos), pues abre la puerta a la posibilidad de que los gobiernos que tengan intenciones más proteccionistas que protectoras de derechos, tomen decisiones que afecten derechos de propiedad (expropiaciones *de facto*), sin que los afectados puedan recurrir a tribunales internacionales. La medida podría combatirse ante instancias nacionales, claro, pero que no ofrecen la confianza necesaria que pudiera ofrecer una instancia objetiva e independiente, que no es la nacional.

El debate está sobre la mesa, nada se ha decidido de manera definitiva y toca ahora a los parlamentos nacionales aprobar o no lo

[16] Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227. Consultado en: http://www.italaw.com/cases/1175#sthash.06XnZrgm.dpuf



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 520 05/01/16 2:01 p.m.

negociado en el TPP, suponiendo que el acuerdo se firme, como se prevé, entre marzo y abril de 2016 por los jefes de Estado.

## VI. Reflexiones finales

Los acuerdos comerciales más recientes como el TPP y el TTIP regulan muchos temas que no formaban parte de la agenda de comercio de hace una década. La liberalización comercial enmarcada en la eliminación arancelaria ya no es la prioridad de estos acuerdos. Temas como inversión, el libre tránsito de personas, la transparencia, la armonización regulatoria, la protección del medio ambiente y los derechos laborales, entre otros, forman ahora parte de la agenda del comercio mundial.

El escenario contencioso es otro factor que debe de tomarse en cuenta de forma seria. Hay cada vez más foros extranjeros e internacionales en los que se pueden plantear y resolver conflictos, muchos de ellos asumen con naturalidad la tarea de cuestionar políticas y ordenamientos jurídicos nacionales y, también con más frecuencia, imponer obligaciones de indemnización a estos gobiernos, dinero que además pertenece a proyectos de comunidades que enfrentan retos sensibles y urgentes año con año. Indemnizar por daños de inversión a empresas reduce el impacto anual de proyectos de infraestructura interna de los países, algo sobre lo que hay que reflexionar muy seriamente.

La falta de políticas públicas bien definidas, así como la deficiencia en las vigentes, son caldos de cultivo para posibles demandas internacionales. Las administraciones gubernamentales tienen que poner atención en los objetivos que persiguen y evitar regular sin tomar en cuenta todos estos factores externos que antes no formaban parte de la visión natural del gobernante.

La regulación del comercio internacional nunca antes había tenido mayor acercamiento con las regulaciones internas. No hay una sin la otra y los efectos de la primera se reflejan inmediatamente en



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 521 05/01/16 2:01 p.m.

la segunda. Cuando se reformó la Constitución mexicana en 2011 para dotar de mayor fortaleza a los derechos humanos, se hizo pensando que México no es origen y destino único de estos derechos, que es parte de una comunidad internacional que cada día comparte más su destino. Lo que está pasando en materia de comercio y de inversión es algo similar desde la perspectiva de que sus normas no tienen origen nacional y están cada vez más armonizadas en el mundo.

Por esta y por más razones, regular el comercio y la inversión desde escenarios compartidos y construir foros de solución de controversias institucionales, permanentes y también comunes, es por ahora lo que se percibe como la alternativa viable más adecuada para lograr la certeza que ahora le falta a estos mecanismos.



16-Reyes Díaz-RevFac264.indd 522 05/01/16 2:01 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA

## THERAPEUTIC CLONING

REYNA SÁNCHEZ SIFRIANO[1]

RESUMEN: A través del conocimiento altamente especializado y con el apoyo de la ciencia y de la tecnología, el ser humano ha logrado hacer realidad el sueño de generar vida en los laboratorios. Los estudios y descubrimientos de la biología celular, bioquímica e ingeniería genética han logrado grandes avances con el desarrollo de la biotecnología. En consecuencia, existen opiniones encontradas acerca de la viabilidad de la clonación humana con fines terapéuticos. Pese a los problemas éticos y legales que afloran en la sociedad, la autora sostiene que su no permisión se debe más a razones religiosas que a científicas.

PALABRAS CLAVE: *Clonación terapéutica; ingeniería genética; biotecnología; dilemas morales; bioética.*

ABSTRACT: Through highly specialized knowledge and with the support of science and technology, man has managed to make real the dream of creating life in the laboratory; to investigate more precisely the origin of diseases and their cures. Indeed, studies and discoveries in cell biology, biochemistry and genetic engineering have made great strides with the development of biotechnology. Consequently, there are conflicting views about the feasibility of human cloning for therapeutic purposes. Despite the ethical and legal issues that arise in society, the author contends that her no permission attends more religious than scientific reasons.

KEYWORDS: *Therapeutic cloning; genetic engineering; biotechnology; Moral diemmas.*

SUMARIO: I. Presentación. II. Avances biotecnológicos. III. Bioética. IV. Derechos fundamentales y su vinculación el avance científico tecnológico. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

[1] Doctora en Derecho por la BUAP. Candidata a Investigadora Nacional en el Sistema Nacional de Investigadores.

17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 523 06/01/16 1:11 p.m.

*¿Queréis vivir "de acuerdo con la naturaleza"? ¡Oh nobles estoicos, qué engaño el vuestro! Imaginad un ser conformado según la naturaleza, pródiga sin mensura, indiferente en extremo, sin intenciones ni miramientos, sin piedad ni justicia, fecunda y estéril e incierta a la vez; imaginad la indiferencia misma convertida en poder: ¿cómo podríais vivir conforme a esa indiferencia?*

FRIEDRICH NIETZSCHE[2]

## I. PRESENTACIÓN

El ser humano, es el único ente capaz de observar, examinar, analizar, discernir y discurrir, su entorno; con la única finalidad, de resolver todas aquellas interrogantes que le impidan comprender su mundo. Por lo que su esencia inquisitiva, somete a la realidad, a un sinfín de planteamientos de cuya calidad dependerá el interés de las respuestas y, por lo tanto, el conocimiento adquirido.

La ciencia y la sociedad están estrechamente relacionadas, debido a que la ciencia no es ajena a la sociedad; toda vez que ésta, puede ser empleada, para beneficios múltiples del desarrollo social, verbigracia: mayor producción de bienes y servicios; disminuir el índice de mortandad, proporcionar una mejor calidad de vida al ser humano, entre otros. En ese sentido, la ciencia avanza a medida que la tecnología le ofrece mejores herramientas y, a su vez, los conocimientos científicos son la base de los adelantos tecnológicos.

El ser humano se distingue de las demás especies, entre otras razones, por su necesidad de justificarse y luchar por alcanzar mejores niveles de vida y desarrollo. Es por ello, que a través del conocimiento altamente especializado, el ser humano ha logrado con el apoyo del quehacer científico y tecnológico hacer realidad, el

[2] Nietzsche, Friedrich: Más allá del bien y del mal. Cit. por Fukuyama, Francis, El Fin del Hombre. Consecuencias de la Revolución Biotecnológica; trad, al español de Paco Reina, México, Ediciones B, 2003, p. 213.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 524 06/01/16 1:11 p.m.

sueño de generar vida en los laboratorios; en investigar con mayor precisión el origen de las enfermedades y como curarlas.

Incuestionablemente, que los estudios y descubrimientos de la biología celular, bioquímica e ingeniería genética han logrado grandes avances con el desarrollo de la biotecnología, a través de estudios cada vez más profundos sobre el ADN, el genoma humano, etc.

Por último, cabe señalar que, en la aurora del tercer milenio, existen opiniones encontradas acerca de la viabilidad de la clonación humana con fines terapéuticos, ya que consideraban que ésta es pura ficción, porque no podemos decir que obtendríamos una copia igual del original, es decir, los seres humanos somos fruto de interacciones de los genes y del ambiente que nos rodea, y ese ambiente es cada caso distinto. En cambio, existen opiniones optimistas que auguran la clonación humana con fines terapéuticos, pese a los problemas éticos y legales que aflora en la sociedad de su no permisión, mas por razones religiosas que científicas.

## II. La biotecnología y sus avances

La biotecnología se puede definir como el uso de organismos vivos o de compuestos obtenidos de organismos vivos para obtener productos de valor para el hombre.

A este respecto, Noelia García Noguera, distingue lo siguiente:

> Debemos de entender por biotecnología, desde el punto de vista enciclopédico como el conjunto de procesos industriales que implican el uso de los sistemas biológicos, aplicación de los principios de la ciencia y la ingeniería al tratamiento de materias por medio de agentes biológicos en la producción de bienes y servicios.[3]
>
> Desde el punto de vista científico, es cualquier técnica que utilice organismos vivos o sustancias de estos organismos para hacer o

[3] *Cfr.* García Noguera, Noelia,*Biotecnología,* "Glosario de términos, cronología, marco jurídico y conclusiones", http://www.portaley.com/biotecnologia/bio8.shtml, Fecha de consulta: 02 de mayo de 2006.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 525 06/01/16 1:11 p.m.

> modificar un producto, mejorar plantas o animales, o desarrollar microorganismos, para usos específicos.[4]

Los avances biotecnológicos se suceden cada vez con más rapidez, muchos de ellos y en particular los que tienen una aplicación directa en el campo de la medicina, provocan frecuentemente, no sólo asombro, sino también, de acuerdo con los componentes culturales de la sociedad de que se trate, la emergencia de nuevas condiciones jurídicas, éticas y morales.

Tal es el caso en la actualidad, cuando se abordan aspectos del diagnóstico genético, modificación genética, huella genética, genoma humano, clonación, entre otros.

En tal virtud, los recientes resultados de la investigación genética nos han colocado en el umbral de una nueva era que traerá tantos cambios, que rebasarán con mucho los límites de la investigación científica de nuestra era.

## 1. Diagnóstico genético

El diagnostico génico, es el procedimiento clínico necesario para la detención de enfermedades hereditarias.[5] Por lo que este procedimiento predictivo, puede realizarse durante la etapa neonatal, fetal o posnatal del ser humano.[6]

En ese sentido, el diagnostico fetal se divide en preimplantatorios y prenatales, de forma que en caso de ser detectadas anomalías cromosómicas, la mujer o la pareja sería asesorada y, dentro de los márgenes que ofrece la ley, cabría el aborto terapéutico, si bien este tipo de decisiones deben quedar perfectamente delimitadas en vir-

---

[4] *Idem.*

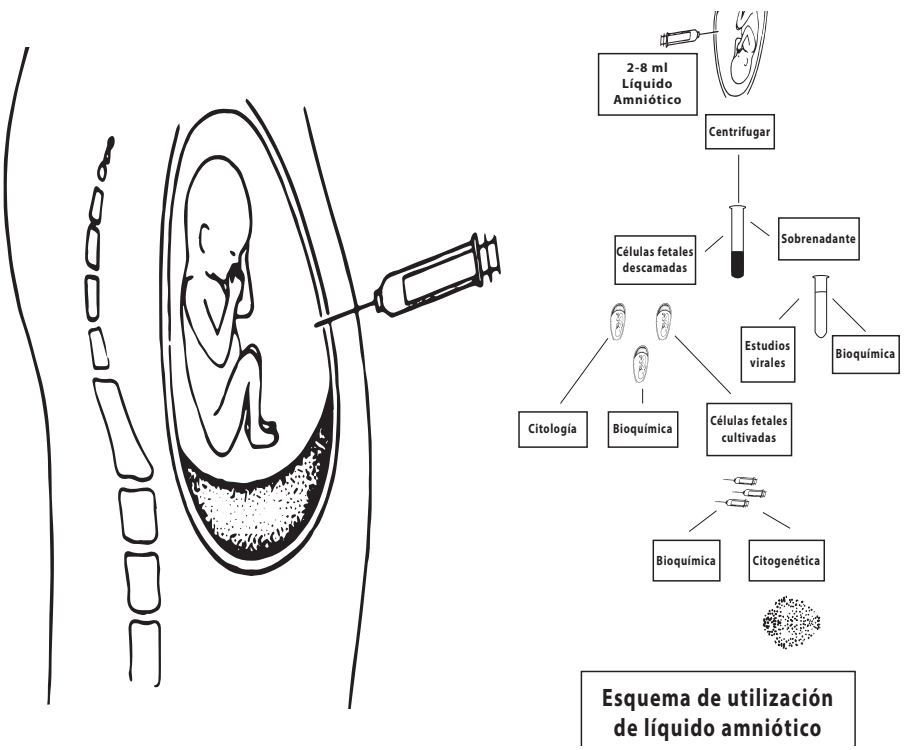
[5] Navarrete de Olivares, Victoria, "Investigación en genética", en Hernández Arriaga, Jorge Luis (coord.),Ética en la investigación biomédica, México, El Manual Moderno, 1999, p. 64.

[6] *Cfr.* Sánchez Morales, María del Rosario, *La Manipulación Genética a Debate,* Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998, p. 209.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 526 06/01/16 1:11 p.m.

tud de la importancia de la enfermedad del descendiente, ya que traspasar determinadas fronteras es muy fácil.[7]




Esquema de la técnica de punción en la amniocentesis y técnicas de utilización analítica del líquido amniótico. Véase. López de la Osa González, E., *op. cit.*, pp. 55 y 56.5

No obstante, existen discrepancias entre los principales representantes de la comunidad científica respecto de este procedimiento, debido a que algunos consideran, que el diagnostico génico obedece a aspiraciones eugenésicas de ciertos sectores económicamente predominantes en la sociedad¸ ya que algún día, podrían ser eli-

[7] *Cfr*. López de la Osa González, E., "Diagnóstico Prenatal", en Gafo, Javier (ed.), Consejo Genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas; Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Edisofer, S.L., 1994, pp. 51-56.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 527 06/01/16 1:11 p.m.

minados directamente aquellos embriones y fetos susceptibles de padecer trastornos genéticos.

En definitiva, los diagnósticos génicos son un instrumento muy valioso para prevenir y adoptar medidas cautelares que inhiban la aparición de determinadas patologías, si bien los conocimientos en materia terapéutica no se corresponden con el estado avanzado de las técnicas de diagnóstico.

De ahí que, el adoptar medidas preventivas; como es el caso del asesoramiento genético, cuyo proceso clínico, permite a las parejas que desean tener una sana descendencia, el informarse sobre las posibilidades de un padecimiento genético específico: historia natural, complicaciones, posibilidades de tratamiento, forma de herencia y riesgos de recidiva que pudieran presentar su descendencia; sea una herramienta viable para ofrecer una mejor calidad de vida a las nuevas generaciones cuyas expectativas de vida sobrepasen los actuales índices de mortandad.[8]

Sin embargo, junto a sus indudables beneficios, se corre el riesgo de generar un nuevo tipo de individuos, que podrían denominarse los sanos-enfermos, habida cuenta de que en el momento en el cual se realiza el diagnóstico, su salud es más que aceptable y que, en virtud de este tipo de estudios, podrían verse discriminados, además de una posición personal y social delicada, por ejemplo a la hora de formar una familia, encontrar un trabajo, mantener relaciones sociales, contratar una póliza de seguros, etc. y por otra parte, si la confidencialidad no es respetada, su familia queda en una situación muy vulnerable al compartir un mismo acervo genético.[9]

## 2. Manipulación genética

La manipulación genética, es un concepto cuya descripción en el siglo pasado era desconocida, por no decir que inimaginable, para

[8] *Cfr.* San Román Cos-Gayón, Carlos, "Consejo Genético. Comunicación de los resultados", enGafo, Javier (ed.), *op. cit.*, p. 70.

[9] *Cfr.* Sánchez Morales, María del Rosario,*op. cit.*, *p.* 210.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 528 06/01/16 1:11 p.m.

todas las generaciones anteriores de la humanidad, toda vez que ésta implica, por ejemplo, el poder modificar la estructura corporal de una persona aún no nacida, y, por lo tanto, de intervenir de manera decisiva en su destino.[10]

Desde otra perspectiva, autores como Jaime Miguel Peris Rivera, estiman que el significado restrictivo y propio de manipulación genética, comporta la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético, supone la creación de nuevos genotipos, mediante una particular información genética de un organismo viviente a otro, mientras que el significado amplio e impropio, abarca también las manipulaciones de los gametos[11] y de los embriones (no siempre dirigidas a la modificación del patrimonio genético, ni utilizando necesariamente técnicas de información genética o del ácido desorrimbonucleico).[12]

En el ámbito jurídico, el dato primario para comprender que es la manipulación genética, se encuentra constituido en el artículo 164[13] del Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios, emitido por la Secretaría de Salud (México); del que se desprende que la manipulación genética, tiene por objeto la transformación del patrimonio hereditario del hombre; sin embargo, comprende

---

[10] Frosini, Vittorio, Derechos Humanos y Bioética, Colombia, Temis, 1997, p. 90.

[11] Gameto. Célula sexual, espermatozoide y óvulo, que porta cada uno la mitad del material genético (por lo que son haploides) y que al unirse conforman el cigoto o huevo fecundado, a partir del cual se genera un nuevo ser vivo. Véase. "GLOSARIO", en Barahona, Ana y Piñero, Daniel, Genética: La continuidad de la vida, México, FCE, 1994, p. 142.

[12] *Cfr.* Peris Riera, Jaime, Referencias Conceptuales Imprescindibles. El Control Penal de las Manipulaciones Genéticas, España, Bilbao, 1997, p. 169.

[13] "Art. 164. [...] Se entiende por manipulación genética, a la transferencia y recombinación intencional de información genética específica de un organismo a otro, que para ello, utilice fusión o hibridización de células que naturalmente no ocurre, introducción directa o indirecta del material hereditable y cualquier otra técnica que, para los mismos fines pudiera aplicarse en el futuro". Véase. "Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios", Agenda de Salud 2006, 7ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2005, p. 29.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 529 06/01/16 1:11 p.m.

otras acciones, como son: las terapias génicas, la manipulación de embriones, la formación de híbridos[14] y quimeras; las técnicas de clonación, la eugenesia positiva y negativa, así como las técnicas de reproducción asistida.[15]

A este respecto, Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez[16], establece una clasificación de los distintos niveles en que se puede presentar la manipulación genética; y son a saber los siguientes:

I. La manipulación genética con fines terapéuticos mediante la intervención génica de células somáticas[17] en un individuo, es aquella que se utiliza para curar alguna enfermedad o defecto en una persona viva.

II. La terapia de la línea germinal, que es la terapia génica destinada a la persona por nacer, ya sea antes de la concepción o durante ella, con finalidad terapéutica para modificar el genoma de un individuo y así evitar en el nuevo ser algún defecto de génesis genética.

III. La manipulación genética perfectiva, a través de la cual se inserta un gen para mejorar determinado carácter somático de la persona.

---

[14] Híbrido. Individuo cuya constitución genética para un determinado carácter consiste en un alelo de un progenitor y alelo del otro progenitor. Véase. "GLOSARIO",Barahona, Ana y Piñero, Daniel, op. cit., p. 143.

[15] *Cfr*. Darío Bergel, Salvador: "Genoma Humano"; art. pub. en Muñoz De Alba, Marcia (coord.): Reflexiones en torno al Derecho Geonómico; Serie Doctrina Jurídica,num. 86., 1ª. ed., Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas., México, 2002., p. 68.

[16] *Cfr.* Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *Responsabilidad derivada de la biotecnología*, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, S.A.E. e I, 1995, p. 192.

[17] Células Somáticas. Son las células que forman los tejidos de un organismo. *Véase.* "Glosario de Términos", pub. en Carrión Yagüe, Francisco; *et. al., De la Biotecnología a la Clonación, ¿Esperanza o amenaza?*, Valencia, España, Dialogo, S.L., 2003, p. 120.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 530 06/01/16 1:11 p.m.

IV. La manipulación eugénica, destinada a modificar los rasgos humanos codificados por un gran número de genes, determinantes de los rasgos específicos de la personalidad, inteligencia, carácter, etc.[18]

Así pues, sobre esta base podemos decir que la manipulación genética, como una aplicación de la ingeniería genética, tiene por objeto: conservar, prolongar y ofrecer una mejor calidad de vida al ser humano, desde cualquiera de sus diferentes modalidades.

Por lo que, no considero razonable ir en contra de los avances de la ciencia, sino por el contrario aplicarlos bajo límites éticos y jurídicos, de una legislación de principios tales como: la intimidad genética, la diversidad humana, la heterogeneidad, el derecho a la vida, la identidad personal y la información genética, que constituyen en conjunto el tesoro más preciado de la humanidad.

## 3. Huella genética

La identificación de individuos mediante el análisis de la huella genética se está realizando de forma muy eficaz en la medicina forense, tanto para el análisis de paternidad como para la identificación de delincuentes en caso de homicidio o violación.[19]

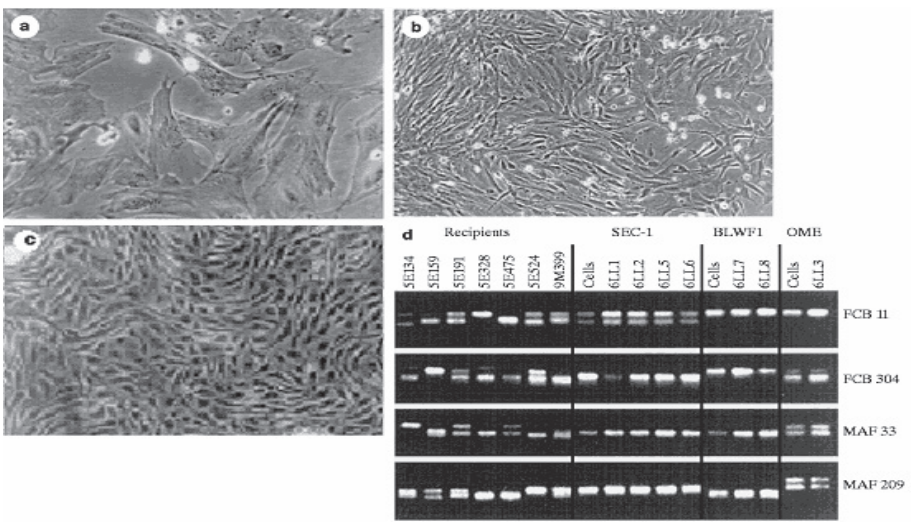
---

[18] *Cfr.* Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *op. cit.*, p. 192.

[19] *Cfr.* Sánchez Morales, María del Rosario, *op. cit.*, pp. 46 – 65.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 531 06/01/16 1:11 p.m.




Huella Genética. Análisis del ADN de un individuo determinado. Véase. Ortiz Cabrales, Jorge Alberto, La Clonación. "Reflexiones sobre la Clonación", http://members.fortunecity.es/kaildoc/clonacion/reflegen.htm. Fecha de consulta: 02 de junio de 2003.

Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodamiento a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho, origina un vacío jurídico respecto de los problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas tecnologías de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole civil y penal.[20]

[20] Soto La Madrid, Miguel Ángel,*Biogenética. Filiación v Delito,* Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 542.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 532 06/01/16 1:11 p.m.

## 4. Clonación

En el campo técnico la clonación ha recibido diversas acepciones tales como la llamada autorreproducción, reproducción en serie, partogénesis, gemelaridad provocada, clonización, clonismo, fisión gemelar o estandarización humana. En el campo periodístico (*ut vulgumdicitur*) se le ha hecho conocer como aquel proceso tendente a crear seres réplicas, hombres duplicados, hombres pares, clonificación o aislamiento de embriones, sosías genéticos y hasta se ha humorizado su denominación con lo de "fetocopias".[21]

Razón por la cual, la palabra clon ha ido adquiriendo nuevos usos con el tiempo. Al principio se utilizaba para designar una población de células u organismos obtenida por reproducción vegetativa (asexual) de una sola célula u organismo, de modo que todos los miembros de un clon tienen la misma constitución genética.

Más tarde, cuando la ingeniería genética permitió multiplicar un gen o un fragmento de DNA en las bacterias, se extendió el término a la clonación de genes. Pero, con los animales superiores, la idea de la clonación se hacía difícil ya que no se pueden reproducir asexualmente. Así, para clonarlos hay que eliminar quirúrgicamente el núcleo de una célula fecundada (cigoto) y sustituirla por el núcleo entero de otro animal. Los primeros experimentos de este tipo se hicieron con anfibios. Se eligieron los óvulos de rana porque esta célula es grande, sencilla de obtener y bastante fácil de manipular.[22]

Finalmente, estos estudios obtuvieron un éxito relativo y se lograron crear ranas clónicas, exactas unas a las otras, con la misma dotación genética. Para ello se cogieron unos óvulos de rana y se les quitó el núcleo. Y, por otro lado, se extrajo el núcleo de células embrionarias todavía totipotentes (es decir, que estaban en un estadio

[21] Iáñez Pareja, Ernesto, "Introducción a la Biotecnología", http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2006.

[22] *Idem.*



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 533 06/01/16 1:11 p.m.

del desarrollo inicial desde el que podían derivar a cualquier tipo de célula). Significa obtener una colonia de células genéticamente idénticas, las cuáles contienen el segmento de DNA que interesa (DNA extra-o).[23]

Existen otros medios o mecanismos para que se produzca la Clonación de dos o más individuos genéticamente idénticos. Son a saber:

### a) Fisión Gemelar

Proceso por el cual una sola célula fecundada, es decir, el embrión en el estado de una célula en las primerísimas fases de desarrollo, sufre una división particular generando dos embriones idénticos que darán origen a dos individuos idénticos. Los gemelos humanos monocigóticos son precisamente el resultado de una clonación natural. Puede pensarse en lograrlo artificialmente.

Técnica del Transferimiento de Núcleo

> Consistente, en el cambio, de la privación de su núcleo a una ovocélula fecundada antes de que se forme el cigoto, sustituyendo luego este núcleo aploide (es decir, con sólo la mitad del patrimonio cromosómico) por un núcleo diploide (con toda la información cromosómica) proveniente de una célula somática de adulto de la misma especie. Esto daría como resultado un individuo perfectamente idéntico a aquel del que se tomó la célula somática. Se trata de una fecundación "asexual".[24]

Es así, como entendemos a la Clonación como, la génesis de un individuo se crea otro exactamente igual al anterior, ya que los caracteres que puede mostrar un ser humano se deben a los genes que ha heredado de sus progenitores, mediante la clonación se obtiene

---

[23] Ortiz Cabrales, Jorge Alberto, "La Clonación", http://members.fortunecity.es/kaildoc/clonacion/clonacion.htm. Fecha de consulta: 2 de junio de 2006.

[24] *Cfr*. Sgreccia, Elio, Manuale di bioetica, Milano, Vita e Pensiero, 1988, pp. 326-327.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 534 06/01/16 1:11 p.m.

que el individuo tenga los mismos genes que el padre o la madre, la reproducción sexual se sustituye por la reproducción artificial, pero los genes los aporta una única persona, el individuo tendrá los mismos genes, aunque científicamente, se dice que es posible que sus rasgos puedan variar.

Los tipos de clonación suelen dividirse según el método en:

> Partición (fisión) de embriones tempranos: analogía con la Gemelación natural. Los individuos son muy semejantes entre sí, pero diferentes a sus padres. Es preferible emplear la expresión Gemelación artificial, y no debe considerarse como clonación en sentido estricto.
> Paraclonación: transferencia de núcleos procedentes de blastómeros embrionarios o de células fetales en cultivo a óvulos no fecundados enucleados y a veces, a zigotos enucleados. El "progenitor" de los clones es el embrión o feto.
> Clonación Verdadera: transferencia de núcleos de células de individuos ya nacidos a óvulos o zigotos enucleados. Se originan individuos casi idénticos entre sí (salvo mutaciones somáticas) y muy parecidos al donante (del que se diferencian en mutaciones somáticas y en el genoma mitocondrial, que procede del óvulo receptor).[25]

En humanos,[26] la clonación verdadera podría tener dos usos diferentes:

1. Clonación reproductiva: tal como se describe arriba, para crear un individuo clónico. Posibles situaciones:
   - Como técnica de reproducción asistida excepcional, no convencional.
2. Cuestiones de eficiencia:

---

[25] *Véase.* Capítulo 3° de Comité de expertos sobre bioética y clonación (1999) Informe sobre la clonación en las fronteras de la Vida, Instituto de Bioética de la Fundación de Ciencia de la Salud, ediciones Doce Calles, Madrid.

[26] http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2006.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 535 06/01/16 1:11 p.m.

- Si se tuviera la eficiencia del caso *Dolly*, necesitaríamos 200 mujeres.

Pero recientemente se ha visto que con el líquido de aspiración del folículo ovárico se pueden obtener muchos folículos preantrales que se pueden madurar en laboratorio hasta ovocitos maduros.

Desarrollo de folículos ováricos humanos en ratones *scid* e hipogonádicos.

Incidencia de nacimientos muertos y abortos. Según Wilmut, hay un patrón continuo de muertes durante el desarrollo embrionario y fetal, llegando a término sólo 1-2% de los embriones.

Clonación no reproductiva: se realiza la manipulación celular como en la anterior, pero el embrión no se implanta en útero, sino que puede servir a distintos objetivos, principalmente de investigación:

1. Sobre fertilidad, anticoncepción, etc.
2. Desarrollo embrionario.
3. Obtención de células madre e inducción de diferenciación a diferentes tejidos.[27]

## III. Bioética

La bioética es una disciplina implantada de hecho en la sociedad internacional a lo largo del último cuarto del siglo XX a la que le corresponde una unidad pragmática determinada por un conjunto abierto de problemas prácticos nuevos (no sólo éticos, sino morales y políticos: la Bioética arrastra desde su constitución la confusión con la biomoral y, por tanto, con la biopolítica) que giran en torno a la vida orgánica de los hombres y de los animales, y por un conjunto, también abierto, de resoluciones consensuadas por las instituciones

[27] J. B. Cibelli et al., *Clonedtransgenic claves producedfrommonquiescent fetal fibroblasts,*Revista *Science, Vol.* 280, USA, 1998, pp.1256-1258.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 536 06/01/16 1:11 p.m.

competentes, desde los comités asistenciales de los hospitales hasta las comisiones nacionales o internacionales que suscriben algunas de las citadas resoluciones o convenios.[28]

Lo anterior es así, ya que surge de la interpelación de la práctica médica a la teoría ética, extendiéndose al ámbito total de la cultura contemporánea, revelando el entramado profundo de diversas instancias que no pueden comprenderse aisladamente. Tanto por sus contenidos, como por su metodología, la cuestión bioética permanece abierta.[29]

De tal suerte que, la ley natural es la propia naturaleza del hombre en cuanto sirve de cauce a sus movimientos y operaciones libres. Como la misma naturaleza humana, la ley natural también es inmutable.

En cambio, la ley positiva, como toda obra humana, es algo inacabado y siempre perfectible. El derecho positivo es un derecho normativo que se desarrolla dinámicamente en el tiempo y el espacio. Se trata de un fenómeno que emerge de una determinada sociedad como instrumento de ella y que difiere según los pueblos, civilizaciones y tiempos.[30]

Si el derecho pretende regular la convivencia humana con certeza, eficacia y justicia, debe estar constantemente adecuándose para enfrentar los nuevos problemas que provoca el cambio social en todas sus dimensiones.

---

[28] Rios, Jacobo *et. al.*, *Ingenieria Genética,* http://204.29.171.80/framer/navigation.asp?charset=utf-8&cc=MX&frameid=1565&lc=es-mx&providerid=262&realname=Yahoo%21&uid=1942459&url=http%3A%2F%2Fwww.yahoo.com.mx. Fecha de consulta: 30 de mayo de 2003.

[29] Bueno, Gustavo*: Principios y reglas generales de una bioética materialista.*Cit. por http://204.29.171.80/framer/navigation.asp?charset=utf-8&cc= MX&frameid=1565&lc=es-mx&providerid=262&realname=Yahoo%21&uid=1942459&url=http%3A%2F%2Fwww.yahoo.com.mx. Fecha de consulta: 30 de mayo de 2003.

[30] Ugarte, José Joaquín, *La Ley Natural*, Revista Chilena de Derecho, Volumen 6, Nos. 5-6, Octubre-Diciembre 1979, p.475.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 537 06/01/16 1:11 p.m.

Ahora bien, como se puede observar, a través del proceso de la fecundación humana comienza la vida, y cabe preguntarse cuál es la naturaleza del producto de tal proceso, ya que en algún momento será una persona, titular de derechos, merecedora de respeto y de protección por parte de la sociedad. Así pues, en medio de este proceso biológico minucioso, del cual la ciencia aún desconoce todos los detalles, se convierte en un factor indispensable la búsqueda del momento exacto en el cual se empieza a gozar de todos los derechos fundamentales de la persona humana, en un sinfín de controversias relativas e inherentes a su calidad de tal.[31]

Actualmente muchas doctrinas modernas dentro de las diferentes áreas de la ciencia han buscado respuesta al tema del comienzo de la personalidad humana, dándose diferentes lapsos de gestación para poner el límite entre el "objeto" y la persona; no obstante en el Derecho, al tratarse del nasciturus, es posible encontrar que en todos los códigos y legislaciones latinoamericanas, y algunas europeas, el término empleado para designarlo es en sentido amplio, mencionando que "tiene capacidad de derecho desde su concepción", considerándolo ser humano desde el momento en que es concebido hasta su nacimiento.

De igual manera, es importante mencionar que una categoría que se ha tomado en cuenta al considerar la creación de estatutos que regulen los límites y el desarrollo genético en sí, es la de personalidad en la persona natural, tomando en cuenta que al hablar de personalidad se hace referencia al atributo consustancial o esencial de la persona, que se encuentra presente en la misma por el solo hecho de serlo y que puede ser identificada como la aptitud que le es inherente para ser titular de derechos y obligaciones. Aunque puede hablarse de nacimiento y extinción de la personalidad cabe apuntar

[31] Cabe decir que Reconocido el cigoto humano como persona, la Constitución Política, y los Códigos Civil y Penal, además de otras leyes, estarían resguardando los derechos esenciales del embrión.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 538 06/01/16 1:11 p.m.

que ésta es siempre la misma y no sufre alteración en el transcurso del tiempo o por la existencia de determinadas circunstancias.

Cierto es que la doctrina de la personalidad por concepción recoge variados artificios, desde una idea de la personalidad implícita hasta la capacidad de derechos con exclusión de vínculos y de responsabilidades.[32]

La naturaleza plenamente humana del embrión, desde su constitución como cigoto, está atestiguada por la genética moderna, la cual "ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa que le corresponde a ese ser viviente.[33]

Es precisamente, en este punto cuando comienza la problematización en la jerarquización de los derechos fundamentales de los seres humanos, de los que destacan por mencionar algunos, como lo son, el derecho a la vida y a la integridad física, ya que desde el primer instante de la existencia, ésta debe ser respetada en virtud del principio de igualdad. Biológicamente hablando, desde la fusión de los gametos hasta el embrión, éste es un individuo humano real y no simplemente potencial, dado que en el cigoto está constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano.

Por lo anterior, deben respetarse y promoverse los bienes físicos y morales, así como los derechos propios del embrión, dentro de los cuales pueden señalarse los siguientes: irreductibilidad, integridad, cuidado y salud, hábitat vital, procreación y nacimiento.

## IV. Derechos fundamentales y su vinculación el avance científico tecnológico

Los derechos humanos son un medio jurídico de defensa del individuo frente al poder del Estado, son un instrumento que datan de

---

[32] Calvo Meijide, Alberto, *El Nasciturus y su protección jurídica I y II*, Actualidad Civil Nº 17, Mayo de 1992.

[33] Storch de Gracia y Asencio, J., *Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido.* La Ley 1987, II Madrid, España.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 539 06/01/16 1:11 p.m.

fines del siglo XVIII con la caída del régimen absolutista, y más exactamente con la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789.[34]

Los derechos así concebidos, fueron de marcada esencia iusnaturalista e individualista, ubicando al hombre como centro y eje del universo social, después del radical abandono vivido por el mismo durante el absolutismo y el feudalismo, sistemas donde el individuo estuvo a disposición del poder. Surgiendo, entonces, una distinta forma de organización jurídico-política; donde el poder estuviese al servicio del hombre, y no al revés. Por eso el gobernante, el monarca, pasa de ser soberano a ser servidor, dejando la soberanía para el pueblo como su único y legítimo titular.[35]

Los derechos humanos simbolizan la exaltación del individuo respecto a su autonomía personal frente al resto de la sociedad, y fueron concebidos como un límite al ejercicio del poder, y un ámbito de libertad para que el ser humano pudiera desarrollarse en su individualidad a plenitud, sin la interferencia del poder. Teniendo por contexto histórico, el Estado gendarme o policía[36], es decir, el Estado del "dejad hacer dejad pasar"; caracterizado por un estado con un gobierno que debía intervenir en la sociedad únicamente cuando su fin, que es la garantía de los derechos humanos *(vid.* Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, artículo 2), se lo exigiera.

No obstante, el reconocimiento de estos derechos, también limitaron el ejercicio de los derechos de los demás. Ya que, el ámbito de libertad generado por los derechos humanos constituye así el

---

[34] *Cfr.* FlorisMargadant, Guillermo, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 29ª ed., México, Porrúa, 1983, pp. 232 – 269.

[35] *Cfr.* Martines Bullé Goyri, Víctor M., "Genética Humana y Derecho a la Vida Privada", *Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Genética Humana y Derecho a la Intimidad*, p. 19.

[36] *Cfr.* Martines Bullé Goyri, Víctor M.,*op. cit.*, pp. 19 – 20.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 540 06/01/16 1:11 p.m.

ámbito primigenio de la privacidad, que no puede ser invadido ni por el Estado ni por los demás miembros de la sociedad.

En este orden de ideas, y bajo esa ideología individualista, resulta lógico pensar, en la viabilidad del modelo liberal, adoptado en el mundo occidental, a mediados del siglo XX y la consecuente consagración de los derechos del hombre en los textos constitucionales que fueron surgiendo.

Subsecuentemente, la evolución de la sociedad correlativamente con el derecho que la normaba, se enriqueció notablemente, al desarrollar los derechos de carácter social, que dieron una nueva dimensión en general a los derechos humanos como sistema, pero sin hacerles perder su carácter esencial originario de instrumentos jurídicos que defienden y promueven la individualidad frente al Estado y la sociedad; por el contrario, con los derechos sociales se potencia aún más la posibilidad de desarrollo del individuo, al atenderse a la satisfacción de sus necesidades específicas.

La justicia básica requiere no discriminar por razón de raza, sexo, o religión. Asimismo, la equidad requiere no discriminar por razones de edad, de tamaño, de etapa de desarrollo, o por la condición de dependencia o enfermedad. Esta doctrina de la igualdad encaja claramente en los principios democráticos y en la constitución. Al decir que todos somos iguales, se pretende dar a entender que el ser humano ha sido dotado de ciertos derechos inalienables, entre ellos el derecho a la vida y a la libertad.[37]

Si bien los derechos humanos no son concesión de ningún gobierno ni promulgados por una mayoría, son concebidos en virtud de su humanidad, derivados no de la fuerza o la belleza, de la inteligencia o el talento, o de nuestra utilidad a otras personas o a la sociedad en su totalidad.

Ahora bien, en este ámbito de los derechos humanos hablar del embrión, constituye un debate entre el inicio de la personalidad

[37] Domínguez Gracia Villalobos, Jorge Alfredo, Transplantes de Órganos, Aspectos Jurídicos, 2ª ed., México, Porrúa, 1996, p. 31.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 541 06/01/16 1:11 p.m.

jurídica y la consideración del mismo como solo "objeto" factible de experimentación y como permisor del continuo desarrollo de la vida. No obstante, entre diversas teorías contrarias, se ha podido observar que en el campo de la experimentación con embriones existe una muy importante controversia, fundada en el hecho de que al ser utilizados los embriones como medio de alcance de nuevos descubrimientos científicos, se estaría hablando de una violación ineludible a los derechos del hombre, en cuanto al principio de igualdad entre los seres humanos y el principio de no discriminación. Ya que contrariamente a cuanto pudiera parecer a primera vista, el principio de igualdad entre los seres humanos es vulnerado por esta posible forma de dominación del hombre sobre el hombre, al mismo tiempo que existe un riesgo latente a una discriminación en toda la perspectiva selectiva-eugenista inherente al posible uso del embrión para métodos de clonación.[38]

Sin embargo hoy en día, constituye un hecho importante se considere buscar una solución para armonizar las exigencias de la investigación científica y los valores humanos, ya que pese a que la investigación científica represente una esperanza para la humanidad es fundamental la creación de límites adecuados que permitan hacer que la ciencia biomédica mantenga y refuerce su vínculo con el verdadero bien del hombre y de la sociedad.

## 1. Derecho a la integridad sico-somática

El ser humano existencialmente está dotado de voluntad y libertad y desde el punto de vista biológico cuenta con una unidad corpórea que le permite presentarse física y materialmente ante la sociedad.

---

[38] Clonación en Seres Humanos. Posibilidades de su regulación legal. Zamudio, Teodora (Coordinadora del Centro de Estudios en Bioética de la Universidad Notarial Argentina), Regulación jurídica de las biotecnologías, http://www.biotech.bioetica.org/i21.htm. Fecha de consulta: 19 de octubre de 2008.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 542 06/01/16 1:11 p.m.

La integridad del ser humano es en sí la característica propia, el contexto corporal y funcional que como sujeto de derecho le corresponde a la persona y al concebido.

Es una virtud natural que tiene todo ser humano que le permite mantener su cuerpo sano.

Como derecho, la integridad se determina en la protección de la estructura corporal (integridad física), sicológica (integridad síquica) y social (integridad moral) de la persona humana.

La ley, al consagrar este derecho individual, protege la integridad de la especie humana (derecho del que es titular la Humanidad) de cualquier acto contrario o perjudicial.

Dentro de ello podríamos considerar, como caso especial, a la clonación terapéutica puesto que su aplicación permitiría la integridad de la salud física y una mejor calidad de vida para el paciente.[39]

## 2. Derecho a la libertad

La libertad es aquella "facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos".[40]

Desde el punto de vista jurídico, y de manera concreta, el derecho a la libertad se vincula con el derecho a la autodeterminación y con el derecho de decidir libremente.

El hombre es un ser libre. Puede intervenir en su propia historia y en su cuerpo, siendo capaz de decidir cuándo, cómo y quién desea procrear. Pero, ¿hasta qué punto puede esta libertad personal ser permisible?, ¿tiene el hombre un dominio pleno y absoluto sobre su corporalidad?. Indiscutiblemente no.

Por su parte, Augusto Sarmiento nos dice que "el problema de la libertad y del dominio reviste una complejidad especial cuando

[39] *Cfr.* Romeo Casabona, Carlos Maria, *Los Genes y sus Leyes, el Derecho ante el Genoma Humano,* Bilbao- Granada, España, Comares, S.L., 2002, pp. 41- 55.

[40] *Idem.*



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 543 06/01/16 1:11 p.m.

las actividades llevadas a cabo afectan a otras personas. Esa complejidad se da concretamente cuando el dominio --intervenciones, modificaciones, etc.-- se ejerce sobre la corporalidad humana, sobre todo ante el moderno desarrollo científico".[41]

Al respecto, Bernard Edelman indica que sin duda "podemos gozar de nuestra libertad, pero no podemos disponer de ella, el derecho nos enseña que el *ser humano* escapa incluso, de su propia voluntad, y que estamos obligados, en defensa de nuestro cuerpo, a respetarnos como hombres".[42]

De allí que las investigaciones *sobre* y *en* el hombre serán aceptadas socialmente y permitidas legalmente, siempre que se respete su esencia natural de *ser libre*.

En tanto, el maestro Enrique Carlos Banchio, aborda el tema de la manipulación genómica, haciendo una interesante cita de Javier Gafo quien refiere que "un hijo 'clónico' sería un ser al que se le ha asfixiado la autenticidad de ser el mismo... Se lesiona un derecho fundamental, que pertenece inevitablemente a la libertad existencial".[43]

### 3. Derecho a la salud

Es el derecho de sentirse bien física y mentalmente. Es un bienestar general que integra lo sicológico, biológico y social. Dentro de esta concepción el derecho a la salud integral comprende el aspecto corporal, el fisiológico y emocional que como todos, debe tener una perfecta correlación para el desarrollo de la persona humana.

---

[41] *Cfr*. Sarmiento, Augusto*: DerechoGenético.* Cit. por*Ibidem*, p. 47.

[42] Edelman, Bernard, "Experimentación en el hombre: Una ley sacrifical", http//: comunidad.derecho.org/dergenetico/LibDerManGenC5.html. Fecha de consulta: 20 de agosto del año 2001.

[43] http//: comunidad.derecho.org/dergenetico/LibDerManGenC5.html. Fecha de consulta: 20 de agosto del año 2001.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 544 06/01/16 1:11 p.m.

Es en estos términos que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud otorgándole al Estado, como función básica, la promoción de este derecho.

En esta dirección el preámbulo de la Constitución de la OMS sienta entre sus principios los siguientes:

"La salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

> Artículo 7: [...] nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.[44]

Así tenemos que el derecho a la salud puede conceptualizarse de modo estricto como "la falta de enfermedad" como el "estado en que el organismo ejerce normalmente todas sus funciones". Por su parte, el Estado brinda la protección de este derecho a través de la correspondiente atención sanitaria.

El derecho a la salud tiene una relación muy estrecha con las TERAS, pues estas tienen una finalidad terapéutica.

Siguiendo con el análisis de la clonación terapéutica y su influencia sobre los derechos de la persona, supongamos el siguiente caso. Se crea un *clon embrionario* por transferencia nuclear de la carga genética de un paciente terminal de cáncer pancreático, en el ovulo de una donante a la cual se le ha extraído previamente su núcleo que contenía su carga genética; este ovulo se fecunda a través de cargas eléctricas. Iniciando se con la fase embrionaria, sin que se concluya esta, por haber aislado las células troncales embrionarias, que le permitirán al donador del código genético su supervivencia y prolongación de su existencia en mejores condiciones, por medio del

---

[44] Velasco Suarez, Manuel, "Derecho y salud, su protección y fomento. Bioética para el respecto al derecho a la vida y promoción de la salud", *Temas selectos de salud y derecho,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, pp. 195-204.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 545 06/01/16 1:11 p.m.

cultivo de las células troncales embrionarias creadoras del órgano pancreático compatible necesario para su subsistencia.

Esto, sin duda, va mucho más allá de lo que comúnmente se entiende por derecho a la salud. Desde la perspectiva actual, en la que la terapia genética, se encuentra en sus inicios, y la clonación terapéutica aun es una promesa ambiciosa para la prolongación y mejor calidad de vida de personas desahuciadas por una enfermedad terminal o carentes de tiempo para continuar en la lista de espera de un trasplante.

Sin embargo, la permisión de esta línea de investigación permitirá la materialización de dichos anhelos y la calidad de vida por la que los Estados de Derecho a nivel mundial promueven en sus diferentes cuerpos normativos.

## 4. Derecho a la vida

Es un derecho substancialmente básico, que se protege y respeta, no solo por ser la condición de posibilidad, única y esencial, de cualquier otro derecho, sino porque es un derecho excelso y fundamental del ser humano del que es titular por la sencilla razón de ser *subjectum iuris.*[45]

Al respecto, Jorge Peralta Sánchez, ha sostenido que aunque por una parte no podemos afirmar que frente a la vida estemos ante un derecho valor absoluto, sí podemos afirmar que el hombre en toda la historia siempre ha valorado a la vida como el valor fundamental del hombre, por lo que como antes lo hemos demostrado el hombre, como animal, como ser espiritual, ha procurado conservar su vida.[46]

---

[45] Díez Díaz, Joaquín, *El Derecho a la vida,* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, "Septiembre". Cit. por Domínguez Gracia Villalobos, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 46.

[46] *Cfr.* J. T. Delos, *Los fines del Derecho.* Cit. por Martínez Garnelo, Jesús, *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos*, México, Porrúa, 2002, p. 42.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 546 06/01/16 1:11 p.m.

En toda la historia de la humanidad el hombre con relación a su vida ha tomado la actitud que se resume en el pensamiento de Miguel de Unamuno, en que destaca el sentimiento de la vida, la vitalidad, el apetito desenfrenado de vivir y la repugnancia a morir. Nos lleva a afirmar que con razón o sin razón o contra ella, nuestro instinto de supervivencia no nos permite morir.[47]

Por lo que la vida y la salud, son derechos y valores suprahistóricos porque pienso como Alfred Stern que es por la atribución de un valor positivo la vida y la salud y un valor negativo al sufrimiento y la muerte, es como hay historia.[48]

Y se es suprahistórico, porque la salud es mejor que la enfermedad. Juicio de valor que parece expresar realmente una evolución intemporal inespacial, suprahistórico, impersonal y supracultural. En todas las regionesde la tierra y en todos los medios sociales los hombres valoraron y va loran positivamente la salud y la enfermedad de modo negativo.

Entendiendo que la vida, tiene un carácter sacro y que nadie puede disponer de ella a capricho, la manipulación genética, que se da a través de la clonación terapéutica implica la interrupción del desarrollo embrionario para obtención de células troncales embrionarias, portadoras de más líneas celulares capaces de crear a través de su cultivo tejidos y órganos idóneos para trasplantes vitales a enfermos terminales, como diabéticos por insuficiencia renal, trasplantes pancreáticos, etc. Imposibles de obtener, por medio de la extracción de células madre de la medula espinal o células nerviosas de un adulto.

Provocando de esta manera una ruptura epistemológica antagónica al derecho a vivir del ser humano, en virtud de que este tiene obligación a hacerlo.

---

[47] *Cfr.* De Unamuno, Miguel: *Del sentimiento trágico de la vida.* Cit. por Martínez Garnelo, Jesús, *op. cit.*, p. 42.

[48] Ster, Alfred: *La filosofía de la historia y el problema de los valores.* Cit. por *Idem*.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 547 06/01/16 1:11 p.m.

## 5. Actual paradigma del derecho fundamental a la vida ante los nuevos avances científicos tecnológicos del siglo XXI

Los avances científicos y tecnológicos que tienen lugar dentro de la medicina hoy en día son constantes y numerosos, puesto que en su mayoría estos, tratan la vida en general y la vida humana en particular únicamente como objeto de estudio e investigación científica. Asimismo, al observar en estas últimas décadas no sólo el avance de nuevas tecnologías biomédicas, sino también al revisar algunos de los más importantes proyectos en materia de política sanitaria, es posible entender que una nueva consideración sobre la vida humana, la vida embrionaria, debe legislarse para así evitar la agresión y promover los derechos que posee el ser humano desde el seno materno.

En efecto, las nuevas tecnologías que inciden en las ciencias de la vida poseen una dimensión antropológica ineludible, ya que bien menciono anteriormente, los continuos avances en materia de biología y medicina han hecho posible la creación de embriones humanos, en formas diversas a la fecundación natural. Ahora bien, en materia jurídica, la biopolítica iniciada en los años setenta, encuentra su máxima expresión en nuestros días con la posibilidad de controlar el origen y resultado de la procreación, así como también el desciframiento del genoma humano.

Sobre esta cuestión, se puede encontrar que el Estado justifica su intervención para tutelar la vida humana desde su inicio hasta la muerte, para conservarla como valor supremo del hombre en su integridad y dignidad a través de una legislación adecuada; obteniendo la investigación científica, la ley y el Estado la ética el juicio para determinar aquello que es o no benéfico para el ser humano.

No obstante lo anterior, la investigación científica, como es bien sabido, tiene como soporte irrenunciable la libertad de investigación, concebida como el derecho fundamental a la creación y a la



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 548 06/01/16 1:11 p.m.

producción científicas, con el cual se atiende de forma primaria a los intereses del investigador o científico, pero también los colectivos de promover el progreso científico por los beneficios generales que pueden proporcionarse a la sociedad. De ahí también otra consecuencia que debe ser igualmente garantizada y protegida: la difusión y circulación de la información y del conocimiento científico.[49]

De ahí que, el entendimiento del alcance de tal derecho por lo que se refiere a la adquisición misma del conocimiento, implica la obtención de información, de conocimiento científico, no debe estar sujeta a limitación alguna, puesto que el conocimiento en cuanto tal no es perjudicial, sino la utilización posterior que del mismo se haga.

Esto es así, toda vez que las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos, es decir, en gametos, embriones o células embrionarias se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Siempre se ha dicho que "a nuevos avances científicos, nuevos retos éticos" y esta misma idea la recoge el texto legal reconociendo que los avances científicos mencionados y los procedimientos y herramientas para alcanzarlos generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas con equilibrio y prudencia.

Debido a esto creemos que hoy en día la ley debe garantizar la protección de los derechos de las personas que pudieran resultar afectadas por la acción investigadora y, respetando los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, con la única finalidad de que prevalezca la salud, el interés y el bienestar del ser humano partícipe de una investigación biomédica por encima del interés de la sociedad o de la ciencia.

Ante esta declaración de principios, se puede plantear un gran problema, puesto que en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa, la ciencia y el desarrollo han llevado a caer en

---

[49] *Cfr.* Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 161.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 549 06/01/16 1:11 p.m.

un imperativo tecnológico, es decir, donde todo lo que se puede hacer se hará. Por otro lado, también es necesario señalar que la ambigüedad con que se utilizan términos tales como ser humano, individuo, persona y dignidad en el ámbito de la investigación biomédica puede dar lugar a otras situaciones problemáticas, en relación con que el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán por encima del interés de la sociedad y de la ciencia tal como se decía anteriormente.

Razón por la cual, el paradigma actual que enfrenta el derecho fundamental a la vida ante los avances científicos tecnológicos del siglo XXI, implica más que un estudio multidisciplinario, transdisciplinario de las áreas del conocimiento como son la medicina, la biología, la ingeniería genética, la biotecnología y el derecho, entre otras, a efecto de establecer no sólo un marco teórico-normativo, sino conceptual que refleje los principios generales y fije las directrices que regulen la libertad de investigación científica en el siglo XXI.

De ahí que, los descubrimientos y aplicaciones de la biotecnología hacen necesario no sólo definir el concepto de embrión humano, sino otorgarle protección jurídica en su carácter de individuo humano a partir de su identidad genética propia, y su capacidad de desarrollo continuo e ininterrumpido.

Así, tenemos que el embrión humano constituido al momento de la unión de los gametos femenino (óvulo) y masculino (espermatozoide) de sus progenitores- presenta desde el inicio una serie de transformaciones evolutivas tanto celulares como bioquímicas, determinadas por sus genes, que van a hacer posible su implantación en el endometrio; por lo que el desarrollo del embrión desde la fecundación, donde la singamia que es la unión de los núcleos de los gametos es la acción donde se establece el nuevo genoma.

Durante los días previos a la implantación, el embrión interacciona con su medio externo, específicamente con los receptores de membrana, de la superficie epitelial, de la mucosa de la trompa y va expresando las moléculas de adherencia celular para la implan-



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 550 06/01/16 1:11 p.m.

tación, desde cigoto a blastocito. El embrión se va nutriendo con las secreciones tubáricas hasta que se implanta. Aún una vez implantado el blastocito, todavía no hay placenta y las células deciduales endometriales lo nutren hasta que se establezca la circulación útero placentaria, alrededor del 12º día de desarrollo. Esta continuidad, coordinación y gradualidad corrobora la unicidad del embrión durante todo el proceso, pudiendo con esto afirmar que la implantación no lo hace diferente, simplemente crece y va continuando su evolución dentro de la mucosa endometrial.

Si bien, sobre la base de un análisis biológico completo, el embrión humano vivo es, a partir de la fusión de los gametos, un sujeto humano con una identidad bien definida, el cual comienza desde ese momento su propio desarrollo, coordinado, continuo y gradual, de tal modo que en ningún estadio sucesivo puede ser considerado como una simple masa de células. En consecuencia y debido a su naturaleza de individuo humano, posee el derecho a la vida, situación que trae consigo que, por consiguiente, cualquier acto de intervención que no sea en favor del embrión mismo, constituya un acto que vulnerador de dicho derecho; por ello la importancia satisfacer la necesidad derivada de cubrir los vacíos que representa la legislación, que posee como único fin proteger al ser humano desde el primer momento de su existencia.

De ahí que, el derecho fundamental a la vida contemple su protección respetando el concepto de embrión humano, y acorde con los conocimientos científicos universales y los preceptos constitucionales vigentes, garantizado por el ámbito de la biología y de la medicina la dignidad del ser humano desde el inicio de su vida, contemplando como bien jurídicamente tutelado la vida humana desde que la fusión de los gametos constituyen una nueva individualidad.

La definición del concepto de embrión humano dentro de la legislación jurídica, resulta imprescindible para otorgar dignidad y protección al embrión creado artificialmente, ya que la dignidad humana no estriba en el medio que le da vida o en su origen sino en



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 551 06/01/16 1:11 p.m.

su ser intrínseco. Asimismo, esta misma dignidad debe otorgársele al embrión concebido en forma natural como al concebido por fertilización in vitro, más aún si llegase a crearse un ser humano por transferencia nuclear, ya que deberán contar con todos los derechos atribuibles a la persona, independientemente de la forma en la que ha sido concebido.

## V. Conclusiones

La investigación científica y tecnológica que actualmente se desarrollan exigen de los cinéticos la creación y constitución de equipos y redes de trabajo pluridisciplinarias, interdisciplinarias. Dejando a un lado las investigaciones tradicionales que descansan en investigaciones disciplinarias.

Los estudiosos del Derecho estamos convocados a realizar investigaciones interdisciplinarias, si es que no queremos estar relegados y sobre todo al margen de la comunidad científica.

Hoy estamos en condiciones de contar, desde el estado embrionario, con una gran cantidad de información relativa al sujeto que jamás hubiésemos imaginado: información respecto a enfermedades actuales, enfermedades genéticas de aparición tardía, predisposición a determinadas enfermedades, etc. Podemos asimismo, determinar con casi absoluto grado de precisión si cualquier material humano que contenga Ácido Desoximbonucleico, pertenece a la clase de un individuo o no; esto nos abre senderos insospechados, pero -paralelamente- nos crea un sinnúmero de problemas, al permitir que sean exhibidos ante propios y extraños nuestros más recónditos secretos biológicos.

Es por eso que el conocimiento y la difusión de la información genética plantean de esta forma desafíos inéditos para el derecho. Se presentan temas vinculados con el derecho a la intimidad, con el derecho a conocer y a no conocer la información que nos concierne, a la guarda y confidencialidad de la información, etc.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 552 06/01/16 1:11 p.m.

Es por ello la necesidad de crear una norma que garantice cualquier información genética obtenida y difundida entre a la órbita de lo ilícito y no sea susceptible de ser utilizada en la medición de los riesgos. La existencia de información genética crea la necesidad de contar con mecanismos para permitir el acceso a la misma cuando el titular así lo desea o lo necesita.

Actualmente la investigación y experimentación en embriones humanos es prohibida casi en la mayoría de las legislaciones de los estados de la comunidad internacional a excepto en España y Gran Bretaña (Inglaterra que abiertamente la permite a través de la clonación terapéutica).

La investigación y experimentación en embriones humanos, en estos momentos no es aceptable ni permisible, ya que existen diversas discusiones en cuento al debate ético, moral y jurídico, respecto a la libertad individual el ser humano de decidir sobre cuerpo, y la libertad de investigación genética; en la medida que este trabajo de investigación implica crear un pre-embrión extrauterinamente y extraer de este las células madre que el paciente requiere para su respectiva terapia genética.

## VI. Bibliografía

Barahona, Ana y Piñero, Daniel, *Genética: La continuidad de la vida,* México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Bueno, Gustavo*: Principios y reglas generales de una bioética materialista.*Cit. por http://204.29.171.80/framer/navigation.asp?charset=utf-8&cc=MX&frameid=1565&lc=es-mx&providerid=262&realname=Yahoo%21&uid=1942459&url=http%3A%2F%2Fwww.yahoo.com.mx.

Calvo Meijide, Alberto, *El Nasciturus y su protección jurídica I y II*, Actualidad Civil Nº 17, Mayo de 1992.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 553 06/01/16 1:11 p.m.

CAPÍTULO 3° de Comité de expertos sobre bioética y clonación (1999) Informe sobre la clonación en las fronteras de la Vida, Instituto de Bioética de la Fundación de Ciencia de la Salud, ediciones Doce Calles, Madrid.

CARRIÓN YAGÜE, Francisco; *et. al., De la Biotecnología a la Clonación, ¿Esperanza o amenaza?,* Valencia, España, Dialogo, S.L., 2003.

DARÍO BERGEL, Salvador: "Genoma Humano"*;* art. pub. en Muñoz De Alba, Marcia *(coord.)*: *Reflexiones en torno al Derecho Geonómico;* Serie Doctrina Jurídica,num. 86., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas., México, 2002.

DOMÍNGUEZ GRACIA VILLALOBOS, Jorge Alfredo, *Transplantes de Órganos, Aspectos Jurídicos,* 2ª ed., México, Porrúa, 1996.

EDELMAN, Bernard, "Experimentación en el hombre: Una ley sacrifical", http//: comunidad.derecho.org/dergenetico/LibDerManGenC5.html.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 29ª ed., México, Porrúa, 1983.

FROSINI, VITTORIO, *Derechos Humanos y Bioética,* Colombia, Temis, 1997.

GARCÍA NOGUERA, Noelia, *Biotecnología,* "Glosario de términos, cronología, marco jurídico y conclusiones",http://www.portaley.com/biotecnologia/bio8.shtml.

IÁÑEZ PAREJA, Ernesto, "Introducción a la Biotecnología",http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html.

J. B. CIBELLI *et al.*, *Clonedtransgenic claves producedfrommonquiescent fetal fibroblasts,*Revista *Science, Vol.* 280, USA, 1998.

LÓPEZ DE LA OSA GONZÁLEZ, E., "Diagnóstico Prenatal", enGafo, Javier *(ed.), Consejo Genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*; Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Edisofer, S.L., 1994.

MARTINES BULLÉ GOYRI, Víctor M., "Genética Humana y Derecho a la Vida Privada", *Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Genética Humana y Derecho a la Intimidad.*



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 554 06/01/16 1:11 p.m.

Martínez Garnelo, Jesús, *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos*, México, Porrúa, 2002.

Maton, Anthea *et al.*,*Prentice Hall Scince,*Tomo E, 2ª ed., New Jersey, U.S.A., Prentice-Hall, Inc. EnglewoodClifss, 1994.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *Responsabilidad derivada de la biotecnología*, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg,* Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, S.A.E. e I, 1995.

Navarrete de Olivares, Victoria, "Investigación en genética", en Hernández Arriaga, Jorge Luis *(coord.),Ética en la investigación biomédica,* México, El Manual Moderno, 1999.

Nietzsche, Friedrich, *Más allá del bien y del mal.* Cit. por Fukuyama, Francis, *El Fin del Hombre. Consecuencias de la Revolución Biotecnológica;* trad, al español de Paco Reina, México, Ediciones B, 2003.

Ortiz Cabrales, Jorge Alberto, "La Clonación", http://members.fortunec ity.es/kaildoc/clonacion/clonacion.htm.

Ortiz Cabrales, Jorge Alberto, La Clonación. "Reflexiones sobre la Clonación", http://members.fortunecity.es/kaildoc/clonacion/reflegen.htm.

Peris Riera, Jaime, *Referencias Conceptuales Imprescindibles. El Control Penal de las Manipulaciones Genéticas*, España, Bilbao, 1997.

"Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios", *Agenda de Salud 2006,* 7ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2005.

Rios, Jacobo *et. al.*, *Ingenieria Genética,* http://204.29.171.80/f ramer/navigation.asp?charset=utf-8&cc=MX&frameid=1565&lc=es-mx&prov iderid=262&realname=Yahoo%21&uid=1942459&url= http%3A%2F%2Fwww.yahoo.com.mx.

Romeo Casabona, Carlos Maria, *Los Genes y sus Leyes, el Derecho ante el Genoma Humano,* Bilbao- Granada, España, Comares, S.L., 2002.

Sánchez Morales, María del Rosario,*La Manipulación Genética a Debate,* Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 555 06/01/16 1:11 p.m.

SAN ROMÁN COS-GAYÓN, Carlos, "Consejo Genético. Comunicación de los resultados", en Gafo, Javier *(ed.), Consejo Genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*; Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Edisofer, S.L., 1994.

SGRECCIA, ELIO, Manuale di bioetica, Milano, Vita e Pensiero, 1988.

SOTO LA MADRID, Miguel Ángel,*Biogenética. Filiación v Delito,* Buenos Aires, Astrea, 1990.

STORCH DE GRACIA Y ASENCIO, J., *Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido.* La Ley 1987, II Madrid, España.

UGARTE, JOSÉ JOAQUÍN, *La Ley Natural*, Revista Chilena de Derecho, Volumen 6, Nos. 5-6, Octubre-Diciembre 1979.

VELASCO SUAREZ, Manuel, "Derecho y salud, su protección y fomento. Bioética para el respecto al derecho a la vida y promoción de la salud"; *Temas selectos de salud y derecho,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

ZAMUDIO, TEODORA (Coordinadora del Centro de Estudios en Bioética de la Universidad Notarial Argentina), Regulación jurídica de las biotecnologías, http://www.biotech.bioetica.org/i21.htm.



17-SánchezSifriano-RevFac264.indd 556 06/01/16 1:11 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# "Derecho Romano" ¿obra romana, bizantina o alto medieval?

## "Roman Law". A roman, bizantine or high medieval work?

Rolando Tamayo y Salmorán[1]

Resumen: Comienzo con la descripción del s. II n.e cuando el Imperio Romano tuvo su mayor esplendor y con el anuncio de su decadencia. Continúo con el manuscrito (MS) de Justiniano señalando su estructura y composición. Me detengo en la figura de Adriano donde surge la pregunta: '¿cómo se seleccionaron los pasajes del *Codex* (C)?'. Abordo el derecho justineaneo, primero su origen y contexto. Donde surge la pregunta: '¿cómo seleccionaron los bizantinos los "fragmentos" incluidos en el *Digesto*?'. Hubo textos excluidos, otros abreviados y alterados tratando de conciliar la herencia latina con los mandamientos cristianos y las costumbres del oriente helénico. Me detengo en la figura de Justiniano y el epígono que sigue da cuenta del fin de una época. En la segunda parte hablo de Irnerio y de los glosadores, de su forma de trabajo hasta la formación de un *corpus* de doctrina (el *Corpus Iuris*). Antes de concluir, muestro un mantenido error sobre el objeto que nombra la asignatura "Derecho Romano".

Palabras clave: *Derecho Romano; historia del derecho; codex; digesto; corpus iuris.*

Abstract: I start with a brief description of the II century when the Roman Empire reached its more great splendour and announce its decline. I continue with the Justinian Manuscript (MS) explaining its structure and composition. I detain myself with the figure of Hadrian where a question emerge: 'How were selected the passages included in the *Codex*?' I deal with the Justinian Law, first its origin and composition. Where another question raises: 'how were selected the "fragments" the byzantine jurists included in the *Digest*?' There were some excluded, some shorted others altered trying to

[1] Profesor Emérito de la UNAM. Doctor en Derecho, Faculté de Droit et Science Economiques, Université de París. Investigador nacional (SNI). Visiting Scholar (1979-1981 Oxford University), Jean Monnet Fellow (1985-1986), Instituto Universitario Europeo, Fiesole, Italia.

18-Tamayo-RevFac264.indd 557 06/01/16 1:15 p.m.

conciliate the la tin heritage with the Christian commandments and the East Hellenic customs. I detained myself with the figure of Justinian and the following conclusion tell us of the ending of an era. In the second part I talk about Irnerius and the glossators and their methods of working to the formation of a corpus of doctrine, i.e. the *Corpus Iuris*. Before concluding I show the maintained error about the province of the subject "Roman Law.

KEYWORDS: *Roman Law, History of the Law, Codex, Digesto, Corpus Iuris.*

SUMARIO: I "Derecho romano" preludio y desenlace. II. El "derecho justineaneo" Primera parte: su origen y su mundo. III. El "derecho justineaneo" Segunda parte: su Renacimiento Medieval. IV. Jurisprudencia romana medieval. I. El principio pro persona en el marco de la reforma constitucional de junio de 2011.

*Para la Dra. Sara Bialostosky, por su dedicación y entrega a esta Facultad; por su dedicación a la enseñanza de la más bella de las asignaturas; por su incansable tarea de formar romanistas, con admiración y reconocimiento y, por supuesto, con afecto y cordial amistad.*

## I. "DERECHO ROMANO" PRELUDIO Y DESENLACE

### 1. PAX ROMANA[2]

Comenta G. E. Chilver[3] que Edward Gibbon, dice en su célebre libro *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*,[4] que si a un hombre se le pidiera señalar el pe-

[2] En otros lugares ya he escrito sobre la jurisprudencia romana clásica (especialmente tardo republicana (*Cfr.* Los capítulos iv, v, vi y vii de mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª ed., México, IIJ-UNAM, (2004) 2009); los capítulos v, vii, xviii, de mi libro: Introducción analítica al estudio del derecho, 2ª ed., México, Editorial Themis, (2009) 2013; los capítulos i y ii de la segunda parte de mi libro: *Juris prudentia; more geométrico. Dogmática, teoría y metateoría jurídica*, México, Fontamara, 2013 y mis artículos que sobre el tema que ahí se citan.

[3] *Cfr. Infra*: ns. 5 y 6.

[4] *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, Edited por J.B. Bury. M.A, with and Introduction by the R.T. Hon. W.E.H., Lecky, Nueva York, Fred



18-Tamayo-RevFac264.indd 558 06/01/16 1:15 p.m.

riodo de la historia durante el cual la condición de los seres humanos ha sido más feliz y prospera, éste hombre, sin duda, señalaría el periodo que empieza con la muerte del emperador Domitiano,[5] ocurrida en el año 96 n.e. y termina con el ascenso de Cómodo en 180 n.e.[6]

Este periodo de la historia es conocido como la "era de los buenos emperadores". Este tiempo supone el gobierno ejercido durante casi un siglo por emperadores brillantes, honorables y con oficio, lo cual garantizó una era de paz y bienestar que no tiene paralelo.[7] Por eso Gibbon escogió el siglo segundo como el más feliz de todos los periodos de la historia, cuando el Imperio Romano se encontraba en la cúspide, tanto en términos de población y de su extensión, como en prosperidad.

Verdaderamente impresionante era el espacio que cubría la *pax romana* durante el siglo II y el número de naciones que se beneficiaban. Nunca antes había existido un imperio tan grande en Occidente. Toda la ribera del Mediterráneo, desde Egipto hasta el Atlántico; desde Gibraltar hasta Escocia; desde España hasta los Balcanes y Rumania, y luego, Asia Menor, hasta Mesopotamia. (*Vid.* mapa).

---

the Fou & Company Publishers, 1906, t. I.

[5] Titus Flavios Domitianus, (51-96 n. e.) conocido fundamentalmente por su gobierno de terror durante el cual prominentes miembros de Senado perdieron la vida (*Cfr.* Chilver, Guy Edwar. F. "Domitian" en *Encycopedia Britannica*, Chicago, Encycopedia Britanica, Inc. *Ultimate Reference Suit, DVD, 2014).*

[6] Marcus Aurelius Commodus Antonius Augustus (161-192). Su brutal manejo de los asuntos públicos y su vida viciosa que le condujo a la locura, precipitaron la revuelta civil (*Cfr. "Commodus", op. ul. cit.).*

[7] *Cfr.* Dahmus, Joseph, *A History of The Middle Ages*, Nueva York, Barnes and Noble, 1995, p.p. 9-10.



18-Tamayo-RevFac264.indd 559 06/01/16 1:15 p.m.

## 2. El manuscrito (MS) justineaneo[8]

### A) Preliminaria

Sin duda, el logro más notable y permanente de Bizancio, en lo que a la jurisprudencia se refiere, fue la compilación de derecho "clásico" ordenada por Flavius Petrus Justinianus (483-556 n.e.). En 528 Justiniano designó una comisión compuesta por altos funcionarios y juristas para compilar una colección de constituciones imperiales (edictos, decreta, rescripta). Esta tarea, bajo la dirección de Tribonianus (c. 470-543 n.e.) fue impresionantemente realizada en tiempo sorprendentemente breve; trabajo que debió mucho a las compilaciones anteriores: el *Codex Theodosianus*[9] y colecciones privadas de tiempo de Diocletiano (245-316 n.e.) los *Codices Gregorianus*[10] y *Hermogenianus*.[11]

Este *Codex iustiniani*, publicado el 7 de abril de 529 n.e., pronto probó ser obsoleto debido a la copiosa actividad legislativa de los emperadores. Por tanto, una nueva edición: *Codex, repetitæ prælectiones* fue ordenada en 533 n.e. y publicada en diciembre de 534 n.e. La última *constitutio* compiada data de 4 de noviembre de ese año; la más antigua fue una *constitutio* dictada por Adriano, dirigida a Catonio Vero.[12]

Aquí es necesario hacer un detour sobre Adriano.

---

[8] En cuanto a la cronología me atengo a la señalada por Adolf Berger ("*Codex iustiniani", "Digesta iustiniania", "Novellae iustiniani"*, en *Encycopaedic Dictionary of Roman Laww*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1953), p.p. 392, 436 y 600, respectivamente.

[9] Compilación oficial de constituciones imperiales desde 312 hasta 438 n.e. (*Cfr.* BERGER, Adof, *Encycopaedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 392). 1953. La demás bibiografía será referida en su momento.

[10] Colección privada de constituciones imperiales, publicada después de 291 n.e. (*Cfr. op. ul. cit.* p. 391)

[11] Colección que complementa el *Codex Gregorianus*; contiene constituciones de Dioclesiano a partir de 291 hasta 294 n.e. (*Cfr.: op. ul. cit.,* p. 392).

[12] *C.* 6, 23.



18-Tamayo-RevFac264.indd 560 06/01/16 1:15 p.m.

## B) Hadrianus recordatur

Es particularmente sorprendente que esa aislada constitutio haya sido la única labor legislativa relevante de Adriano, quien asume el poder en 117 n.e.; y, como sus antecesores: Marcus Coccelius Nerva (30-98); Marcus Ulpius Trajano (c. 97-117), continuó manteniendo la *pax romana* y su función civilizadora. Adriano era un hombre entrenado y con experiencia militar; el tercer emperador de los llamados "los cinco emperadores buenos". A quien le habrían de seguir Antonio Pius (86-161) y Marco Aurelio. Estos "cinco emperadores buenos" guiaron al Imperio, por casi cien años a una era de paz y prosperidad. Como dice el profesor Toynbee: "nunca hubo una era mejor". Un testimonio mudo de esta prosperidad se manifiesta en el enorme legado de construcciones (caminos, murallas, acueductos, templos).

Su designación como emperador no encontró ninguna resistencia ni en Roma ni en las provincias. Adriano había participado con inteligencia y valor, al lado de Trajano en las dos guerras en Dacia. Al mando del ejército en Siria fue adoptado por Trajano el 9 de septiembre de 117 n.e.). y el 11 del mismo mes, a la muerte de Trajano, fue proclamado emperador por el ejército; proclama ratificada por el Senado sin dilación.[13]

Adriano, quien ya conocía gran parte de Imperio por sus campañas militares. Ya como emperador, comienza un lento regreso a Roma, visitando las posiciones militares estratégicas.

Adriano, emperador de oficio, inteligentemente decidió tener una frontera firme y segura dentro de la cual se pudiera prosperar; pronto renunció a las conquistas orientales de Trajano. Devolvió la Mesopotamia a Partia, haciéndose del Éufrates Superior, posición fácilmente defendible. En cuanto a Armenia, Adriano se contentó con hacer de ella, nuevamente, un reino dependiente, con ello puso

[13] *Cfr.* Bowersock, G. W. (Ed.) "Hadrian", *op., cit.*



18-Tamayo-RevFac264.indd 561 06/01/16 1:15 p.m.

fin a la posición romana en el mar Caspio y el Golfo Pérsico. Esto dio vida a la entonces endeble economía del Imperio.[14]

Adriano continuó y extendió las medidas humanitarias de Nerva y Trajano. Hizo aprobar disposiciones para lograr se diese un trato considerado a los esclavos. Reorganizó la exacción tributaria logrando un aumento de los ingresos imperiales, a la par que bajó los impuestos. Puso fin a la afluencia de los esclavos baratos provenientes de los países conquistados, sustituyéndolos por arrendatarios libres; igualmente, hubo edictos para impedir que los campesinos abandonaran sus tierras.[15] Para ello Adriano tuvo que hacer uso de su potestad legislativa emitiendo numerosas *constitutiones* imperiales, básicamente edictos.

Aunque Adriano trató al Senado con respeto, para entonces ya nadie creía que el Senado tuviera que ver con la conducción del Imperio; *sólo importaban los edictos imperiales* (i.e. *constitutiones princeps*). Pero, un emperador inteligente, honorable y culto como Adriano no emitía edictos inocuos, absurdos o arbitrarios; sino seguía el consejo de preclaros juristas.[16]

Adriano no sólo le importaba Roma o Italia, le importaba todo el Imperio, buena parte de su gobierno lo pasó recorriendo las provincias, inspeccionando tropas, defensas fronterizas, supervisando obras, recabando información, en suma: dejándose ver por la gente.

Permanece poco en Roma, ¡había un imperio que gobernar! Y ¿cómo lo hizo?, ¿acaso emitiendo la sola *constitution* que recoge el *Codex*? Se requirió cantidad de edictos imperiales. En 121 n.e. emprende un largo recorrido de Este a Oeste. Su recorrido prosigue: en 122 estuvo en Galia y en Germania; después en Britania, España y Mauritania; luego pasó a Anatolia y llegó a los Balcanes, informán-

---

[14] *Cfr*. Asimov, Isaac. *Historia Universal. El imperio romano*, Madrid, Alianza Editorial, México, 1989, (reimpresión de a edición de Madrid, Alianza Editorial, 1981), p. 107.

[15] *Cfr. Ibidem*, pp. 107-108.

[16] *Cfr. Ibidem*, (Las cursivas y lo que se encuentran entre paréntesis es mío).



18-Tamayo-RevFac264.indd 562 06/01/16 1:15 p.m.

dose siempre de las acciones civiles como bélicas.[17] Para entonces, cuenta Issac Asimov, las relaciones con Partia estaban empeorando; pero Adriano "tomó la medida sin precedentes de realizar una `reunión cumbre´ con el rey parto para ajustar todas las diferencias".[18]

Adriano continuó su recorrido en Asia Menor, después de visitar las posiciones romanas, regresó a la costa occidental (i.e. Anatolia) para visitar Atenas. Adriano regresó a Roma en 125. A poco más de tres años emprende un recorrido por el Norte de África, vuelve a Atenas. Regresó a Asia Menor hasta Siria, después se dirige a Arabia, a Egipto, y se detiene, nuevamente, en Atenas. No se sabe cuando regresó a Roma; pero ciertamente se encontraba ahí en 134 cuando una revuelta en Judea lo obliga a ir a Palestina, no a informarse, sino como comandante.[19]

Las actividades como emperador están evidenciadas por sus más importantes logros, su política de construcción y reconstrucción, v.g. la reconstrucción del Panteón, y otros templos, en Roma, como en Atenas; en la construcción de la Gran Muralla que lleva su nombre (que ahora divide a Escocia de Inglaterra). Su oficio de emperador consta en una inscripción en Lambaesis, en Argelia, que muestra la rigurosa inspección de tropas y sus severos estándares de disciplina con los que manejaba a sus soldados y a los funcionarios civiles.[20]

---

[17] *Cfr.* Bowersock, G. W. (Ed.), "Hadrian" en *Encyclopaedia Britannica, Ultimate Reference Suit,* DVD, 2014, cit.

[18] *Historia Universal. El imperio Romano*, *op. cit*., p.109

[19] *Cfr.* Bowersock, G. W. (Ed.), " Hadrian", *op., cit*.

[20] *Cfr*. *op. ul. cit.*



18-Tamayo-RevFac264.indd 563 06/01/16 1:15 p.m.

## II. El "derecho justineaneo" Primera parte: su origen y su mundo

### 1. La nueva compilación

La compilación completa o suma de compilaciones, aunque iniciada en 528, con un primer *Codex*, éste fue sustituido por el *Codex repetitæ prælectiones* aparecido en 534, como señalé anteriormente;[21] De esta suerte el *Digesto*, cuya realización fue anunciada por la *constitutio Deo autore* [22] el 5 de diciembre de 530 y que aparece en 533, constituye, propiamente, la primera obra de la compilación completa. De ésta manera, un cuerpo de doctrina jurídica se unía a antiguos edictos imperiales, y se convertía, por constitutuio imperial, en derecho aplicable. Haciendo patente el principio; *Quod principi placuit leges habet vigore*, contenido en D. I, 3, 4, 1.

El primer *Codex* había sido, sin duda, un avance claro sobre colecciones previas, aunque, ciertamente, debe mucho al esfuerzo de los trabajos anteriores.

El *Digesto* era, por mucho, más novedoso; *era un primer intento para reunir en un ordenamiento los innumerables pasajes de los juristas clásicos.* Al lado del Codex y del Digesto aparecen las *Institutiones*, libro introducido para ser usado en las escuelas de derecho, compuesto de sumarios y extractos del *Codex* y del *Digesto*. Una colección de *Novellae* i.e., legisación imperial, promulgada por Justiniano desde la aparición del *Codex* completa la compilación. El *Codex* y las *Institutiones* estaban escritas en latín, pero la mayoría de las *novellæ* habían sido

---

[21] *Cfr supra*, I, 2, a *Preliminaria*.

[22] Palabras iniciales con las que empieza la *constitutio* de Justiniano, dirigida a Triboniano (su principal colaborador en la composición de *Digesto*), conteniendo el anuncio del plan del emperador concerniente ésta parte de su codificación. (*Cfr.: Ibid, cit.*, p. 432).



18-Tamayo-RevFac264.indd 564 06/01/16 1:15 p.m.

ya publicadas en griego.[23] Aunque hay que advertir que el *Digesto* contiene largos pasajes en griego.

No es este lugar para señalar los méritos de ésta célebre compilación. Con independencia de sus innumerables aciertos, la "reputación" del "antiguo" derecho clásico, proporcionó un fuerte refuerzo a la concepción unitaria del orden jurídico. Con insuperable claridad y fuerza, el "derecho romano", tal y como era presentado por los juristas bizantinos, regulaba "todo". La compilación justinianea, empero, no era una repetición mecánica y fiel del viejo derecho romano clásico. ¿Cómo fueron seleccionados los "fragmentos" escogidos? los cuales en no pocos casos eran, por razones de su origen y tiempo, contradictorios o al menos discordantes. Además, los juristas bizantinos abreviaron y, no pocas veces, alteraron los textos para responder a las necesidades de la sociedad bizantina contemporánea; tratando de reconciliar la herencia latina con mandamientos cristianos y costumbre del Oriente helénico.[24] En ocasiones para agradar al Βασιλεύς, i.e. al Emperador.

Nos sorprende que el MS proporcionara un respaldo ilimitado a la autoridad del emperador, circunstancia que tuvo fuerte impacto en el desarrollo del pensamiento político en Bizancio y, posteriormente, en Occidente, durante la "Segunda Recepción". Fue hasta el siglo XI que la jurisprudencia romana volvería a Occidente; momento en el cual los *libris legum* (i.e. MS justineaneo) habrían de jugar un papel muy importante, modelando las instituciones de la renaciente Europa.[25]

---

[23] *Cfr.* Mi libro; *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, *cit.*, pp. 17-19 y 179-195.

[24] *Cfr. Ibid*, p. 175.

[25] *Cfr.* Ostrogorsky, G. *Geshichte des byzantinnis Saates*, Munich, C.H. breeckshe Verlagsbuchhandlung, 1963. Las citas corresponden a la versión inglesa: *Hystori of the Bizantine State*, trad. de Jon Hussey, Oxford, Basil Blackwell, 1968. pp. 76-77.



18-Tamayo-RevFac264.indd 565 06/01/16 1:15 p.m.

## 2. Flavius Petrus Sabbatius Justinianus (Un detour)

### A) Introducción

Petrus Sabbatius Flavius Justinianus, nació en 483, en Tauresium Dardania (Serbia); muere en 565, Constantinopla. Emperador romano *(i.e. bizantino)*; gobernó de 527 a 565), notable por la reorganización administrativa del Imperio y, particularmente, por su compilación del derecho romano "clásico".

Justiniano era ilirio, latino-parlante, nacido dentro de la masa común. *Justiniano* era nombre genuinamente romano que tomó de su tío, el emperador Justino I, a quien Justiniano debe su encumbramiento. Siendo aún joven fue a Constantinopla donde su tío era militar de alto rango. Recibió una excelente educación, aunque, se decía, que siempre habló el griego con no muy buen acento. Cuando Justino, su tío, devino emperador en 518, Justiniano fue una poderosa influencia, guiando la política de su anciano protector. Fue adoptado por Justino y se encargó de altos puestos. In 525 recibió el título de césar y en 527 fue nombrado co-emperador con rango de augusto. Al mismo tiempo su esposa, Teodora, quien ejercía considerable influencia sobre él, fue coronada augusta. A la muerte de Justino ese mismo año, Justiniano lo sucedió como único emperador.

### B) Su política exterior

Dos importantes facetas de la política exterior, fueron: la continuación de la ya vieja lucha contra Persia y su intento de liberar las provincias romanas de Occidente del control de los invasores bárbaros.

Cuando Justiniano llega al trono, sus tropas estaban enfrentando los ejércitos del rey persa Kavadh (Qobād) I. Después de campañas en que los generales bizantinos, entre los cuales Belisario era el más



18-Tamayo-RevFac264.indd 566 06/01/16 1:15 p.m.

distinguido, obtuvieron considerable éxito, una tregua fue pactada a la muerte de Kavadh en 531. Su sucesor, Khosrow I, finalmente entró en términos con los bizantinos y un Tratado de Paz Eterna fue ratificado en 532. La guerra surgió de nuevo en 540, cuando Justiniano estaba completamente ocupado en Italia. Khosrow entró en Mesopotamia, Siria, del Norte y Armenia bizantina y sistemáticamente saqueó las ciudades clave. En 541 los persas invadieron Lazica. Belisario, de vuelta como comandante en jefe en el Este, lanzó contraofensivas en 541 y 542 antes de ser llamado de nuevo a Italia. La guerra llevada bajo otros generales fue, en algún sentido, entorpecida por la plaga bubónica.

Una tregua de cinco años fue pactada en 545 y renovada en 551. Cuando la tregua fue nuevamente renovada en 557, Lazica fue incluida. Finalmente, a una tregua de 50 años fue negociada en 561; Bizancio aceptó pagar un tributo anual de 30,000 *solidi* (monedas de oro), y los persas renunciaron a toda reclamación sobre Lazica, importante baluarte contra los invasores del norte. Justiniano había, así, mantenido sus provincias orientales virtualmente intactas, de forma que su política en este frente difícilmente puede ser descrita como fracaso.

En occidente, Justiniano consideraba su deber recuperar las provincias perdidas "por indolencia" y no podía ignorar el sufrimiento de católicos viviendo bajo el gobierno de arianos (cristianos considerados heréticos) tanto en Italia como en el norte de África. En el reino Vándalo, en el Norte de África, los católicos habían sido perseguidos. Había, también, la disputada sucesión del rey de los vándalos: Hilderich, quién aliado con Constantinopla había cesado la persecución de católicos, fue depuesto en favor de Gelimer en 530. Al mismo tiempo, los vándalos eran amenazados por las tribus moras de Mauretania y Sudnumidia. No obstante la oposición de sus generales y ministros, Justiniano lanzó su ataque en el Norte de África para ayudar a Hilderich en June 533. La flota de c. 500 navíos apareció con 92 barcos de guerra. Con un desembarco, sin



18-Tamayo-RevFac264.indd 567 06/01/16 1:15 p.m.

oposición, en agosto 533 y en marzo siguiente, Belisario había dominado el reino y recibía la sumisión de Gelimer. El Norte de África era reorganizado como parte del Imperio incluyendo Serdeña, Córcega, las Islas Baleares y Septem (Ceuta).

En Italia, la provincia madre del Imperio Romano donde estaba situada la Antigua capital, Justiniano encontró una situación similar a la de África y, particularmente, favorable a sus ambiciones. Italia había sido gobernada por un bárbaro, el ostrogodo Teodorico, que, aunque virtualmente independiente era el representante nominal del emperador. Teodorico era ariano; al principio tolerante y sabio gobernante; pero, hacia el final de su reinado empezó a perseguir católicos. Él no tenía un heredero varón, y a su muerte no había sólo antagonismo entre cristianos arianos y católicos sino, también, una fisura entre los rangos de los ostrogodos, algunos de ellos violentamente anti-bizantinos.

Pensando que esta era su oportunidad de apoyar a sus hermanos católicos y restablecer control directo sobre la provincia, Justiniano despachó un ejército y mando a Belisario con una flota a atacar Sicilia, mientras una embajada para ganar el apoyo de los francos se establecía en Galia. Después de la derrota del rey Witigis y de la captura de Ravena en 540, la administración imperial fue restablecida en Italia bajo el *Prefecto Prætorio Atanasio.*

La rigurosa exacción tributaria y la rapiña de los soldados hizo impopular al nuevo régimen. Muchos de los ostrogodos nunca se sometieron y, bajo los dos cortos e infortunados reinos de Hildebad y Eraric, proclamaron a Totila (Baduila) como su rey en 541. Totila mostró ser un lider de oficio y en 542 tomó la ofensiva en el sur de Italia y en 543 capturó Nápoles. En 544 Belisario fue enviado contra él con fuerzas inadecuadas y nada pudo hacer, ciudad tras ciudad fueron capturadas por los ostrogodos; sólo Ravena, Otranto, y Ancona se mantuvieron en manos bizantinas. Belisario no pudo luchar contra la corriente sin refuerzos adecuados y en 549 fue llamado a Constantinopla.



18-Tamayo-RevFac264.indd 568 06/01/16 1:15 p.m.

Entre tanto, Totila tomó la administración del país, aunque perdió el apoyo de los grandes latifundistas. Él esperaba llagar a términos con Justiniano; pero, en 552, un poderoso ejército fue enviado contra él bajo el mando del eunuco Narses. Totila fue derrotado por fina estrategia y superioridad numérica. Totila fue mortalmente herido en la batalla de *Busta Gallorum*. Narses entró en Roma inmediatamente después de vencer la resistencia ostrogoda en Mount Lactarius, al Sur del Vesuvio. Algunos focos de resistencia reforzados por Francos y Alemanni persistieron hasta 562, cuando los bizantinos tenían el control de todo el país.

Justiniano esperaba restaurar el bienestar social y económico de Italia con una serie de medidas (la Pragmatic Sanction of 554). El país estaba tan devastado por la guerra que cualquier regreso a la vida normal se mostraba imposible durante la vida de Justiniano. En sólo tres años después de su muerte, los invasores longobardos se adueñaron de gran parte del país.

En la frontera norte en los Balcanes, las provincias padecían continuos ataques por invasores bárbaros. Tracia, Dacia, y Dalmacia eran acosados por búlgaros y eslavos (conocidos como sclaveni). En 550–551 los invasores, incluso invernaron en territorio bizantino, no obstante los esfuerzos del ejército para desalojarlos. En 559 a los búlgaros y sclaveni se le unieron los kotrigur hunos, quienes llegaron tan al sur, como Termópilas y hacia el oeste a través de Tracia hasta la muralla que protegía Constantinopla. El veterano Belisario salvó la situación con la ayuda de la población civil. En 561 los ávaros se unieron a los invasores; pero fueron comprados con un subsidio.

Estos ataques provenientes del otro lado del Danubio produjeron inmenso daño y, no obstante las fortificaciones y defensas, éstas tuvieron que ser reforzadas y edificarse otras, particularmente en los Balcanes y en Grecia, los "recién llegados" no fueron ni efectivamente expulsados ni asimilados por los bizantinos. Los eslavos y, después, los búlgaros eventualmente lograron establecerse dentro



18-Tamayo-RevFac264.indd 569 06/01/16 1:15 p.m.

de las provincias romanas. El fracaso de no mantenerlos fuera es uno de los errores que algunas veces se imputan a Justiniano.

### C) Justiniano y la Οἰκουμήνη [26]

Justiniano, propiamente hablando, fue el "último" emperador "romano" que ocupó el trono bizantino. Justiniano es una muestra de la simbiosis y transición bizantinas: gobernante cristiano, consciente de su misión romana civilizadora. Para Justiniano, como para cualquier bizantino, el imperium romanum se identificaba naturalmente con la οἰκουμήνη cristiana. El triunfo del cristianismo era una misión tan sagrada como la restauración de la supremacía romana.

Ningún emperador, desde los tiempos de Teodosio "el Grande" (347-395 n.e.) había invertido tanto esfuerzo como Justiniano en la "conversión". Aunque entonces, numéricamente los paganos no eran muchos, aún ejercían influencia considerable en la enseñanza y en la cultura. Por ello Justiniano les privó del derecho de enseñar y, en 529, cerró la Academia de Atenas, el centro más importante del neoplatonismo. Los académicos expulsados encontraron refugio en la corte del rey persa, llevándose consigo los frutos del saber griego. De ésta manera, la vieja cultura cívica había muerto y un largo capítulo de la historia llegaba a su fin.

En Justiniano la Iglesia encuentra, además de un protector, a un erudito. Aunque cristiano, Justiniano se mantiene romano; para él la autonomía de una esfera religiosa no sólo le es extraña sino anómala. Desde Augusto el emperador, ahora Βασιλεύς, entre otros cargos, es *pontifex maximus*.[27] Líder y guía no sólo de su jerarquía sino de su credo (Como en el Concilio de Constantinopla).

---

[26] *i.e.*, 'comunidad' (la bizantina).

[27] Patriarcas y Papas eran tratados como súbditos. Justiniano dirigía los asuntos de la Iglesia como asuntos de Estado. Aun en cuestiones de creencia y ritual, la decisión final estaba entre sus manos. Justiniano convocó concilios eclesiásticos, escribió tratados teológicos y compuso himnos litúrgicos. Ningún otro emperador,



18-Tamayo-RevFac264.indd 570 06/01/16 1:15 p.m.

## 3. Epígono

Por sus logros y consecuencias en todos los órdenes, el imperio de Justiniano constituyó un hito en la historia. Fue la última ocasión en que el viejo Imperium mostró su poder y experimentó una resurrección, tanto política como cultural. Sus fronteras fueron extendidas hasta abrazar, de nuevo, el mundo mediterráneo. Su literatura y su arte llevaron a la perfección la vieja herencia clásica (dentro de un marco cristiano). Todo esto, sin embargo, fue seguido por un periodo de obscuro ocaso cultural. Justiniano estaba convencido que su reino habría de inaugurar una nueva era; pero, en realidad, marcó la terminación de una época. Justiniano no logró reconstruir el Imperio, su reconquista, no habiendo sido lograda con sólidos cimientos, súbitamente se precipitó. El colapso, consecuentemente, fue doblemente desastroso. Rápidamente, una a una las tierras conquistadas cayeron en manos de otros invasores. En 568 Italia era invadida por los lombardos. En 584 las posiciones bizantinas en España se perdieron. En el norte de África el Imperio sobrevive con dificultad las invasiones árabes. Sin duda, algo quedó; pero, ciertamente, cualquier intento por restablecer la autoridad universal era cosa del pasado.

---

ni antes ni después, tuvo tanta autoridad sobre la Iglesia. El problema eclesiástico grave era el de la actitud de la Iglesia hacia el monofisismo. La política de expansión hacia Occidente hizo necesario un entendimiento con Roma, esto era ya una orientación antimonofisista. Esta tesitura motivó una cada vez más creciente hostilidad de parte de Egipto y de Siria hacia Constantinopla y estimulaba las tendencias separatistas de coptos y sirios. Parecía claro que la paz en Occidente sólo podría obtenerse a costa de incrementar la oposición con las provincias bizantinas centrales.



18-Tamayo-RevFac264.indd 571 06/01/16 1:15 p.m.

## III. El "derecho justineaneo" Segunda parte: su Renacimiento Medieval

### 1. Irnerius y sus seguidores

Constituye un viejo error de la profesión (desde su "Recepción" en Europa hasta nuestros días), llamar 'derecho romano' a la asignatura que enseña (cuando se enseña bien), "lectura" o reformulación hecha por los juristas del MS descubierto en Pisa[28] a principios del Siglo XI (de ahí que el MS fuera llamado 'pisana'); el MS que contenía la compilación o compilaciones ordenadas a Triboniano,[29] por el emperador Justiniano en Bizancio; anunciada, como señalé por la *Constitutio Deo Auctore* y publicada el 16 de diciembre de 533 por la *Constitutio Tanta*, en latín y Δοδεκεν, en griego).[30] El MS descubierto en Pisa contenía un texto completo del Digesto. Este MS fue escrito, con toda probabilidad, al rededor del año 600 en la parte Bizantina de Italia; fue cuidadosamente confrontado con un texto original del *Digesto* que se ha perdido.[31]

En el siglo XV los florentinos tomaron Pisa y se apropiaron del *Digesto* (desde entonces el MS se llamó 'Florentina'). Existe poca

[28] Kantorowicz, Herman, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, fur Rechtsgeshichte,* Vol. 30, p. 186. La *Encyclopædia Britannica* sostiene que fueron llevados a Ravena ("*A professor at the University of Bologna, Accursius had access to the many legal works of the Romans that had been brought from Ravena in the 11th century"* [sic.] ("profesor de la Universidad de Bolonia Acursio tuvo acceso a muchos trabajos jurídicos romanos que habían sido llevados de Ravena en el siglo II").

[29] El principal colaborador de Justiniano y consejero en el trabajo legislativo del emperador. Fue miembro de la comisión designada por Justiniano para la compilación del primer *Codex* (publicado en 527) y presidió las comisiones que compusieron las *Instituciones*, el *Digesto* y el segundo *Codex* (*Novellæ*).

[30] Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, op. cit.,* p. 436.

[31] *Cfr.* Wolf, Hans Julius, *Roman Law. An Historical Introduction*, Oklahoma, University Oklahoma Press 1976 p. 186 n.4; Ulman, Walter. *Law and Politics in the Middle Ages,* Introduction to the sours of Medieval Political Ideas, Cambridge, Cambridge University Press, p. 68.



18-Tamayo-RevFac264.indd 572 06/01/16 1:15 p.m.

evidencia de que la Pisana haya jugado algún papel en la "Recepción del 'derecho romano' ". La transmisión fue realizada por una copia de la 'Pisana' a finales del S XI la cual encontró su casa en Bolonia. Esta copia conocida como la *Vulgata* del Digesto o Littera bononiense fue la base de la enseñanza y difusión de los libri legum, como llamaban los medievales a éste MS.

Esta "lectura" o mejor "reformulación" del MS justineaneo (llámese *Pisana* o *Littera bononiense*) fue comenzada por la insigne figura de Irnerius (c. 1055-c.1130)[32] quien inició la glosa del MS; tarea proseguida por sus igualmente célebres discípulos conocidos como los "Cuatro Doctores": Búlgaro (ante 1100-1141), Martino (c. 1100-1166) Hugo (c. 1100-ante 1171) y Jacobo (?-1178), y a quienes les habrían de seguir generaciones de ilustres glosadores como: Rogerio (s. XII), Placentino (?-1192) Alberico (?-post 1194) Vacario (c. 1120-1198), Basiano (SXII), Pilio (c. 1150-1207), Azo (c. 1220), así, hasta Acursio (c. 1182-1263) creador de la "Magna Glosa" (que, en cierta medida, sustituyó al mismo MS).[33] Esta "formulación" del

---

[32] Para una breve descripción de Irnerius y su obra *Cfr.* Mi libro: *Los juristas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, *op. cit.*, pp. 167-170.

[33] Es bastante conocido como se enseñaba el "derecho romano" en el medievo. La lectura del MS era seguido de la *glossa* o *glossæ* del *magister*. Las *glossæ* eran copiadas por los *discipuli*, entre lineas del texto o, sino –por razones de extensión– al margen. Así, hasta la Glosa Magna de Acursio. *Cfr.*: "*Accursius Franciscus" Encyclopædia Britannica*, *loc. cit.*, jurista italiano lider del s. XII que fue responsable de la renovación del derecho romano. Fue el último de una serie de glosadores de la compilación de Justiniano, cuando el estudio de Bolonia fue la primera escuela establecida de deecho. Esta circunstancia permitió a Accursio terminar la *Glossa Ordinaria*, también llamada *Glossa Magna,* (1220-50) que supó por mucho las anteriores que devinieron obsoletas. Por los próximos quinientos años la Glosa de Accursio se mantuvo como un indispensable complemento de los textos de 'derecho romano'. Su obra hizo al derecho romano un curso popular de estudio durante el Renacimiento. Las interpretaciones de Accursio del derecho romano incluso influenciaron posteriores códigos jurídicos Europeos entre ellos el Côde Napoleon, o Código Civil Frances, promulgado temprano el siglo XIX.



18-Tamayo-RevFac264.indd 573 06/01/16 1:15 p.m.

MS, prosiguió, posteriormente, mediante comentarios (i.e. interpretaciones) por los así llamados 'comentaristas' (o postglosadores).

Esta "reformulación", no sólo era estimada necesaria, sino fue un hecho irremediable, la cual debía a los diferentes contenidos del MS. El *Codex* conteniendo fragmentos de diferentes constitutiones imperiales; el *Digesto*, compuesto de fragmentos de doctrina de diversos juristas, referida a diferentes conceptos jurídicos; las *Novellæ* compilación compuesta por las *constitutiones* de Justiniano posteriores a la aparición de la segunda edición del *Codex* (*Repetitæ prælectionis*); por último, las *Institutiones*, *brevis narrationes* de fragmentos del *Digesto* y del *Codex*, destinado a la enseñanza.

¿Cómo conciliar tales elementos? ¿Cómo hacer coherentes y consistentes textos tan dispares, con propósitos distintos y, además, fragmentarios? ¿Cómo hacer compatibles una *constitutio* de Septimio Servero con una opinión de Q. Mucius o con una de Paulo, o de éstas entre sí; aquélla contenidas en el *Codex*, y éstas en el *Digesto*? ¿Qué tiene que ver la *constitutio antoniana de civitate* con un pasaje de Juliano contenido en el *Edicto Perpetuum* ¿qué tiene que ver cualquier constitución de Trajano con el concepto de obligación recogida en las *Institutiones*?

## 2. La expresión 'derecho romano'. Su distorsión

¿Por qué usamos la expresión 'derecho romano' en vez de 'jurisprudencia romana' (o cualquiera de sus equivalentes)?, ¿Por qué la asignatura que se imparte en las facultades de derecho se llama 'Derecho Romano' y no como debería de llamarse?

La expresión 'derecho romano' es inapropiada para referirse a la ciencia jurídica romana (y a su herencia). Más aún, provoca una cierta *distorsión* en la apariencia de las cosas. Se piensa que se alude al derecho positivo de algún momento de la Roma del Tiber Esta *distorsión* se acentúa porque la expresión evoca situaciones distintas a las que condicionaron su uso. En efecto, la expresión 'derecho romano' evoca ciertas imágenes equívocas que es difícil erradicar.



18-Tamayo-RevFac264.indd 574 06/01/16 1:15 p.m.

La expresión conduce a pensar (a letrados y a legos) en la Roma de los Cónsules, de los augures, de los césares. Sin embargo, lo que se designa con la expresión 'derecho romano' comenzó muy lejos de Roma, en los límites orientales de Europa, avanzado ya el siglo VI de nuestra era, después de que la Roma del Tiber había sido saqueada una y otra vez por los invasores bárbaros.[34]

Es importante insistir que la asignatura, así llamada, 'Derecho Romano', como señalé anteriormente, a excepción de pasajes del *Codex*, (que al menos fueron un día derecho) no describe, derecho romano positivo clásico. Cuando aparece la compilación ordenada por Justiniano que habría de ser conocida como 'derecho romano', Italia era el reino de Teodorico "el grande" (454-526).

El contexto en que debe leerse la expresión 'derecho romano' no es la *Via Apia* ni el Monte Capitolino; no es la *urbs romana*. La expresión tiene que ser relacionada con otra atmósfera: con la sociedad multirracial que habita la rivera de Bósforo, comunidad política que *no habla latín* y que es fundamentalmente cristiana: Bizancio y, en especial, Constantinopla. El gobernante que nos legan los 'los MSs' no se llama más *princeps* ni *cæsar*, sino Βασιλεύς y es la cabeza, del Imperio Romano y de *su* Iglesia.[35]

## iv. Jurisprudencia romana medieval

### 1. El Renacimiento del siglo XI

Cuando salió el Sol el primer día del año mil e hizo obsoleta la cláusula: *appropinquante fine mundi*,[36] todas las fuerzas del género humano

---

[34] *Cfr.* Mi libro: *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio Histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas,* México, IIJ-UNAM, 2013. pp. 10-14

[35] *Cfr. Ibidem.*

[36] "Al acercarse el fin del mundo…" Cláusula altamente frecuente en contratos y testamentos ante el inminente fin del mundo. *Cfr.* Mi libro: *La ciencia del derecho*



18-Tamayo-RevFac264.indd 575 06/01/16 1:15 p.m.

se intensifican, renacen. El siglo XI es escenario de una "nueva vida" en la historia de Europa. Esta es la atmósfera que preludia el "renacimiento de la jurisprudencia".

Al final del siglo XI (y durante los siglos que suceden) ocurrieron cambios que conmovieron a Occidente. A los cambios políticos, económicos y religiosos se agrega una transformación en el estudio del derecho y su enseñanza. Los juristas europeos "redescubren"[37] los antiguos textos del "derecho romano". Nacen las universidades y, con ellas, la enseñanza de la jurisprudencia. El resultado de todos estos sucesos e innovaciones fue el nacimiento de una ciencia jurídica europea cuyos postulados seguramente han sobrevivido, sin grandes desafíos, hasta nuestros días.[38]

La idea de un "orden jurídico" no existía antes del siglo XII, esto no quiere decir que no hubiera habido derecho entre los ostrogodos, vándalos, francos o entre cualquier otra nación germánica; por supuesto, había derecho en Europa. Sin embargo, el derecho de estas comunidades carecía de "reglas de reconocimiento"[39] que permitieran diferenciarlos. Esta carencia se debía, entre otras razones, al carácter predominante local y tribal de tales comunidades. Los "ordenes jurídicos" habrían de ser delineados por una casta emergente de juristas profesionales. Un rasgo significativo de la

---

*y la formación del ideal político. Estudio histórico de la dogmática jurídica y de su impacto en las ideas políticas, op. cit.,* pp. 67-108.

[37] *Sit venia verba.*

[38] *Cfr.* BERMAN, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition,* Cambridge Mass, Harvard University Press, 1983, pp. 1-123; Cavanna, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa, I. Le fonti e il pensiero giuridico,* Milán, dott. A. Giuffrè editore, 1979. pp. 125-134.

[39] En el sentido de H.L.A. Hart, (*Vid: The Concept of Law,* Oxford, Oxford University Press, 1994. Existe versión en español de la primera edición (1961) por Genaro Carrió: *El Concepto del derecho,* Buenos Aires, 1995 (1963). La traducción del *Postscript* que aparece en la segunda edición inglesa es mia: *Post scriptum al Concepto del Derecho,* Ed. Por Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. (Serie Estudios Jurídicos, Núm. 13).



18-Tamayo-RevFac264.indd 576 06/01/16 1:15 p.m.

aparición del gremio lo constituye el nacimiento de las primeras escuelas de derecho en Europa: las universidades.[40]

El derecho empezó a ser estudiado y enseñado en Europa haciendo uso de una disciplina claramente diferenciada. Pero ¿cómo es posible enseñar derecho cuando el derecho positivo y las instituciones jurídicas son de carácter consuetudinario y local? La respuesta a este respecto es simple. El "derecho" que se estudió y se enseñó no fue el derecho de Europa, sino el "derecho" contenido en un viejo MS que surgió a la luz en una biblioteca italiana a finales del siglo XI. Este manuscrito contenía la compilación realizada por orden del emperador Justiniano alrededor del año 530. ¡Cinco siglos antes![41]

Resulta insólito que el derecho compilado en unos libros, haya sido el objeto de los primeros estudios jurídicos sistemáticos en Europa. Este hecho es particularmente sorprendente si tomamos en cuenta que la Europa medieval no contaba con instituciones políticas o gubernativas ni remotamente parecidas a las magistraturas romanas. Las instituciones jurídicas reinantes eran mayormente germánicas y eclesiásticas.

Es bastante sabido cómo se enseñaba el derecho romano en el Medievo. La lectura de los textos era seguida por la *glossa* o *glosase* del profesor. Las *glosase* eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto y, si no, al margen. En esas *glosase* se fue acumulando

---

[40] *Cfr.* Berman, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, cit.,* p.123 y mi libro: *La universidad. Epopeya medieval. (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto Medievo),* México, Huber, 1998.

[41] Es necesario tener presente que Justiniano gobernó en Constantinopla, capital del antiguo Imperio Oriental donde predominaba la cultura griega. La civilización romana había sido reemplazada en Occidente por una civilización primitiva y tribal de visigodos, vándalos, francos, sajones y otros pueblos germánicos. El Imperio Romano –y su derecho– sobrevivió, propiamente, en el Este, en la parte oriental del Imperio. El "derecho romano" (compilado por Justiniano) no tenía validez en Europa occidental, particularmente en el tiempo de su "redescubrimiento" en Italia.



18-Tamayo-RevFac264.indd 577 06/01/16 1:15 p.m.

la *doctrina* (i.e. el aparato conceptual complementario) Estas inserciones habrían de alcanzar tanta autoridad como el texto mismo, e.g., la *Glossa Ordinaria* de Accursio (c. 1182-c 1260).

Permítaseme detenerme en la «lectura» de los textos. Ésta y la formulación de su glossa suponían un "análisis" meticuloso. El gran instrumento de análisis lo constituía, entonces, el procedimiento dialéctico, método griego idóneo usado por juristas para resolver contradicciones, disolver redundancias e integrar lagunas (que ciertamente las había). La «lectura» de los textos jurídicos clásicos, textos insuficientes y fragmentarios y su "remozamiento" con recursos lógicos, fue logro magistral de los juristas. El acumen dialéctico de los juristas produjo un formidable material digno de tal nombre: *Corpus iuris*; un *corpus* de doctrina jurídica, el aparato semántico del cual debe partir toda "lectura" o "interpretación" del lenguaje en que el derecho se formula.[42] Este *corpus* de doctrina "recuperaba" los *responsa* de los *veteres*, por un lado, e introducía doctrina, *ex novo*.

Los procedimientos comúnmente empleados por los juristas para la "construcción" sistemática de las distintas partes del complicado material era la *distinctio* y la *quaestio*. Por la *distinctio* un concepto era sucesivamente "dividido" en varias especies subordinadas y, estas, en otras; así, hasta llegar al último caso. Las *quaestiones* servían para "probar" las doctrinas contenidas en las glosas.

El método dialéctico, recuperado de los griegos y desarrollado al principio del siglo XII en jurisprudencia (y teología), presupone la autoridad de ciertos textos, los cuales hay que saber «leer» e "interpretar" como formando un *corpus* (consistente y completo) de doctrina. Pero, paradójicamente, este método presupone posibilidades de *lacunae*, así como de *contradictiones* en el texto. De ahí que el propósito final del método consistía en hacer la summa del texto,

---

[42] VINOGRADOFF, Paul, *Roman Law in Medieval Europe,* Cambridge, Speculum Historiale, (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1929.), pp. 56-67.



18-Tamayo-RevFac264.indd 578 06/01/16 1:15 p.m.

integrado *lacunae* y resolviendo *contradictiones*. La *ratio* fundamental es *completitud* y *consistencia*.[43]

En la jurisprudencia, el método dialéctico adquirió la forma de análisis de la mesa de doctrina encontrada en la codificación justinianea. Esta circunstancia permitió a los juristas del siglo XII gran libertad y flexibilidad (de la que nunca dispusieron sus predecesores romanos[44] o bizantinos). El método de los juristas transformó radicalmente el racionamiento dialéctico de la antigua filosofía griega y el *modus geometricus* de la jurisprudencia romana.[45] El racionamiento dialéctico se distingue, sobre todas las cosas, por el hecho de que no comienza con enunciados sino, más bien con problemas o *quaestiones*, aunque, en última instancia las *quaestiones* serán resueltas en una conclusión en forma de proposición o principio primero.[46]

Los juristas medievales concibieron el racionamiento dialéctico no sólo como método para llegar a los primeros principios (como un procedimiento inductivo), sino como método de análisis de argumentos y definición de conceptos, mediante la distinción y síntesis de género y especie. De esta manera, la dialéctica se convierte en una disciplina independiente, no esencialmente diferente de la lógica; pero, con poderosos elementos de retórica y gramática.[47] La dialéctica deviene, así, la *disciplina disciplinarum*. Los juristas medievales "superaron" la separación entre racionamiento dialéctico y apodíctico; ambos racionamientos son aplicados en el análisis y en la síntesis de los materiales jurídicos. No sólo intentaron organizar el sistema jurídico para "encontrar" decisiones jurídicas apropiadas. Como estos textos son "correctos", constituyen *maximae pro-*

---

[43] *Cfr.* Mi libro: *La ciencia del derecho y la formación del ideal político, cit.*, pp. 75-77.

[44] *Cfr. Supra:* Cap. IV *Iurisprudentia modo geométrico* y Cap. V *Regulae iuris.*

[45] Sobre la ciencia clásica (griega) y la jurisprudencia romana, *Cfr.* Supra cap. III *Analítica posteriora. Ciencia y meta ciencia* y IV: *Iurisprudentia modo geometrico.*

[46] *Cfr.* Arist. *An. Pr.*, 24ª 20-30; *Eth. Nic.* 1139b 31; *Top.*, 100b 21-24.

[47] *Cfr.* Shulz, Fritz. *The History of Roman Legal Science, cit.*, pp. 124-132.



18-Tamayo-RevFac264.indd 579 06/01/16 1:15 p.m.

*positiones* para, a partir de ellos, deducir, apodícticamente, "nuevas consecuencias" jurídicas.[48]

Los juristas introdujeron cantidad de *distinctiones*. En ellas, por ejemplo, varios tipos de derecho son identificados. Una vez identificados, los juristas las definen y determinan las relaciones de todas estas categorías. Los juristas no inventaron todas estas categorías; habían adaptado cantidad de distinctiones provenientes de la jurisprudencia romana. Sin embargo, los juristas exploraron sistemáticamente las implicaciones jurídicas de estas *distinctiones* y fueron los primeros en arreglar las diferentes fuentes del derecho en un orden jerárquico.[49]

Los juristas no trataban simplemente de oponer tesis contrarias. A este respecto no existe mejor ejemplo de la técnica escolástica de plantear *quaestiones* sobre pasajes contradictorios de un texto jurídico dotado de autoridad que las mismas *quaestiones disputæ*.[50]

Este método fue inventado por los juristas de la primera mitad del siglo XII. La idea era conjurar o relacionar −para evaluar− todos los elementos relevantes en una muy compleja estructura que asemejaba los alegatos y argumentaciones propias de casos difíciles en tribunales.

La expresión *quæstiones disputæ*, es una expresión usada por los glosadores. Estas tienen como elemento esencial el *pro* y el *contra* de un problema para el cual existen, o parece que existen, soluciones contradictorias. Una *quæstio* es, por tanto, siempre dialéctica: "quæstio est dubitabilis propositio… omnis enim quæstio contradictionibus constat".[51]

---

[48] *Cfr.* BERMAN, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, cit.*, pp. 139-143.

[49] Sin olvidar que los juristas romanos hacen una enumeración de fuentes en la cual se dibuja claramente una jerarquía. En los textos justineanos se recogen claros ejemplos clásicos. *Cfr. D.*I, 3, 1 y *D.* 1, 4, 1.

[50] Para esto es clásico el trabajo de Hermann Kantorowicz: "The Quaestiones Disputræ of the Glossators", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis,* vol. 16, La Haya, 1939.

[51] *Cfr.* KANTOROWICZ, Hermann, "The Quaestiones Disputatæ of the Glossators", *op. cit.*, p.3.



18-Tamayo-RevFac264.indd 580 06/01/16 1:15 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# LA "TRINIDAD" DEL ORDEN JURISDICCIONAL Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN FRANCIA

## THE "TRINITY" OF JUDIRISDICTIONAL ORDER AND ADMINISTRATIVE JUSTICE IN FRANCE

GUILLERMO TEUTLI OTERO[1]

RESUMEN: El autor sostiene que Francia vio nacer el derecho administrativo contemporáneo y que fue pionera en el establecimiento de la jurisdicción administrativa. Considera que existe una "trinidad" jurisdiccional, ya que el orden jurisdiccional se desarrolló en dos vertientes: la judicial ordinaria y la administrativa. Asimismo, a partir de 1958, se añadió una tercera: la jurisdicción constitucional. El trabajo explica y describe la competencia y evolución de cada una de dichas jurisdicciones; y describe la estructura, organización y funcionamiento de la justicia administrativa en Francia.

PALABRAS CLAVE: *Francia; derecho administrativo; "trinidad" del orden jurisdiccional; justicia administrativa.*

ABSTRACT: The author argues that France gave birth to the modern Administrative Law and was a pioneer in establishing the administrative jurisdiction. It considers that there is a jurisdictional "trinity" since the judicial order was developed in two aspects: ordinary and administrative jurisdiction. Also, since 1958, a third was added: the constitutional jurisdiction. The work explains and describes the competition and evolution of each of those jurisdictions; and describes the structure, organization and operation of administrative justice in France.

KEYWORDS: *France; Administrative law; "Trinity" of the judicial order; Administrative justice.*

SUMARIO: I. Introducción. II. La "trinidad" jurisdiccional. III. Estructura y funcionamiento de la justicia administrativa en Francia. IV. Bibliografía.

[1] Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

19-Teutli-RevFac264.indd 581 05/01/16 2:11 p.m.

*Con el recuerdo de mi amigo*
*Alfonso Nava Negrete*

## I. Introducción

Este trabajo está dedicado a explicar la existencia de una "trinidad" jurisdiccional y a describir la estructura y funcionamiento de la justicia administrativa, todo esto en el caso de Francia. Su razón de ser radica en la amplia experiencia recabada por un país que vio nacer el derecho administrativo contemporáneo, y que también fue pionero en el establecimiento de la jurisdicción administrativa.

La primera parte explica cómo, después de la Revolución de 1789, cuando la "revolución jurídica" los llevó de la soberanía real a la soberanía popular, el orden jurisdiccional se desarrolló con dos vertientes: la judicial ordinaria y la administrativa. Señala, también, cómo, a partir de 1958, se le ha añadido una tercera, la jurisdicción constitucional. Para cada una de las jurisdicciones se explica y describe su competencia y evolución. La segunda parte está dedicada a describir la estructura, organización y funcionamiento de la justicia administrativa en Francia

## II. La "trinidad" del orden jurisdiccional

En Francia, a lo largo del *ancien régime*, que imperó del Siglo XV al XVIII, el poder político estaba concentrado en el rey quien, un tanto a su discreción, contaba con el apoyo, entre las principales, de dos instituciones: el Parlamento y el Consejo del Rey, todos bajo el control de su poder absoluto.

En la época real sólo un tipo de tribunales existía: los parlamentos, que hacían las veces de cortes judiciales. La justicia administrativa existía pero estaba en las manos reales sin un cuerpo legal que la sustentara. Y, al no contar con una constitución, evidentemente



19-Teutli-RevFac264.indd 582 05/01/16 2:11 p.m.

no podía existir la jurisdicción constitucional. Esto iba a cambiar con la Revolución de 1789.

Al iniciar el Siglo XXI, Francia tiene tres jurisdicciones que conforman su "trinidad" jurisdiccional. Dos de ellas, la judicial ordinaria y la administrativa, co-existen a partir de la Revolución de 1789 y, desde 1958, se añadió la jurisdicción constitucional.

Las tres jurisdicciones son autónomas, independientes y tienen, en principio, competencias diferentes. Existe, sin embargo, en algunos casos, una invasión, confusión o renuncia de competencias entre la judicial ordinaria y la administrativa. No es el caso de la jurisdicción constitucional pues, como se explica más adelante, su competencia está claramente determinada por su fin único: aplicar y defender solo una ley, la constitución o en lo que ha evolucionado, el bloque de constitucionalidad.

No existe una jerarquía entre ellas, aunque la práctica tiende a dar mayor importancia a las decisiones y jurisprudencias del Consejo Constitucional. De acuerdo al art. 62 de la constitución "contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales".

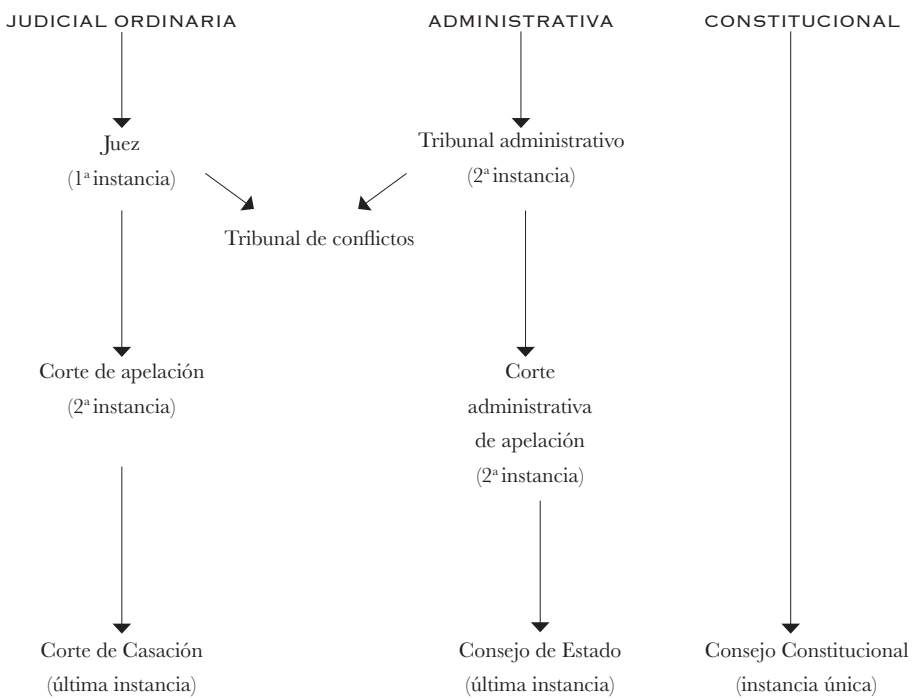
La confusión, invasión o renuncia de competencias en el caso de las jurisdicciones judicial y administrativa ha sido motivo de muchos análisis. Buena parte de los autores franceses insisten en sus textos en señalar criterios que permitan delimitar las competencias entre las dos, pero también citan el hecho que el derecho privado fue primero y de él derivó, inicialmente, el administrativo. Esta circunstancia permite que, en ocasiones, se haya complicado la determinación de las competencias entre ambas jurisdicciones o se puedan auto-declarar incompetentes y dejar al particular sin acceso a la justicia (un *deni de justice*). De ahí que, desde la creación de la jurisdicción administrativa, se creara también el Tribunal de Conflictos con el fin de dirimir confusiones, invasiones o renuncias de competencias. Se aseguró así, a los particulares la defensa de sus



19-Teutli-RevFac264.indd 583 05/01/16 2:11 p.m.

derechos frente al Estado y, en general, la impartición de justicia, como se explica más adelante.

La trinidad jurisdiccional actual, puede diagramarse así:




## 1. La jurisdicción judicial ordinaria

La jurisdicción ordinaria aplica ramas del derecho que son autónomas entre sí y comprende, básicamente, dos campos de acción: el civil y el penal. El primero, que resuelve controversias entre particulares, se aplica inter pares, y el segundo, sanciona conductas delictivas de los particulares permitiendo la acción represiva del Estado en aras de defender el orden jurídico.

En el *ancien régime* junto al poder real, existía una estructura judicial que eran los parlamentos. Los parlamentos, surgidos desde el Siglo XIII, actuaban como cortes de justicia. Su principal poder radicaba en que para que las ordenanzas del rey fueran válidas,



19-Teutli-RevFac264.indd 584 05/01/16 2:11 p.m.

ellos las debían registrar. El primer parlamento fue el de París y después se crearon los provinciales. Estos tribunales aplicaban el derecho civil basado mayoritariamente en los principios jurídicos provenientes del derecho romano; del derecho escrito.

Sometidos a la autoridad del rey, Luis XIV limitó sus poderes y estableció el "derecho de reprimenda" prohibiéndoles cualquier oposición a sus mandatos. Luis XVI aceptaría propuestas de reformas que les devolverían sus atribuciones y autoridad. Sin embargo, no tardó en oponerse a cualquier reforma al encontrar que, básicamente, tendían a los poderes de la nobleza local versus los del rey. De alguna manera, hay quien afirma, los parlamentos contribuyeron en la gestación de la Revolución de 1789.

Al triunfo de la Revolución, la Asamblea constituyente desconfiaba de ellos por su parcialidad y determinó sustituirlos con tribunales judiciales. Estos tribunales contaron con jueces nombrados por el Estado quien, en aras a asegurar su imparcialidad, también cubría sus sueldos.

Como ya señalado en el diagrama, la jurisdicción ordinaria tiene tres instancias: Una, que se desarrolla ante un Juez o Magistrado (primera instancia), Otra, ante la Corte de apelación (segunda instancia) y, la tercera, ante la Corte de Casación en su calidad de Tribunal Supremo cuyas sentencias son definitivas e inatacables.

En el campo del derecho civil, el orden jurisdiccional se divide en varios tribunales de primera instancia que corresponden a materias específicas. Igualmente, los juzgadores en algunos de estos tribunales no siempre son jueces del poder judicial. Pueden ser particulares designados por particulares, todos vinculados con prestigio a la materia de la controversia. Excepto cuando la disposición que los rige establece que sus resoluciones son definitivas, tienen como denominador común que sus sentencias pueden ser apelables en la segunda instancia o directamente ante la Corte de Casación:

- *Tribunal de Instancia*, equivalentes a un Juzgado de primera instancia o de instrucción, en el que un Juez (*juge d'instance*) atiende asuntos civiles de una cuantía menor y todos los



19-Teutli-RevFac264.indd 585 05/01/16 2:11 p.m.

litigios sin limitación de importe en determinados ámbitos precisos: crédito al consumidor, alquiler de viviendas, protección de los mayores de edad, protección de menores. Sus sentencias son definitivas en casos hasta cierta cuantía y por encima de esto son apelables.

- *Tribunal de Comercio*, en el que las sentencias son emitidas por tres jueces para resolver controversias derivadas de actos de comercio o entre sociedades comerciales. Los jueces son comerciantes elegidos por miembros de la profesión. Sus sentencias son definitivas hasta un monto y después son apelables.
- *Tribunal Paritario de Contratos Rurales*, resuelve controversias entre propietarios y arrendatarios de la tierra. Los jueces son representantes elegidos por las dos partes, por lo general, son dos arrendadores y dos arrendatarios, bajo la presidencia de un juez del Tribunal de Instancia. Sus sentencias son definitivas hasta un cierto monto y luego son apelables.
- *Tribunal de Asuntos de la Seguridad Social*, al igual que el de Contratos Rurales, se conforma por un juez del Tribunal de Instancia y dos asesores representantes de los patrones y de los trabajadores. Resuelve sobre litigios entre organismos de la seguridad social y sus afiliados. Sus sentencias son definitivas hasta un monto y luego son apelables.
- *Tribunal Competente en materia de Incapacidades*, resuelve controversias derivadas del estado o del grado de incapacidad o invalidez. Está formado por dos asesores representantes de los trabajadores y dos de los patrones y un Presidente, magistrado honorario.
- *Tribunal de Conciliación (Conseil de prud'hommes)*, cuyo objeto es conciliar y juzgar controversias entre patrones y trabajadores derivadas de un contrato de trabajo. Es una jurisdicción paritaria dividida en cinco secciones y cada una con al menos dos consejeros patronales y dos de trabajadores. Sus sen-



19-Teutli-RevFac264.indd 586 05/01/16 2:11 p.m.

tencias son definitivas hasta un monto determinado y luego son apelables.

- *Tribunal de Gran Instancia*, que resuelve controversias civiles para las que los otros tribunales no son competentes (ya sea por materia o por cuantía). Está compuesto por tres jueces, dos asesores ciudadanos y un ministerio público. Tiene competencias exclusivas: divorcio, filiación, bienes inmuebles. Sus sentencias son apelables.

Por su parte, el campo del derecho penal, la primera instancia está conformada por los siguientes tribunales:

- *Tribunal de Policía*, que resuelve sobre los casos que son susceptibles de ser sancionados con una multa. Cuentan con un Juez y un representante del ministerio público.
- *Tribunal Correccional*, en el que tres jueces y un representante del ministerio público juzgan delitos con una pena de privación de la libertad menor a 10 años y con una multa cuando la infracción está vinculada al delito.
- *Corte de "Assises"*, que sanciona los delitos más graves (homicidio, robo con violencia, entre otros) susceptibles de privación de la libertad por un tiempo largo. Está conformada por un juez, dos asesores, un representante del ministerio público y un jurado que puede ser de seis a nueve personas seleccionadas de la lista de electores.

En la primera instancia, con algunas variaciones, todos los casos son orales, públicos y controversiales y se desarrollan en tres etapas:

- La *integración del expediente*, a partir de los escritos del demandante y del demandado y, en su caso, del representante del Gobierno.

- La *audiencia pública*, en la que las partes del juicio, sus testigos y expertos, y el ministerio público presentan sus



19-Teutli-RevFac264.indd 587 05/01/16 2:11 p.m.

alegatos. Se desarrolla una deliberación y se puede dar lectura a la sentencia.

- La *sentencia,* que puede ser emitida inmediatamente al término de la audiencia o programada para una fecha posterior que ahí mismo se indica.

Los tribunales ordinarios son competentes, principalmente, en materias que "por su naturaleza son reservadas a la jurisdicción ordinaria". Es el caso de controversias que se presentan entre particulares o entre éstos y la autoridad pública cuando no está actuando con poder público, o cuando a) agravian la libertad individual, b) agravian el derecho de propiedad y c) agravian la inviolabilidad del domicilio. Son regidas por el derecho privado.

Sin embargo, explica Ricci, hay controversias que, por su naturaleza intrínseca o por que derivan de un servicio público, debieran ser competencia de la jurisdicción administrativa y, sin embargo, se ventilan en los tribunales judiciales ordinarios. Es el caso, entre otros, de controversias sobre:

I. Los impuestos indirectos, los derechos aduanales y el impuesto de "solidaridad sobre la fortuna".

II. Los derechos por locales en los mercados.

III. Relativas a la seguridad social.

IV. A la responsabilidad derivada de algunos casos como:

- Daños causados a alumnos o por los alumnos de instituciones públicas.
- Daños a instalaciones eléctricas o nucleares.
- daños causados por la ubicación o maniobras de tropa.
- Daños causados por un operativo de la policía judicial.
- Daños producto de la actividad de un servicio público industrial y comercial. (ver siguientes párrafo).
- Daños generados por la "falta personal" de un agente público.



19-Teutli-RevFac264.indd 588 05/01/16 2:11 p.m.

- Daños causados por un vehículo de la administración.

V. La propiedad industrial e intelectual.

VI. El derecho a la competencia (en algunos casos)

VII. Los contratos de derecho privado celebrados por la administración, en los que no actúa con poder público.

De igual manera, el juez ordinario es competente para conocer de controversias que se susciten por la prestación de lo que en Francia llaman "servicios públicos de carácter industrial y comercial". Al prestar dichos servicios, la administración se comporta igual que una empresa privada y no actúa con poder público. No está protegiendo un fin de interés general. Son empresas públicas sometidas a las leyes de competencia que rigen a los privados.

Salvo cuando las sentencias de la primera instancia son definitivas, todas pueden ser apeladas ante la Corte de Apelación. Esta segunda instancia tiene por objeto re-examinar el caso y expedir una nueva sentencia que puede ratificar, anular o modificar la anterior. A su vez, esta nueva sentencia puede ser apelada ante la Corte de Casación.

La Corte de Casación es el Tribunal Supremo que actúa como juez supremo y definitivo. Sus sentencias son inatacables. Es decir, no hay recurso alguno contra ellas. Recibe casos de los tribunales de primera instancia, cuando la ley aplicable les permite emitir sentencias que se consideran definitivas, y casos de la Corte de Apelación. Es un tribunal de legalidad que vigila la exacta aplicación de la ley, no juzga sobre el fondo del asunto.

Este es fin del camino de la jurisdicción judicial ordinaria, pero pudiera ser el inicio de la jurisdicción constitucional.

Si el particular presume que durante el proceso le aplicaron alguna disposición de manera inconstitucional o que la disposición misma es inconstitucional por agraviar sus "derechos y libertades", puede –ya sea en la primera o en la segunda instancia- demandar una "cuestión prioritaria de constitucionalidad" que permite ejercer el control constitucional *a posteriori*.



19-Teutli-RevFac264.indd 589 05/01/16 2:11 p.m.

La demanda se presenta ante la misma Corte de Casación. Con esta demanda, el particular abandona la jurisdicción judicial ordinaria para solicitar el fallo de una jurisdicción diferente que es la jurisdicción constitucional, como se analiza más adelante.

La Corte de Casación, a la par que el Consejo de Estado, son las únicas que pueden re-enviar el caso al Consejo Constitucional. Son los filtros que deciden, ya que los particulares no tienen acceso directo a la jurisdicción constitucional y, por cierto, tampoco tienen recurso alguno contra la decisión del no re-envío del expediente al Consejo Constitucional.

## 2. La jurisdicción administrativa

Pierre Devolvé nos explica cómo desde el *ancien régimen*, Francia conocía el derecho administrativo y con él la justicia administrativa:

> El Antiguo Régimen conocía el derecho administrativo y las nociones de poder público y de servicio público. Existen manifestaciones que así lo demuestran en las instituciones feudales, en los órganos de las ciudades y comunidades, en los Consejos del Rey, en las funciones de policía y de la economía, en los seguros de los habitantes, los trabajos (caminos y canales), el urbanismo, que facilitaban los derechos del rey sobre el suelo, así como en la prohibición a los parlamentos de conocer sobre asuntos de Estado, su administración y gobierno (edicto de San Germán de 1641) o en el desarrollo del contencioso administrativo confiado a jurisdicciones especializadas.[2]

El mismo autor hace ver como la Revolución de 1789 si bien destruyó también construyó. Antes de adquirir un contenido político-económico con la toma de la Bastilla el 14 de julio, el constituyente de junio de ese año planteó una "Revolución jurídica". Una

[2] N. del A. Las citas se expresan en español en traducción libre del autor de este trabajo.



19-Teutli-RevFac264.indd 590 05/01/16 2:11 p.m.

Revolución al término de la cual, se abandonaron las reglas reales para imponer las constitucionales y, con ellas, un nuevo Estado y la defensa de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano.

Todo empezó en 1790, 11 meses después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y 13 meses después de la simbólica toma de la Bastilla. Derrocado el realismo, un nuevo Estado estaba en formación. Pero no se podía concebir a un Estado irresponsable dotado de poder público que pudiera ser arbitrario. Se requería un nuevo Estado que actuara con legalidad y frente al cual el ciudadano tuviera medios para combatirlo en caso de arbitrariedades o de imponerle cargas excesivas.

El problema se centró en precisar el marco legal del Estado y en definir por qué tribunales sería juzgado.

En síntesis, lo primero, quitar lo arbitrario y someter al Estado a la legalidad, lo resolvieron dividiendo al poder y sometiéndolo al imperio de la ley, aunque ahora había que definir qué ley. Lo segundo, creando la jurisdicción administrativa.

Devolvé sintetiza la problemática encontrando respuestas a dos preguntas: ¿con que Derecho se juzga al Estado? y ¿Quién juzga al Estado?

El Estado puede actuar con actos de gestión, sin ser autoridad, y se rige por la misma ley que los particulares. Pero también actúa como y con poder público y entonces el Estado no puede estar sometido al derecho civil y a los tribunales ordinarios que juzgan inter pares. La relación es desigual, por lo tanto tiene que ser juzgado con una legislación diferente. Una legislación de derecho público y, bajo los mismos argumentos, por una jurisdicción diferente: la administrativa.

Según el autor citado, la respuesta a la primera pregunta se consolidó hasta el ocho de febrero de 1873, vía el Tribunal de Conflictos, con la sentencia Blanco. Esta sentencia estableció que la administración podía realizar actos de gestión sometidos al derecho



19-Teutli-RevFac264.indd 591 05/01/16 2:11 p.m.

privado y actos de autoridad sujetos al derecho público y que éste era base para determinar la responsabilidad del Estado:

> La responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea para el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos por el código civil para las relaciones de particular a particular; ella (la responsabilidad) tiene sus reglas especiales que varían según los requerimientos del servicio y la necesidad de conciliar el derecho del Estado con los derechos privados; que, desde entonces, en los términos de las leyes (reglas especiales) arriba mencionadas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer sobre los actos y la responsabilidad del Estado.

A diferencia del derecho privado que pudo ser codificado, fue la acción cotidiana de la jurisdicción administrativa la que fue generando, de manera jurisprudencial, principios, y reglas especiales que devinieron en el derecho administrativo. Un derecho que puede juzgar al Estado en su función de poder público y de servicio público. Un derecho que le da al particular medios de defensa frente al Estado.

De esta manera, desde su origen, el juez administrativo también ha sido legislador y administrador. Más tarde vendrían las leyes formalmente administrativas y muchos otros tipos de disposiciones legales bajo el criterio material que, en conjunto, conforman el derecho administrativo.

Philippe Fouillard lo describe bien:

> Históricamente el derecho administrativo es eminentemente jurisprudencial. Es decir que las reglas y principios fundamentales del derecho administrativo han sido elaboradas a partir de las sentencias del Consejo de Estado […] pero este resultado no es el fruto de un deseo del Consejo de Estado de ser un legislador, más bien un **"**jurislador**"**, sino de la necesidad de encontrar y dar a la administración reglas y principios para su funcionamiento. Es por eso que el derecho administrativo nunca tuvo un código como si fue el caso del derecho civil.



19-Teutli-RevFac264.indd 592 05/01/16 2:11 p.m.

La respuesta a la segunda pregunta, ¿Quién juzga al Estado?, se responde, de inicio, señalando que derivado de la división de poderes, no se podía plantear que el poder judicial juzgara al poder ejecutivo. Esto rompería el equilibrio y el sentido de la separación de poderes.

Además, al propósito de separar los poderes del Estado, y con ello quitarle lo arbitrario, se añadía la desconfianza para que fueran los tribunales judiciales quienes juzgaran los actos de la administración. Como ya mencionado, durante el *ancien régime* los conflictos entre los parlamentos y las decisiones reales habían dejado muy clara la voluntad del rey en el sentido de no permitir que la justicia ordinaria se impusiera a sus decisiones. Pero tampoco era aceptable que los tribunales del poder judicial juzgaran, se impusieran, al poder ejecutivo. Sería un poder arriba del otro.

Se hizo indispensable crear una instancia jurisdiccional para juzgar al Estado y frenar cualquier ímpetu arbitrario. Así que, para evitar que el Estado fuera juzgado por esa justicia ordinaria, por el derecho civil y por esos tribunales ordinarios que inspiraban desconfianza, y para evitar decisiones arbitrarias por las autoridades del nuevo Estado, fue necesario crear un derecho y una justicia diferente a la ordinaria.

La jurisdicción administrativa surge, entonces, como una jurisdicción paralela a la jurisdicción judicial ordinaria. Esta última resuelve las controversias entre particulares o inter pares. La primera rige las relaciones entre el Estado y los particulares.

De esta forma, la respuesta a la segunda pregunta fue la creación de la jurisdicción administrativa dentro del poder ejecutivo, es decir, del contencioso administrativo.

En 1790, se emitió la ley del 16 y 24 de agosto. Bajo el principio de separación de poderes impuesto por la Revolución, nos recuerda Yves Gounin, el artículo 13 de esa disposición establecía que: "las funciones judiciales son distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas".



19-Teutli-RevFac264.indd 593 05/01/16 2:11 p.m.

Esa misma ley y el decreto del 16 fructidor, establecieron:

> la prohibición a los jueces de incidir, de la manera que sea, en las actuaciones de los órganos administrativos, de citar a los administradores en función de sus cargos, de conocer sobre los actos de la administración, de la materia que sea.

Finalmente, como ya referido, al término de la Revolución, la justicia administrativa fue dotada de sus propios órganos de jurisdicción: la constitución del 22 frimario del año VIII (noviembre de 1799) y la ley del 28 pluvioso del mismo año, crearon -respectivamente- el Consejo de Estado y los Consejos de la Prefecturas, éstos últimos considerados como los "ancestros" de los tribunales administrativos.[3]

Dato curioso fue la forma de creación de la estructura jurisdiccional administrativa. Según el diagrama arriba incluido, la jurisdicción administrativa tiene tres instancias, es decir tres niveles: el Tribunal Administrativo, como primera instancia, la Corte o Tribunal Administrativo de Apelación, como segunda instancia y, finalmente, el Consejo de Estado como instancia suprema.

Sin embargo, su orden de creación no tuvo esa lógica. Primero, al igual que los parlamentos, el Consejo del rey del *ancien régime* también cambiaría y daría lugar a la creación del Consejo de Estado como instancia única y suprema. Muchas décadas después se crearían los Tribunales administrativos con el propósito de ser una primera instancia y, recién en 1989, con el fin de lograr una expedición de justicia más expedita, se crearon la Corte o Tribunales

[3] La Convención Nacional, principal órgano del gobierno revolucionario, adoptó un "calendario republicano" que sustituyó al gregoriano. El calendario inició el 22 de septiembre de 1792, fecha en que se proclamó la República en el *Jeu de Paume*. Tenía 10 meses de 30 días cada uno y al final se tenían cinco días de fiesta o días complementarios. Los meses tenían nombre fenómenos naturales o de la agricultura y los periodos <cuatrimestres> se hacían coincidir con el calendario astronómico igual al del zodiaco griego. De septiembre de 1792 a septiembre de 1793, fue el año uno. En 1806, Napoleón que había sido proclamado Emperador, como una señal de oposición a la Revolución y de reconciliación con la Iglesia de Roma, re-implantó el calendario gregoriano.



19-Teutli-RevFac264.indd 594 05/01/16 2:11 p.m.

Administrativos de Apelación, como segunda instancia (o instancia intermedia). El Consejo de Estado se mantendrá como la instancia suprema y definitiva.

La jurisdicción administrativa se creó dependiente del poder ejecutivo. Esto despertó, de inmediato, la primera crítica: al formar parte del mismo poder administrativo, sería juez y parte y los ciudadanos tendrían pocas posibilidades efectivas de combatir un Estado arbitrario que se auto-juzgaría de manera parcial.

Con el funcionamiento de esta jurisdicción, poco a poco:

- Se fue gestando el derecho público (administrativo) para regular la actividad del Estado y para juzgarlo en su función de poder público y de servicio público. El derecho que le dio al particular medios de defensa frente al Estado.
- La imparcialidad de las sentencias del Consejo de Estado aseguró su credibilidad, su autonomía y su independencia y los consolidó como la jurisdicción ad-hoc para juzgar al Estado.

En este sentido, es muy útil leer el libro, pionero en la materia, que sobre el derecho procesal administrativo escribió el maestro Alfonso Nava Negrete poco después de la mitad del Siglo XX. Es, a juicio del que esto escribe, además de probablemente la primera, la mejor relatoría mexicana sobre la creación del contencioso administrativo francés.

La justicia administrativa, en general, se consolida con el tiempo pero, como bien explica Nava Negrete, tiene dos grandes etapas: la de la justicia "retenida" y la de la justicia "delegada". En la primera, los tribunales administrativos, es decir el Consejo de Estado, son principalmente consultivos. Era pues una justicia retenida porque el tribunal no decidía. Existía lo que dio en llamarse el "ministro-juez". El particular debía presentar su reclamo ante una autoridad administrativa, el ministro, y éste resolvía. El Consejo de Estado tenía competencia sólo en los casos que la ley expresamente se la otorgaba y para los demás era "juez de atribución". Es decir, juez



19-Teutli-RevFac264.indd 595 05/01/16 2:11 p.m.

de apelación sobre las decisiones del ministro. La administración mantenía el carácter de "juez de derecho común".

Por su parte, con consistencia, los tribunales administrativos fueron venciendo las animadversiones despertadas por ser tribunales de un poder para juzgar y determinar las responsabilidades de ese mismo poder. Es decir, la desconfianza de ser juez y parte y su probable parcialidad en favor de la administración.

Su creciente credibilidad por la imparcialidad de sus sentencias, nos relata Nava Negrete, hizo que, en 1872, en la ley del 24 de mayo, se evolucionara de la justicia "retenida" a la justicia "delegada". A partir de esa disposición, el Consejo de Estado empezó a dirimir controversias entre el Estado y los particulares con sentencias definitivas emitidas "en nombre del pueblo francés". Su imparcialidad aseguró su autonomía. Con la consolidación de este mecanismo de defensa en favor de los particulares, como afirma Gabino Fraga, se completó el Estado de Derecho.

El proceso culminó en 1889, con la sentencia Cadot. Con ella, el Consejo de Estado se proclamó como "juez de derecho común" en materia administrativa y, por lo tanto, única jurisdicción para resolver sobre casos de derecho administrativo, eliminando la figura del "ministro-juez" y consolidando la jurisdicción administrativa como la definitiva.

Aunque con un origen jurisprudencial, el derecho administrativo ha tendido a codificarse en el sentido de contenerse en leyes escritas y otras disposiciones, también escritas, que son "materialmente" legislativas. Leyes y disposiciones, por cierto, que no son producto de la actividad legislativa del Consejo de Estado. De esta manera, dice el mismo Philippe Fouillard, el Consejo de Estado, sin perder su capacidad para emitir jurisprudencias (jurislador), tiende a convertirse en un "gestor" de las leyes formal o materialmente administrativas. Ha abandonado, aunque no totalmente, la aplicación de un derecho administrativo a partir de las reglas y principios que él mismo genera y cada vez basa más su acción en leyes

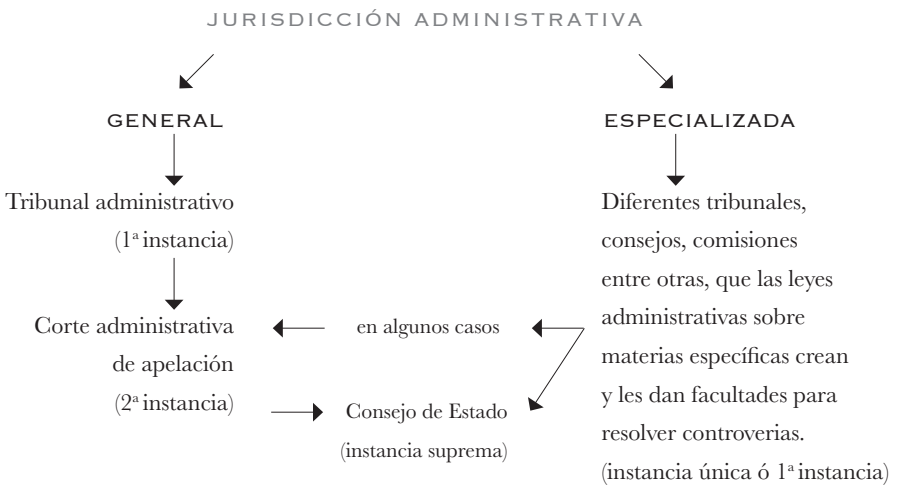


19-Teutli-RevFac264.indd 596 05/01/16 2:11 p.m.

del poder legislativo, en normas del gobierno y en jurisprudencias del Consejo Constitucional.

Desde su origen, el derecho administrativo, como también lo explica Nava Negrete, ha sido la rama más "dinámica" del derecho. Un dinamismo que, en las últimas cincuenta décadas, ha dado lugar a una intensa ramificación derechos administrativos "especializados", que han "subjetivizado" al derecho administrativo.

El derecho administrativo se ha dividido en dos grandes áreas y con ellas la jurisdicción administrativa. Por un lado, la jurisdicción administrativa "general", que puede anular los actos administrativos del Estado y las decisiones tomadas con carácter de poder público. Y, por la otra, las jurisdicciones "especializadas" derivadas de la "subjetivización" y de la creación de leyes específicas por materia que solucionan sus controversias y que materialmente equivalen a un tribunal. Con base en el diagrama ya señalado, las jurisdicciones administrativas se pueden diagramar así:






19-Teutli-RevFac264.indd 597 05/01/16 2:11 p.m.

Gracias a esta evolución jurisdiccional, los hombres pasaron de ser "súbditos sin derechos" a "ciudadanos con derechos" y de ciudadanos con derechos a "ciudadanos jurisdiccionales". Esto significa que, como ciudadanos, no solo tienen derecho a exigir una administración eficiente sino también a que les reconozcan y respeten sus derechos subjetivos. En caso contrario, tienen derecho a demandar jurisdiccionalmente al Estado y a imponerse al Estado con sentencias de los jueces. No solo pueden combatir resoluciones del Estado, si éste les causa un daño, tienen derecho a demandar una indemnización.

Durante mucho tiempo se cuestionó la existencia de la dualidad de jurisdicciones. Por supuesto, los jueces de la justicia ordinaria nunca vieron –hasta la fecha– con simpatía a la jurisdicción administrativa y desde siempre se mantuvo la discusión sobre si debía ser integrada a la estructura de la jurisdicción ordinara para contar, como la mayor parte de los países, con una sola jurisdicción.

Sin embargo, como refiere Latournerie y otros autores, el Consejo Constitucional, en una decisión tomada en enero de 1987, dio "valor constitucional" (es decir hizo norma constitucional), con base en el principio de separación de poderes, a la co-existencia de las dos jurisdicciones.

Para los autores franceses, con esta decisión quedó "constitucionalizada" la competencia de la jurisdicción administrativa para "[…] la anulación o la reforma de decisiones tomadas, en el ejercicio de atribuciones de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo […]". A partir de entonces, ninguna ley puede negar o limitar esa competencia. Es la base de la jurisdicción administrativa "general".

Sin embargo, como ya analizado, el derecho administrativo se ha "subjetivizado" en el sentido que ha multiplicado sus leyes sobre materias específicas cuya problemática de aplicación rebasa el contexto de "la anulación o reforma de decisiones […]" (por ejemplo las leyes sobre responsabilidad del Estado, sobre contratos adminis-



19-Teutli-RevFac264.indd 598 05/01/16 2:11 p.m.

trativos, protección del medio ambiente, entre otras). Estos casos son competencia de la jurisdicción administrativa pero no están comprendidos en la competencia "constitucionalizada".

Existen otras excepciones. Es decir, otros actos de la administración que no caen en la competencia de la jurisdicción administrativa. Por ejemplo:

I. Los actos de Gobierno (en México diríamos los actos de Estado). Estos actos no pueden ser juzgados por la jurisdicción administrativa (una declaración de guerra, el rompimiento de relaciones diplomáticas, la ratificación de un tratado internacional, […]).
    - Sin embargo, en Francia, en algunos casos, las consecuencias derivadas de ese tipo de actos si pueden caer en el ámbito de la justicia administrativa e incluso de la responsabilidad del Estado y generar la obligación de reparar un daño. Es el caso de los daños causados a un particular por la incorporación de un tratado internacional al derecho interno que le impide continuar con su actividad y le causa perjuicio (cuando se prohíbe la importación de una materia prima y afecta el proceso de producción o la vida de una industria).
    - Las leyes, excepto por cuanto concierne a la aplicación del control de convencionalidad. Es decir, la jurisdicción administrativa solo puede verificar que los actos administrativos estén de acuerdo a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Francia.

II. Los litigios derivados de asuntos internacionales, en particular:
    - Por actividades desarrolladas fuera del territorio nacional
    - Por actividades realizadas por personas, aun de nacionalidad francesa, que tengan una competencia doble. Es decir, que además de ser autoridad francesa también lo



19-Teutli-RevFac264.indd 599 05/01/16 2:11 p.m.

sean de otro país (el presidente de Francia es co-príncipe del Reino de Andorra).

- Los actos vinculados a la conducción de las relaciones internacionales. Es decir, actos que sin los cuales la relación internacional no podría producir sus efectos.

III. Evidentemente, los que por disposición expresa son competencia de la jurisdicción ordinaria.

IV. Los litigios ante el Consejo Constitucional.

Como coinciden los autores, desde su origen, con frecuencia no ha sido sencillo definir que corresponde a la jurisdicción judicial y que a la administrativa. También coinciden en que el principio general aplicable es el que establece que "la competencia sigue al fondo", dicho de otra forma, que "la actividad administrativa, salvo excepción expresa en la ley, está sujeta al derecho administrativo y es competencia de la jurisdicción administrativa".

Pero igualmente se han utilizado otros criterios, también tradicionales, para definir la competencia administrativa. Si el caso se refiere a un "servicio público" (León Duguit) o si involucra un acto administrativo realizado con base en el "poder público" (Maurice Hauriou), son competencia de los tribunales administrativos.

> El criterio que prevalece para definir los actos sujetos a la jurisdicción administrativa es el del poder público. Hoy en día, los servicios públicos ya no son exclusividad de la autoridad pública.

En síntesis, no siempre fue sencillo decidir que es administrativo y que es judicial ordinario. Esto quedó resuelto con la creación del Tribunal de Conflictos.

### a) El tribunal de conflictos

La creación del Tribunal de Conflictos tuvo como objetivo establecer una autoridad que definiera a que jurisdicción recurrir para



19-Teutli-RevFac264.indd 600 05/01/16 2:11 p.m.

resolver una controversia y evitar una negativa de justicia para el particular ante el desacuerdo de la jurisdicción competente o de una declaración unilateral de incompetencia de una o ambas jurisdicciones.

Este Tribunal podía actuar en los casos de:

- Un conflicto positivo, es decir cuando se considera que hay una equivocación o falta de competencia en la jurisdicción a la que se acudió.
- Un conflicto negativo, cuando las dos jurisdicciones, se declaran sucesivamente incompetentes y se presume una denegación de justicia (deni de justice) o
- Cuando ambas jurisdicciones juzgan el caso y emiten sentencias contradictorias que también dan pie a una denegación de justicia. En estos casos, el Tribunal de Conflictos puede ejercer, de manera excepcional, atribuciones que le permiten solucionar el fondo de la controversia.

Por lo general, el Tribunal de Conflictos no tuvo "conflicto" para encaminar las demandas de los particulares hacia una u otra jurisdicción. Tampoco para exigir a las jurisdicciones que aceptaran o rechazaran la competencia según su decisión. Es aquí donde los principios de poder público y de servicio público eran un criterio definitorio para asignar controversias al tribunal administrativo.

Pero la autoridad del Tribunal fue más allá de ser un mero repartidor de controversias. Con frecuencia, nos lo señala Jean-Claude Ricci, al fundamentar el envío de un caso a una jurisdicción, el Tribunal daba elementos firmes sobre el sentido en que se debía juzgar y resolver. Es este Tribunal, en 1873, con la sentencia Blanco, creó la responsabilidad del Estado. En 1889, consolidó al Consejo de Estado como la instancia única y suprema de la jurisdicción administrativa. En 1921, creó los "servicios públicos industriales y comerciales" y, entre otros, en 1955 creó el servicio social.



19-Teutli-RevFac264.indd 601 05/01/16 2:11 p.m.

Como ya dicho, la jurisdicción administrativa, en general, tiene tres instancias. No obstante, existen también las jurisdicciones especializadas que pueden operar como primera instancia y sus fallos ser apelados en las Cortes Administrativas de Apelación o, según la ley aplicable, como única instancia y solo ser combatidas directamente ante el Consejo de Estado que es juez supremo y sus resoluciones son definitivas e inatacables.

Este es el camino y fin de la jurisdicción administrativa, pero pudiera ser el inicio de la jurisdicción constitucional y de su control a posteriori.

Después de lo anterior, al particular solo le queda salir de la jurisdicción administrativa y "saltar" a la jurisdicción constitucional. Esto es posible si demanda una "cuestión prioritaria de constitucionalidad" ante el mismo Consejo de Estado. Este último, al igual que la Corte de Casación, de considerarlo procedente, re-enviará el expediente al Consejo Constitucional que es una jurisdicción diferente.

Si el Consejo no lo considera conveniente, no hace el re-envío y el particular no puede oponerse ni tiene recurso adicional para combatir esa decisión. Como se explica más adelante, el particular tampoco tiene acceso directo a la jurisdicción constitucional.

## 3. La jurisdicción constitucional

Con un mal antecedente en la constitución de 1946 (el Comité Constitucional), la propuesta de constitución elaborada bajo la égida del General De Gaulle, fue aprobada en 1958. Junto con la nueva constitución, se creó la 5ª República y también la justicia constitucional. Como instancia suprema y única quedó el Consejo Constitucional. Un Consejo conformado por nueve consejeros que no son magistrados ni jueces sino personalidades políticas, académicas, profesionales reconocidos, a los que se adicionan los expresidentes de la República, como miembros "de derecho", que con



19-Teutli-RevFac264.indd 602 05/01/16 2:11 p.m.

frecuencia no aceptan el cargo o no asisten a las sesiones. Surgió así, la jurisdicción constitucional, con lo que se completó la "trinidad" del orden jurisdiccional francés.

En su origen, nos recuerda Gounin, el Consejo Constitucional (CC) tenía como misión ser árbitro en el reparto de las competencias entre el Parlamento y el Gobierno. Pero en su evolución, este órgano que, se insiste, es instancia suprema y única de la jurisdicción constitucional, derivó en el ejercicio de una función novedosa para el orden jurídico francés: el control de la constitucionalidad que puede ser a priori o a posteriori.

La justicia constitucional original de la constitución establecía el control a priori de las leyes. Una reforma del 2008, en vigor desde el 2010, la enriqueció con el control a posteriori sobre disposiciones legales aplicadas durante un proceso.

El análisis del control de constitucionalidad en Francia nos lleva a explicar tres conceptos:

- El bloque de constitucionalidad.
- El control a priori.
- El control a posteriori.

### a) El bloque de constitucionalidad

La constitución es la norma que rige. Todas las demás deben apegarse a la constitución. De ahí que haya que determinar que se entiende por constitución. En Francia, una jurisprudencia del Consejo Constitucional tomada el 16 de julio de 1971 en materia de derechos y libertades -complementada con otra del 16 de enero de 1982 sobre la ley de nacionalización- creó el concepto de "bloque de constitucionalidad".

Es decir, que por decisión del CC, por constitución francesa se entiende un grupo de disposiciones que tienen el mismo nivel de jerarquía e importancia. En breve, el concepto establece que la constitución, es decir el bloque de constitucionalidad, comprende:



19-Teutli-RevFac264.indd 603 05/01/16 2:11 p.m.

- Los artículos de la constitución de 1958.
- El preámbulo de la Constitución de 1946.
- La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.
- Los Principios Fundamentales Reconocidos por las Leyes Revolucionarias (PFRLR) a los que el CC les da "valor constitucional".
- A partir de 2005, la Carta del Medio ambiente firmada por Francia en el 2004.

Todos ellos forman parte integrante de la Constitución. Es como si estuvieran directamente inscritos como artículos adicionales en el texto de la constitución de 1958.

Con este parámetro, el CC revisa la constitucionalidad de:

- Las elecciones presidenciales.
- Las leyes orgánicas, antes de su promulgación.
- Las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum.
- Los reglamentos de las Cámaras parlamentarias.
- las leyes del Congreso.
- Los compromisos internacionales (no todos),
- Las disposiciones legales aplicadas en una instancia pendiente de un litigio que perjudique los derechos y libertades que garantiza la constitución.
- El control a priori, es el que se ejerce antes de la publicación de la ley o tratado, es decir, de los casos enumerados de los incisos ii al vi. Si son declarados constitucionales se publican. En caso contrario. Se tienen dos alternativas: se modifica la ley o tratado para que esté de acuerdo con la constitución actual o se reforma la constitución para darle cabida a la nueva ley o tratado. Evidentemente, no puede promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional.



19-Teutli-RevFac264.indd 604 05/01/16 2:11 p.m.

- El control es a posteriori en el caso del inciso vii, cuando ha sido aplicada una disposición legal, durante un litigio, que el particular considera agravia los derechos y libertades que la constitución le otorga. El Consejo puede decidir la derogación total o parcial de la disposición y puede decretar un efecto retroactivo. La disposición combatida al ser derogada, le quita validez al acto reclamado.

En este caso de control a posteriori, el particular presenta una demanda de "cuestión prioritaria de constitucionalidad" ante la Corte de Casación o el Consejo de Estado. Ellos la analizan y, de considerarlo procedente, la re-envían al Consejo Constitucional por ser la instancia única de control de la constitucionalidad.

Como varias veces mencionado, el particular presenta su demanda ante las mismas autoridades que emitieron la sentencia que está combatiendo. Ellas deben decidir si procede o no el re-envío al CC. Si se deciden por el no re-envío, el particular no tiene manera de oponerse.

Según el art. 62 de la constitución, las decisiones o "declaraciones" del CC son definitivas e inatacables y deben ser obedecidas por todas las autoridades del país. Es decir, no existe recurso contra ellas. Sólo el mismo CC las puede modificar si considera que las circunstancias han cambiado y han hecho inoperante su anterior declaración.

La función de control de la constitucionalidad, como ya dicho, es novedosa para Francia pero, en opinión del que esto escribe y cuando se toman referencias de otros países, es un progreso, atrasado y limitado.

Es un progreso, porque al final Francia aceptó, o está en proceso de hacerlo, que la constitución es la norma suprema en su orden jurídico interno (dejamos de lado la discusión sobre la jerarquía de la constitución y los tratados internacionales). El país está en proceso de "constitucionalizar" las ramas, leyes y disposiciones de su orden jurídico. Es decir, darles validez a partir de su congruencia con el



19-Teutli-RevFac264.indd 605 05/01/16 2:11 p.m.

bloque de constitucionalidad. Es un progreso porque establece la jurisdicción constitucional.

Es atrasado, porque la mayoría de los países de la región y del mundo occidental, desde principios del Siglo XX, bajo el ejemplo de Austria, han incorporado a sus órdenes jurídicos jurisdicciones constitucionales. En realidad, el proceso inició en 1803 con la sentencia Madison vs Marbury en los Estados Unidos en favor de la revisión judicial de las leyes.

Es limitado, porque no permite el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional. El acceso es indirecto porque los particulares solo tienen derecho a presentar una demanda de "cuestión prioritaria de constitucionalidad" ante el Consejo de Estado o la Corte de Casación. Si estas instancias consideran que la demanda no es suficientemente grave, no hacen el re-envío al Consejo Constitucional y eso es el fin del proceso. El particular no tiene manera de combatir el rechazo de estos filtros. Por eso es limitado, porque no abre la justicia constitucional de manera directa al particular.

El principio que rige a la producción normativa de Francia es el de la soberanía popular. La ley, dijo J. J. Rousseau e inspiró a los autores de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es "la expresión de la voluntad general". Por lo tanto, nada por encima de la ley. Y la ley es hecha por los representantes del pueblo, que son los diputados de la Asamblea Nacional que son elegidos directamente por los ciudadanos que, a su vez, son la soberanía nacional. No es el caso de los senadores que son elegidos de manera indirecta.

Otro principio es que en la actualización o modificación de las leyes se aplica aquello de que "lo que una ley hace, otra puede deshacerlo" (*ce que la loi peut faire, la loi peut le defaire*) y esto incluye a la Constitución.

Bajo este esquema, la constitución sólo es una ley más que está sometida a todos los principios generales que rigen a las leyes. Si una nueva ley se opone a la constitución, como ya dicho, hay dos



19-Teutli-RevFac264.indd 606 05/01/16 2:11 p.m.

alternativas: se cambia la ley para apegarla a la constitución actual y se cambia la constitución.[4]

Desde 1958, con la creación del Consejo Constitucional y el fortalecimiento de la Jurisdicción constitucional, Francia está inmersa en un proceso de "constitucionalización" de su orden jurídico. Un proceso que pretende hacer de la constitución, el bloque de la constitucionalidad, su norma suprema. Una norma que debe imponerse y ser el fundamento de todas las ramas del derecho -que hasta ahora se manejan como autónomas- y cuya defensa está a cargo del Consejo Constitucional. Este proceso incluye, por supuesto, al derecho administrativo. La Constitución se convierte así en la norma Suprema.

Este proceso ha sido impulsado, durante los últimos 50 años, a partir del pensamiento, entre otros, de Louis Favoreau y de George Vedel, decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Paris-1 Sorbona. Seguidores de este pensamiento son, entre varios más, Michel Verpeaux y Dominique Rousseau, de la misma Facultad.

La competencia de la jurisdicción constitucional, tiene como instancia única al Consejo Constitucional. El Consejo no es formalmente un tribunal pero sí lo es materialmente. No emite sentencias sino declaraciones que, materialmente, tienen fuerza de ley. Estas declaraciones se toman como jurisprudencias que, fundamentadas en el bloque de la constitucionalidad, tienden a imponerse, por la vía práctica, a las jurisprudencias de la Corte de Casación o del Consejo de Estado.

Al basar, cada vez más, sus jurisprudencias en las emitidas por el Consejo Constitucional, explícitamente están aceptando su "constitucionalización". Es decir, están aceptando la supremacía constitucional.

---

[4] Para reformar la constitución, la iniciativa debe venir del presidente o de los miembros del Parlamento. Debe ser aprobada por ambas cámaras y sometida a referéndum. Si el presidente decidiera no someterla a referéndum, la propuesta deberá ser aprobada por 2/3 partes de los diputados de la Asamblea Nacional.



19-Teutli-RevFac264.indd 607 05/01/16 2:11 p.m.

Este es el camino de la jurisdicción constitucional, la tercera de la trinidad francesa.

## III. Estructura y funcionamiento de la justicia adminstrativa

La jurisdicción administrativa es la responsable de resolver controversias entre los ciudadanos y la administración. Es un instrumento de defensa del ciudadano contra presuntas decisiones arbitrarias de la administración.

Actualmente, como ya diagramado, la estructura es en tres instancias: Tribunales Administrativos, Cortes o Tribunales Administrativas de Apelación y Consejo de Estado. También como ya mencionado, se ha dividido en una jurisdicción "general" y en varias "especializadas".

### 1. Los tribunales administrativos

son los sucesores de los Consejos de las Prefecturas y, actualmente, aparte del contencioso, juegan el papel de consejeros de los prefectos. Son también, la primera instancia de un proceso. Existen 42, de los que 30 están en la Francia continental y el resto en los Departamentos y Territorios de ultra-mar. Están conformados por jueces administrativos que son inamovibles e independientes de la administración. Lo que debe tender a su imparcialidad.

Los tribunales administrativos están compuestos por un presidente y varios vice-presidentes, divididos en salas con un mínimo de tres jueces, salvo en reuniones plenarias o semi-plenarias. Un *greffe* (secretariado) lleva el control de los expedientes del tribunal.

Los tribunales hacen principalmente, según Grandguillot, cuatro tipos de funciones:



19-Teutli-RevFac264.indd 608 05/01/16 2:11 p.m.

- Administrativas. Los jueces son designados en diversas actividades administrativas: presidentes de organismos, jurados de concursos, entre otros.
- Consultivas. Aunque poco utilizadas, pueden ser consultados por los prefectos de departamento y dar opiniones privadas sobre alguna cuestión administrativa.
- Conciliadoras. Con el objeto de "zanjar" una controversia sin tener que ir a juicio.
- Contenciosas. Son la primera instancia de todo proceso y es la más importante. Cada año, según Ricci, resuelven alrededor de 190 mil controversias.

Las dos primeras se explican solas, Para la tercera, la justicia administrativa francesa recomienda, antes de iniciar un juicio, intentar una "amigable composición" mediante:

- La interposición de un recurso administrativo ante la autoridad para que reconsidere su decisión.
- Acudir al "defensor de los derechos".[5]
- Solicitar a un juez que realice una función conciliadora.

El recurso administrativo se presenta ante la autoridad que emitió la resolución combatida o su superior jerárquico, con la esperanza de que la decisión sea modificada. Incluso, la ley del caso puede establecer la obligación de agotar primero el recurso administrativo antes de ir al contencioso. El recurso administrativo puede ser hecho en dos formas:

---

[5] El defensor de los derechos se creó con la reforma constitucional del 2008 (art. 71, párrafo 1) y sustituyó al "defensor del pueblo" de la constitución de 1946. Sus atribuciones son tomadas otras instituciones como el Mediador de la República, el Defensor de los niños, la Alta Autoridad de lucha contra la discriminación y por la igualdad, la Comisión nacional de deontología de la seguridad. Se acude a él cuando alguien considera que le han perjudicado en sus derechos y libertades.



19-Teutli-RevFac264.indd 609 05/01/16 2:11 p.m.

- Como un recurso *gracieux*, es decir de buena fe, por el que el particular solicita a la autoridad que tomó la decisión combatida que la reconsidere.
- Como un recurso jerárquico, en el que el particular solicita al superior jerárquico la reconsideración de la decisión tomada por su inferior.

Dependiendo del resultado de esta gestión, el particular puede decidir o no iniciar el contencioso. Su demanda puede contener:

- El recurso de anulación, por el que el particular solicita, ante el Juez, la anulación de una decisión administrativa, de un acto administrativo, que considera es ilegal. El más frecuente es contra los "abusos de poder" (excés de pouvoir).
- El recurso de plena jurisdicción, por el que el particular solicita además de la anulación del acto, la reparación del daño que le causó.

El proceso contencioso administrativo se desarrolla, básicamente, con las tres etapas ya señaladas para la jurisdicción judicial: integración del expediente, audiencia pública y sentencia. Durante el proceso, los jueces administrativos, que son fundamentalmente antiguos alumnos de la Escuela Nacional de Administración, desempeñan varios papeles:

- En el periodo de instrucción o de integración del expediente, hay un juez *rapporteur* que es responsable de llevar el proceso, recibe documentos, estudia el caso y prepara un proyecto de *jugement* (sentencia) con el propósito de facilitar la tarea de los jueces del tribunal.
- En la audiencia del juicio, hay un juez que hace las veces de *rapporteur public*, responsable de presentar el caso públicamente. Las partes hacen sus alegatos. Un juez *president* será quien dirija la audiencia y buscará proveer facilidades para llegar a una sentencia.



19-Teutli-RevFac264.indd 610 05/01/16 2:11 p.m.

- Finalmente, existen los jueces que deberán emitir el *jugement*, la sentencia que resuelva la controversia.

En la primera instancia, los Tribunales administrativos tienen autoridad para:

- Anular o reformar las resoluciones administrativas tomadas:
  - Por las autoridades de la administración,
  - Por los organismos públicos bajo su autoridad o control.
  - Por los agentes privados actuando en nombre de una autoridad pública o prestando un servicio público con algún grado de poder público.
- Condenar la responsabilidad y reparación del daño causado por:
  - Una autoridad pública administrativa.
  - La realización de una obra pública.
  - La realización de trabajos públicos.
- Combatir los montos de impuestos directos sobre:
  - Sobre la renta.
  - Empresas.
  - Sobre la habitación.
  - Predial.
  - Valor añadido.
  - Decidir sobre impugnaciones en las elecciones municipales, cantonales, regionales y europeas (recordar que Francia es una República centralista y no cuenta con un tribunal electoral)

Presentada la demanda, el particular no puede ejercer ninguna presión para que el juez tome alguna medida a menos que demuestre un caso de urgencia. No puede solicitarle una opinión sobre lo demandado porque le quitaría imparcialidad y, finalmente, si no quiere ser multado económicamente, no puede exigir que dé entrada a una demanda notoriamente improcedente.



19-Teutli-RevFac264.indd 611 05/01/16 2:11 p.m.

En su resolución, el juez puede:

- Suspender la ejecución de un acto e imponer medidas precautorias.
- Anular una resolución administrativa. Lo que puede ser total o parcial y con o sin efectos retroactivos.
- Ordenar a la administración la ejecución de las sentencias administrativas.
- Condenar a la administración a reparar el daño causado.
- En casos de excepción se puede sustituir a la autoridad administrativa y ordenar ciertas acciones de la administración sin que haya habido un litigio. Por ejemplo, un edificio en ruinas que representa un peligro y debe ser reparado o demolido.

Las resoluciones del juez administrativo en primera instancia pueden ser combatidas en una segunda instancia ante la Corte Administrativa de Apelación, en operación desde apenas 1989, o, en algunos casos, directamente ante el Consejo de Estado.

Finalmente, hay otras jurisdicciones administrativas especializadas derivadas de leyes administrativas sobre materias específicas, que operan como tribunal de primera instancia o instancia única y sus resoluciones, salvo disposición en contrario, sólo pueden ser combatidas directamente ante el Consejo de Estado. De entre atas jurisdicciones especializadas se cuenta con:

- La Corte de Cuentas (cour de comptes).
- La Corte de Disciplina Presupuestal.
- Los Consejos de la Universidad.
- El Consejo Nacional de la Educación Superior.
- Las jurisdicciones de gremios profesionales como las de abogados, médicos, entre otros.
- Las jurisdicciones relativas a las pensiones de guerra.



19-Teutli-RevFac264.indd 612 05/01/16 2:11 p.m.

## 2. La corte administrativa de apelación

La segunda instancia de la jurisdicción administrativa es la Corte o Tribunal Administrativo de Apelación. El objetivo buscado es la revisión de la sentencia obtenida en la primera instancia. El Tribunal re-examina el caso juzgado y emite una nueva sentencia. Esta, a su vez, puede ser apelada ante el Consejo de Estado.

Existen ocho Cortes en todo el país y sus atribuciones son:

- Consultivas. Cuando su opinión es solicitada por los prefectos de alguna región.
- Contenciosas. Como instancia de apelación para sentencias de los Tribunales administrativos. Según Ricci, resuelven alrededor de 20 mil casos por año.

La demanda de apelación debe ofrecer una crítica directa y fundada respecto de la sentencia recurrida pero con argumentos diferentes a los esgrimidos en la primera instancia. Debe explicar porque considera que es ilegal y/o demostrar el daño causado que busca le sea reparado.

La Corte de apelación estudiará el asunto y emitirá una nueva sentencia en la que puede anular la anterior, modificarla o ratificarla. Si el demandante no queda satisfecho con la nueva sentencia, todavía puede acudir a la instancia suprema de la jurisdicción administrativa: el Consejo de Estado.

## 3. El consejo de estado

El antecedente más antiguo del Consejo de Estado (CE) data de 1153, durante el reinado de Luis VII: "Interventu etiam illorum qui de nostro consiglio erasn" (después de la intervención de los de nuestro consejo). Es, pues, una institución heredada del *ancien*



19-Teutli-RevFac264.indd 613 05/01/16 2:11 p.m.

*régime* y ya en la post-revolución, fue recreada en el artículo 52 de la constitución del 22 frimario (noviembre) del año VIII (1799-1800).

> Bajo la dirección de los cónsules, un Consejo de Estado estará encargado de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de la administración pública y de resolver las dificultades que surjan en materia administrativa

De alguna manera, un año después, la creación de la jurisdicción administrativa, como ya referido, se fortalece con la ley del 16-24 de agosto de 1790 que estableció: "Los jueces no podrán, […] obstaculizar de la manera que sea, las operaciones de los órganos administrativos con motivo de sus funciones".

No obstante lo anterior, como ya relatado, bien lo señalan Nava Negrete y D. Latournerie, el CE no tuvo en un principio la plenitud de jurisdicción ni la capacidad de ser instancia última. En su desarrollo se identifican claramente dos etapas. Una primera, en la que el CE tiene una justicia "retenida" y otra segunda, a partir de 1872 cuando le otorgaron la justicia "delegada" y entonces sus sentencias son ejecutorias. La ley del 24 de mayo de ese año, establecía:

> El Consejo de Estado puede decidir soberanamente sobre los recursos en materia contenciosa administrativa y sobre las demandas de anulación por abuso de poder contra los actos de las diversas autoridades administrativas.

Posteriores a las citadas, el CE quedó regulado por la ordenanza del 30 de julio de 1945 y el decreto del 30 de septiembre de 1953. Actualmente se rige por el Código de Justicia Administrativa publicado por la ordenanza del año 2000.

Hoy en día, coinciden los autores, es sin duda una de las más prestigiadas instituciones francesas. Sin embargo, su camino no fue fácil ya que en su evolución y acreditación como una jurisdicción efectiva e independiente, tuvo que enfrentarse a las autoridades administrativas generalmente dotadas de un fuerte poder político.



19-Teutli-RevFac264.indd 614 05/01/16 2:11 p.m.

Latourniere nos relata uno de los más difíciles episodios: En 1962, el CE se enfrentó directamente al Presidente de la República (nada menos que al General de Gaulle). Utilizando el artículo 11 de la constitución como un medio para reformarla, el presidente emitió una ordenanza y creó una Corte de Justicia Militar. Dicha Corte condenó a muerte a un señor Canal por acciones vinculadas a los acontecimientos de la guerra de Argelia. El CE declaró que ese artículo no era base para una reforma constitucional y, por lo tanto, la ordenanza y la Corte militar no eran válidas. La ejecución se suspendió. No obstante el "enojo" presidencial, el Consejo sobrevivió y reforzó su autonomía e independencia.

Así pues, como bien señalan D. Latournerie, y otros autores, el CE tiene dos tareas principales:

- Es consejero del Gobierno, en algunas ocasiones facultativo y en otras obligatorio por que alguna ley o la Constitución así lo exigen.
- Es la instancia (Juez) suprema de la justicia administrativa.

El Consejo de Estado está conformado, en sus niveles más altos, por funcionarios formados en la Escuela Nacional de Administración. El Consejo tiene un presidente y un vice-presidente. El presidente es el Primer Ministro, que asiste poco o nunca y el Vice-presidente es asistido por presidentes en cada una de las seis secciones en que está dividido y por un secretario general.

Cuatro son secciones administrativas especializadas: trabajos públicos, interior, finanzas y social. A partir de ellas, entre otros, a petición de los miembros del Gobierno opinan sobre los proyectos de ley y los proyectos de ordenanzas, decretos y reglamentos del gobierno.

Las otras dos secciones son:

- De Reporte y de estudios, encargada de elaborar el reporte anual del Consejo presentado al presidente de la República,



19-Teutli-RevFac264.indd 615 05/01/16 2:11 p.m.

y de realizar los estudios que le encarga el poder ejecutivo. De ser necesario, interviene para lograr que se ejecute una sentencia.

- Del contencioso. Está encargada de ejercer la justicia administrativa y está dividida en 10 sub-secciones. Según el caso, puede sesionar una o colegialmente en dos o más. Existe la Asamblea del contencioso que es la responsable de las principales decisiones.

Las atribuciones del Consejo, según Ricci, son:

- Consultivas. Que le permiten emitir opiniones que pueden ser facultativas, obligatorias o mixtas. Las opiniones se dan a petición del Gobierno sobre los proyectos de ley,[6] proyectos de ordenanzas, decretos elaborados por el Gobierno o tratados internacionales. En ocasiones el Consejo es el encargado de elaborar esos mismos proyectos (con excepción de los tratados internacionales).
- Jerárquicas. Le dan facultades y obligación de supervisar las jurisdicciones administrativas. Es el secretario general del Consejo quien controla los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelación.
- Contenciosas. Que ejerce de manera colegiada o por un juez único. El Consejo emite alrededor de 10 mil decisiones al año. Para ello es Juez:

1. De primera y última instancia para:
    i. Recursos contra decretos reglamentarios o decisiones individuales del Presidente de la República o del Primer Ministro, según lo prevé el artículo 16 de la Constitución.

[6] En Francia las iniciativas de ley pueden tener dos orígenes: uno, el Gobierno y entonces se llaman "proyectos de ley" y, otro, el Congreso y se llaman "propuestas de ley".



19-Teutli-RevFac264.indd 616 05/01/16 2:11 p.m.

ii. Recursos de anulación de actos reglamentarios de los ministros.
iii. Litigios administrativos originados por autoridades francesas fuera del territorio nacional.
iv. El contencioso respecto a las elecciones regionales, europeas y del Consejo Económico y Social.

2. De apelación respecto:
   i. Recursos contra la presunta ilegalidad o abuso de poder derivada de actos reglamentarios
   ii. Litigios derivadas de las elecciones municipales o cantonales.
3. De Casación respecto de:
   i. Las sentencias administrativas de las instancias jurisdiccionales inferiores.

El recurso de casación no está pensado para re-juzgar el fondo del asunto. Esto ya fue motivo de las instancias anteriores. El recurso de casación sólo está destinado a analizar y verificar que al proceso le fueron aplicadas correctamente las normas relativas al procedimiento y que la sentencia se basó en la correcta aplicación de las "reglas del Derecho".

El recurso de casación ante el Consejo puede ser ejercido por:

1. Las partes de un litigio de apelación sostenido ante la Corte administrativa de apelación o cualquier jurisdicción administrativa especializada.
2. Las partes de un litigio juzgado en primera instancia por un tribunal administrativo o una jurisdicción administrativa, es decir, que por disposición legal no permite apelación ante la segunda instancia.
3. Regulador Supremo de la Justicia Administrativa que deberá decidir sobre la conexidad, los reglamentos de los jueces y casos nuevos para el derecho.



19-Teutli-RevFac264.indd 617 05/01/16 2:11 p.m.

El mismo autor señala que las resoluciones se toman, dependiendo del caso, por una sub-sección, colegiadamente por dos o más sub-secciones, por sección y por la Asamblea que se conforma con el vice–presidente, los presidentes de las secciones, los dos presidentes con mayor antigüedad de la sección del contencioso, el presidente de la sub-sección concernida por el caso y el *rapporteur*, que es quien presenta el caso.

Las resoluciones del CE pueden enmarcarse en cualquiera de las siguientes cuatro alternativas:

- Rechazar el recurso de apelación.
- Anular la decisión tomada por los jueces que sentenciaron el fondo del asunto y re-enviarles el caso para un nuevo análisis y enjuiciamiento.
- Excepcionalmente, juzgar sobre el fondo del asunto.
- Re-enviar el asunto al Consejo Constitucional si fue presentado como una "cuestión prioritaria de constitucionalidad" y si lo considera conveniente.

Los incisos 3 y 4 requieren de una explicación. Respecto al punto 3. Juzgar sobre el fondo del asunto, algo que es excepcional, puede suceder cuando la demanda del particular:

- Concierne un decreto, un acto reglamentario, una circular o una instrucción de carácter general de un ministro.
- Se refiere a una decisión de alguna autoridad de control y regulación previstas en la legislación administrativa.
- Es un recurso de apelación respecto a elecciones municipales o cantonales o un caso de urgencia (referé) después de haber celebrado la audiencia. Un *referé* es un procedimiento de urgencia que permite obtener que sea solo un juez administrativo el que pueda ordenar una medida provisional-precautoria, en calidad de urgente, para salvaguardar los derechos del demandante.



19-Teutli-RevFac264.indd 618 05/01/16 2:11 p.m.

- Los jueces administrativos operan bajo el principio de la "ley-pantalla". Es decir, sólo verán por la legalidad del asunto. Velan por la aplicación correcta de las leyes sin cuestionar su constitucionalidad. Lo mismo sucede en el caso de los tratados internacionales en cuyo caso se ejerce un control de convencionalidad. La constitucionalidad de las leyes o de la forma como fueron aplicadas, al igual que de los tratados, es facultad exclusiva del Consejo Constitucional.
- Con la resolución del Consejo de Estado se termina el camino de la jurisdicción administrativa, pero puede dar inicio a la jurisdicción constitucional.

Respecto al punto 4; re-enviar el caso al Consejo Constitucional, estamos, como ya varias veces referido en este trabajo, en presencia de la "cuestión prioritaria de constitucionalidad" y del control a posteriori de la constitucionalidad.

Es por ello, que –al igual que se analizó el caso de la Corte de Casación– cuando algún particular presenta una "cuestión prioritaria de constitucionalidad" (CPC) ante el Consejo de Estado, éste revisará la solicitud y si lo considera procedente la turnará al Consejo Constitucional. De considerarlo improcedente, el CE no hace el re-envío y la sentencia apelada queda, en automático, ratificada.

El particular, al igual que en resoluciones similares de la Corte de Casación, no tiene ninguna capacidad de oposición ante la decisión del no re-envío. A su vez, el Consejo Constitucional tiene el derecho de aceptar o rechazar la demanda de CPC re-enviada por el Consejo de Estado y contra esta decisión tampoco hay recurso alguno.

Con el rechazo de los "filtros" (Corte de Casación o Consejo de Estado) o del mismo Consejo Constitucional, se da por terminado el proceso haciendo improcedente la CPC.

Pero si el caso es re-enviado y aceptado por el Consejo Constitucional, éste puede decidir derogar total o parcialmente la disposición combatida. Es claro que al abrogar o derogar la disposición



19-Teutli-RevFac264.indd 619 05/01/16 2:11 p.m.

combatida, el acto reclamado o el proceso al que la disposición le había sido aplicada, pierde su validez. En su declaración, el Consejo Constitucional puede señalar los efectos retroactivos que considere convenientes.

Con lo anterior, se termina el camino de la justicia constitucional.

## IV. Bibliografía

### 1. Libros

Devolvé, Pierre, "Le droit administrfatif", Connaissance du droit. IVeme edition, Ed. Dalloz, Paris, 2014.

Favoreu, Louis y Loïc, Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, Colección Que sais-je?, PUF, 7ª ed. Paris, 2005.

Foillard, Philippe, *Droit adminstratif*, Collection Paradigme, Larcier, 3e ed. Paris, 2014.

Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrua, México D.F.

Gicquel, J. y Gicquel, J-E, "Droit constitutionnel et institutions politiques". Ed. Montchrestien, 27e Ed. Paris 2013.

Gounin, Yves, *Droit administratif*, Hachette Superieur. Paris, 2004.

Grandguillot, Dominique, *Institutions politiques et administratives de la France*, Gualino, Lextensoeditions, 11e ed. Paris, 2014.

Latournerie, Dominique, *Le Conseil d' Etat: <au nom du peuple francais>*. Dalloz. Paris, 2005.

Nava Negrete, Alfonsom, *Derecho Procesal Administrativo*. Porrúa, México D.F.

———, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2008.

Rouault, M-C. *L'essentiel de l'organisation administrative*, Gualino, Lextensoeditions, 2e ed. Paris, 2011.

Zarka, Jean-Claude, *Institutiones politiques francaises*, Ellipses, Paris, 2009.



19-Teutli-RevFac264.indd 620 05/01/16 2:11 p.m.

## 2. Fuentes electrónicas

www.conseil-etat.fr
www.conseil-constitutionnel.fr
www.vos-droits.justice.gouv.fr
www.ordre-avocats-cassation.fr
www.legifrance.gouv.fr
www.service-public.fr



19-Teutli-RevFac264.indd 621 05/01/16 2:11 p.m.

19-Teutli-RevFac264.indd 622 05/01/16 2:11 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# LA REFORMA ENERGÉTICA Y LA INDUSTRIA NACIONAL

## ENERGY REFORMATION AND NATIONAL INDUSTRY

JORGE WITKER[1]

RESUMEN: Los procesos de innovaciones productivas, en la era de la globalización, se relacionan con el interés nacional de los países que postula crecer con equidad, en democracia, fortaleciendo la identidad nacional. Considerando que la industrialización es un proceso ligado al interés nacional de los mexicanos, las siguientes reflexiones analizan la forma como la reforma energética en implementación se aleja de los principios descritos y que se orienta primordialmente a generar ingresos que deben ser compartidos por agentes privados, animados básicamente por el lucro y los negocios.

PALABRAS CLAVE: *reforma energética; industria nacional; globalización; petróleo; Ley de Hidrocarburos.*

ABSTRACT: Innovative production processes, in the era of globalization, are related to the national interest of the countries which posits growth with equity, democracy and strengthening national identity. Considering that industrialization is a process linked to the national interest of the Mexicans, the following reflections analyzed how energy reform departs from the principles described and which is oriented primarily to generate income to be shared by private agents, animated by lucre and business.

KEYWORDS: *Energetic reform; National industry; Globalization; Oil; Hydrocarbons Law.*

SUMARIO: I. Introducción. II. La industria del petróleo. III. La reforma energética de 2013. IV. Los contratos petroleros. V. La Ronda 0. VI. Ronda 1. VII. La industria mexicana en la Ley de Hidrocarburos. VIII. La industria petrolera en el TLCAN. XI. Consideraciones finales. X. Bibliografía.

[1] Investigador nacional y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de Derecho Económico en la UNAM.

20-Witker-RevFac264.indd 623 06/01/16 5:40 p.m.

## I. Introducción

El proceso de industrialización constituye una parte fundamental en el desarrollo económico de cualquier país, pues está imbricado a la vertiente tecnológica y a las innovaciones productivas base de la competitividad externa e interna.

Los procesos de innovaciones productivas, en la era de la globalización, se relacionan con el interés nacional de los países, paradigma éste, que postula crecer con equidad, en democracia, fortaleciendo la identidad nacional e integrando y articulando diversos actores y servicios económicos y sociales de un país, en este caso México.

En este contexto, la industrialización ha jugado y juega un papel estratégico en la construcción e integración del tejido social que aspira a incluir y sumar, sectores en una interdependencia activa en que productividad, salarios, inversión y consumo dan fisonomía y potencia a los mercados nacionales.

Aceptado, que la industrialización es un proceso ligado al interés nacional de los mexicanos, las siguientes reflexiones analizan la forma como la reforma energética en implementación se aleja de los principios descritos y que se orienta primordialmente a generar ingresos que deben ser compartidos por agentes privados, animados básicamente por el lucro y los negocios.

## II. La industria del petróleo

Se identifica como industria de los hidrocarburos, al conjunto de ocho actividades, a saber:

1. Reconocimiento y exploración superficial.
2. Exploración y extracción de hidrocarburos.
3. Tratamiento, refinación, enajenación, comercialización, transporte y almacenamiento de petróleo.



20-Witker-RevFac264.indd 624 06/01/16 5:40 p.m.

4. Procesamiento, transporte, almacenamiento, distribución y expendio de gas.
5. Procesamiento, compresión, licuefacción, descompresión y regasificación de gas natural.
6. Transporte, almacenamiento, distribución y expendio al público de gas licuado de petróleo.
7. Transporte, almacenamiento, distribución y expendio al público de petrolíferos.
8. Transporte por ducto y almacenamiento vinculado a ductos petroquímicos.

De esas actividades, el artículo 27 párrafo 7, autoriza a celebrar contratos petroleros en materia de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, con el objeto de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación. Sin embargo, la reforma eleva a la categoría de actividad estratégica los energéticos, con lo cual los inversionistas privados tendrán derechos preferentes sobre actividades agrícolas, forestales, mineras turísticas, etc. En el Derecho energético comparado, todas estas actividades se acotan en tres grandes rubros:

a) Exploración y explotación de petróleo y gas (*Upstream*).
b) Actividades logísticas y de transporte de crudo y gas sin procesar.
c) Abarcar refinación de crudo y procesamiento de gas natural, junto a la comercialización de petrolíferos, petroquímicos y gasolinas (*Downstream*).[2]

La Ley de Hidrocarburos señala, en su artículo cuarto fracción veinte, al petróleo, el gas natural, condensados, líquidos del gas natural e hidratos de metano.

---

[2] Witker, Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, 10ª ed., México, UNAM, 2014, pp. 90-91.



20-Witker-RevFac264.indd 625 06/01/16 5:40 p.m.

## III. La reforma energética de 2013

La reforma energética de 2013 en México fue una reforma constitucional cuya iniciativa fue presentada por el Presidente de la República, Enrique Peña Nieto, el 12 de agosto de 2013. Fue aprobada por el Senado de la República el 11 de diciembre de 2013 y por la Cámara de Diputados un día después. El 18 de diciembre de 2013, la reforma fue declarada constitucional por el Poder Legislativo Federal; fue promulgada por el Ejecutivo el 20 de diciembre de 2013, y publicada al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación.

Las Leyes secundarias aprobadas por el Congreso de la Unión, mismas que fueron promulgadas y publicadas por el Ejecutivo Federal el 11 de agosto de 2014, permiten el ejercicio de la reforma constitucional en materia de energía publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

En el proceso legislativo ordinario se reforman 21 leyes agrupadas en nueve iniciativas; de éstas se expidieron 9 y se reformaron otras 12, a saber:

1. Ley de Hidrocarburos
2. Ley de Inversión Extranjera
3. Ley de Minería
4. Ley de Asociaciones Público Privadas
5. Ley de la Industria Eléctrica
6. Ley de Energía Geotérmica
7. Ley de Aguas Nacionales
8. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos
9. Ley de Petróleos Mexicanos
10. Ley de la Comisión Federal de Electricidad
11. Ley Federal de Entidades Paraestatales



20-Witker-RevFac264.indd 626 06/01/16 5:40 p.m.

12. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
13. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados
14. Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética
15. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
16. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos
17. Ley Federal de Derechos
18. Ley de Coordinación Fiscal
19. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo
20. Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria
21. Ley de Deuda Pública

## iv. Los contratos petroleros

La figura de Contrato fue incorporada en el séptimo párrafo del artículo 27 constitucional, el cual establece que

> Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.



20-Witker-RevFac264.indd 627 06/01/16 5:40 p.m.

Para cumplir con el objeto de las asignaciones y contratos, las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones y contratos.

Adicionalmente, en el artículo cuarto del régimen transitorio de la reforma constitucional, se previó que para llevar a cabo por cuenta de la nación las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, las modalidades de contratación deberán ser: de servicios, de utilidad compartida, de producción compartida o de licencia; incluyendo las que puedan realizar las empresas productivas del Estado con particulares, en términos del artículo 27 de la Constitución.

En cada caso, el Estado definirá el modelo contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la Nación.

Entre otras modalidades de contraprestaciones, deberán regularse las siguientes:

- En efectivo, para los contratos de servicios;
- Con un porcentaje de la utilidad, para los contratos de utilidad compartida;
- Con un porcentaje de la producción obtenida, para los contratos de producción compartida;
- Con la transmisión onerosa de los hidrocarburos, una vez que hayan sido extraídos del subsuelo, para los contratos de licencia; o
- Cualquier combinación de las anteriores.
- En cualquier caso, la nación, la Secretaría de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos escogerá la modalidad de contraprestación atendiendo siempre la maximización de los ingresos del Estado. Asimismo, la misma ley establecerá las contraprestaciones y contribuciones a cargo de las empresas productivas del Estado o de los particulares y regulará los



20-Witker-RevFac264.indd 628 06/01/16 5:40 p.m.

casos en los que se les impondrá el pago a favor de la Nación por los productos extraídos que se les transfieran.

Además del artículo 27, la regulación de los contratos petroleros se sujeta a las siguientes normas:

a) Artículo 25, párrafos cuarto, sexto y octavo;

b) Artículo 27, párrafo séptimo;

c) Artículo 28, párrafo cuarto: se suprime del artículo a la petroquímica básica como área estratégica que no constituye monopolio; con esto se permite que los particulares participen directamente bajo esquemas regulados en la cadena de valor después de la extracción:

d) Artículo 134, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

e) Quinto, Séptimo y Octavo Transitorios del "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de energía", publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013;

f) Artículos 11, 15, 18, 19, 23, 24, 26, 29, 30, 31 y 46 de la Ley de Hidrocarburos;

g) Artículos 35, 36, 37, 38 y 43 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos;

h) Artículos 3, 4, 22, fracciones I, II y IV, 38, fracción II, y 39 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética;

i) Artículos 1, 3, 5, 7, 8, 12, 15 y demás relativos de las "Disposiciones Administrativas en materia de Licitaciones de Contratos para la Exploración y extracción de Hidrocarburos", publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2014;



20-Witker-RevFac264.indd 629 06/01/16 5:40 p.m.

j) Artículo 10, fracción I, 11 y 13, fracción I inciso d), del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Hidrocarburos;

k) Lineamientos técnicos y las condiciones económicas relativas a los términos fiscales emitidos por la Secretaría y la Secretaría de Hacienda.

Los órganos e instituciones que participan en los contratos petroleros son:

a) El Fondo Mexicano del Petróleo: será el encargado de recibir todos los ingresos, con excepción de las contribuciones, que correspondan al Estado derivados de las asignaciones y los contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución. También será el responsable de administrar y realizar los pagos establecidos en dichas asignaciones y contratos y las transferencias que se especifiquen en la ley.

b) La Comisión Nacional de Hidrocarburos: como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Energía, con personalidad jurídica propia y autonomía técnica y de gestión.

c) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estas instituciones deberán coordinarse para el correcto ejercicio de sus respectivas funciones en la administración y supervisión de los contratos.

Otras instituciones que participan en torno a los contratos petroleros:

1. Pemex, pero ahora como empresa productora del Estado.
2. Fondos de Estabilización de los Ingresos Petroleros y de Estabilización de los Ingresos de las Entidades Federativas.
3. Fondo de Extracción de Hidrocarburos.
4. Los fondos de investigación en materia de hidrocarburos y sustentabilidad energética y en materia de fiscalización petrolera.



20-Witker-RevFac264.indd 630 06/01/16 5:40 p.m.

5. Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos: como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con autonomía técnica y de gestión.[3]

## v. La Ronda 0

El 21 de marzo de 2014, Pemex formalizó la solicitud de asignaciones de hidrocarburos que mandata el Transitorio Sexto del Decreto de Reforma Constitucional.

Pemex solicitó 34,800 millones de barriles de petróleo crudo equivalente (MMbpce) en recursos prospectivos, lo que representa el 31% del total del país y 20,589 millones de barriles de petróleo crudo equivalente en reservas 2P, es decir, el 83% del total de reservas 2P.

Con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, la Sener resolvió otorgar a Pemex las asignaciones para garantizar que cuente con recursos petroleros importantes para mantener un nivel de inversión en exploración, desarrollo y extracción sustentable, pudiendo acceder a nuevas áreas como resultado de las rondas en las que compita.

### 1. Resolución

Asignar a Pemex un área total cercana a 90 mil kilómetros cuadrados.

Que Pemex mantenga el nivel de producción actual de petróleo durante los siguientes 20 años y medio.

Con esta resolución Pemex se ubica en el 5° lugar, en términos de reservas probadas, entre las empresas que reportan a los mercados financieros.

---

[3] *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *Critica a la reforma constitucional energética 2013*, México, UNAM, 2014.



20-Witker-RevFac264.indd 631 06/01/16 5:40 p.m.

### 2. Datos Relevantes

Pemex se queda con las áreas en exploración y los campos que estén en producción, más atractivos y rentables, manteniendo: 20,589 MMbpce en reservas 2P, lo que equivale al 100% del volumen de reservas 2P solicitadas por Pemex; 23,447 MMbpce en recursos prospectivos, lo que equivale al 68% de los recursos de este tipo solicitados por Pemex.

La experiencia de las reformas de Brasil (1997) y Colombia (2003) muestra que el mecanismo de "Ronda Cero" fue eficaz para fortalecer a las empresas estatales, para estimular la participación de otras compañías que contribuyan a la producción de hidrocarburos y para incrementar la renta petrolera del Estado.[4]

## VI. Ronda 1

Es la primera licitación abierta al sector privado nacional y extranjero, que tuvo lugar el 15 de julio del presente año, y que intentó licitar 14 bloques de campos de petróleo pesado en el Golfo de México para aguas someras, y que se fijó un precio de costo productivo por barril de US$ 20, proyectando como precio a futuro de US$ 60 por barril. En esta Ronda inexplicablemente Pemex declinó participar, a pesar de tener en sus manos la más completa información sobre estos campos de aguas someras.

De los 14 bloques, sólo se adjudicaron 2: los correspondientes al Bloque 2 y Bloque 7, totalizando sólo el 30% de la inversión total que esperaba tanto la Secretaría de Energía como la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Las empresas adjudicadas correspondieron a la mexicana Sierra Oil & Gas, la estadounidense Talos Energy y la inglesa Premier Oil. El tipo de contratos de estas dos li-

[4] Este texto reproduce la información sacada de la página web de la Secretaría de Energía, consultado en: http://www.energia.gob.mx/webSener/rondacero/_doc/Ficha_tecnica_R0.pdf.



20-Witker-RevFac264.indd 632 06/01/16 5:40 p.m.

citaciones, al parecer, será los de utilidad compartida, puesto que se dice que el Estado mexicano obtendrá el 74% y 84% de utilidades respectivamente. Se tienen programados tres licitaciones para septiembre-diciembre, con fines de extracción y en campos de reservas probadas en un 50%. La cuarta licitación, sin fecha aún, será para aguas profundas y semiprofundas, y de experiencia, inédita para México en el sector de los recursos energéticos, bajo criterios de transparencia y publicidad.[5]

## VII. La industria mexicana en la Ley de Hidrocarburos

Como el perfil de la reforma es fundamentalmente orientado a captar ingresos y no a vincular el recurso petrolero a cadenas productivas de valor nacional, la presencia de la industria nacional en dicha actividad está subordinada y ubicada como un complemento accesorio a las inversiones privadas, fundamentalmente de origen extranjero o transnacional.

Este carácter subordinado a dichos intereses se evidencia en el artículo 46 de la Ley de Hidrocarburos, en el cual, se establece un complejo sistema de graduación en cuanto al contenido nacional o valor agregado interno que la industria mexicana pueda aportar a los proyectos productivos extranjeros.

En efecto, en principio se establece, como regla general, que la industria nacional deberá participar en los distintos contratos o asignaciones para la exploración y explotación de hidrocarburos, con un porcentaje de un 35% como mínimo, cuestión que aparentemente abre perspectivas de cierta participación de la producción nacional en dichos proyectos productivos.

Sin embargo, el mismo artículo establece que cada proyecto y cada contrato tendrá un contenido nacional diferente y menor que

---

[5] Sigler, Edgar, y Meana, Sergio, "Ronda 1 inicia con sólo dos de catorce bloques; Hacienda revisa sus criterios", *El Financiero*, jueves 16 de julio de 2015, pp. 4 y ss.



20-Witker-RevFac264.indd 633 06/01/16 5:40 p.m.

el 35% antes mencionado, pues se entrega competencia exclusiva al respecto a la Secretaría de Economía para fijar caso a caso el respectivo contenido nacional exigible a cada empresa o proyecto. Por ejemplo, anexamos el siguiente párrafo, correspondiente al Contrato al 09 de junio de 2015:

> Contenido Nacional. El Contratista tendrá las siguientes obligaciones: (a) En el Período de Exploración: (1) Cumplir con un porcentaje mínimo de contenido nacional de trece por ciento (13%) del valor de los conceptos señalados en la Metodología que se hayan adquirido o contratado para las Actividades Petroleras durante el Período de Exploración, el cual será verificado anualmente, por la Secretaría de Economía conforme a dicha Metodología y a la Normatividad Aplicable (…)".[6]

Los rubros a considerar en esta metodología *ad hoc* de la Secretaría de Economía son: bienes y servicios contratados, considerando su origen; la mano de obra nacional y de trabajo calificada; la inversión de infraestructura física local y regional; y, la transferencia de tecnología.

La discrecionalidad que se observa en este sistema de fijación del contenido nacional, potencia situaciones complejas y poco transparentes, pues en el fondo cada contratista extranjero va a proponer sistemas de contenido nacional hechos a su medida y sin consideración alguna a factores productivos nacionales que, en otras circunstancias, deberían participar activamente en la producción de un recurso natural estratégico perteneciente a todos los mexicanos.

Por último, y como corolario de esta política de subordinación a intereses privados extranjeros, el propio artículo 46 que comentamos cierra con el siguiente texto: "LA APLICACIÓN DE ESTE ARTÍCULO SERÁ SIN PERJUICIO DE LO DISPUESTO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y ACUERDOS CO-

[6] Información tomada de la página web de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, http://ronda1.gob.mx/Espanol/pdf/PDF-L-01/R01L01_Contrato-individual_20150609.pdf.



20-Witker-RevFac264.indd 634 06/01/16 5:40 p.m.

MERCIALES SUSCRITOS POR MÉXICO". Esta alusión a los tratados internacionales implica que la Secretaría de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, y la propia Secretaría de Economía, están impedidas de aplicar o establecer criterios de contenido nacional, pues los tratados, especialmente el TLCAN, prohíbe terminantemente a los Estados imponer restricciones o limitaciones a la libertad absoluta de los inversionistas para operar en las actividades económicas respectivas.

## VIII. La industria petrolera en el TLCAN [7]

La reforma energética abrió al sector de hidrocarburos y gas a la inversión privada nacional y extranjera. Por tal circunstancia, a los inversionistas extranjeros y a los Estados miembros del TLCAN les aplica en toda su integridad el artículo 1106 del Capítulo XI de dicho tratado, y que por corresponder a la jerarquía jurídica de un tratado internacional, de acuerdo al artículo 133 de la Constitución General de la República, aplica sobre la Ley de Hidrocarburos que, en su carácter de legislación secundaria, es autoaplicativo y por lo tanto tiene preeminencia por sobre todas los demás cuerpos normativos secundarios.

Por la relevancia del tema, pasamos a transcribir textualmente este artículo del TLCAN:

> Artículo 1106. Requisitos de desempeño.
>
> 1. Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer incumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte de su territorio para:
>
> a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;

[7] *Cfr.* Oropeza García, Arturo, (coord.), *El TLCAN, 20 años ¿Celebración, desencanto o replanteamiento?*, México, UNAM, 2014.



20-Witker-RevFac264.indd 635 06/01/16 5:40 p.m.

b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;

d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;

e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen divisas;

f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o

g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

2. La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medioambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 1(f). Para brindar mayor certeza, los Artículos 1102 y 1103 se aplican a la citada medida.

3. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio;



20-Witker-RevFac264.indd 636 06/01/16 5:40 p.m.

c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas a dicha inversión; o

d) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

4. Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al requisito de que se ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.

5. Los párrafos 1 y 3 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.

6. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) o (c) o 3 (a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:

(a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;

(b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o

(c) la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.

## XI. Consideraciones finales

Según lo descrito precedentemente, la industria nacional, tendrá poca participación en la producción energética derivada de la reforma constitucional de 2013. Consecuencia de dicha reforma, es que su objetivo esencial es utilizar el petróleo sólo como fuente de ingresos y tributos, al margen de las políticas industriales del desarrollo



20-Witker-RevFac264.indd 637 06/01/16 5:40 p.m.

nacional. Con ello, se propicia una economía energética de enclave, generadora de contribuciones monetarias para seguir financiando los presupuestos federales, sin los efectos multiplicadores que tuvo en las décadas de los cuarentas a los sesentas del siglo pasado.[8]

Lo anterior, jurídicamente se corrobora con la subordinación del artículo 46 de la Ley de Hidrocarburos al artículo 1106 del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que por la trascendencia y poca divulgación al respecto, nos hemos permitido transcribir textualmente en este artículo.

## x. Bibliografía

Cadena Afanador, Walter René, *La Nueva Lex Mercatoria. La transnacionalización del Derecho*, Colombia, Facultad de de Derecho de la Universidad Libre, 2004.

Cárdenas, Jaime, *La Reforma Energética*, México, UNAM, 2014.

Colmentier, Ricardo, y Henríquez, David (ed.), *Transacciones Petroleras internacionales en América Latina*, México, ITAM, 2011.

Piketty, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, Estados Unidos, Harvard University Press, 2014.

Varios Autores, *Contratos: tradición y globalización*, vol. II, Jalapa, Universidad Veracruzana, 2007.

Witker, Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, 11ª ed., México, UNAM, 2015.

Zapatero, Pablo, *Derecho del Comercio Global*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

[8] Calva, José, *Nueva estrategia de industrialización*, México, Juan pablo Editor, 2012, pp. 9 y ss.



20-Witker-RevFac264.indd 638 06/01/16 5:40 p.m.

# Varia

## Several

20-Witker-RevFac264.indd 639 06/01/16 5:40 p.m.

20-Witker-RevFac264.indd 640 06/01/16 5:40 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# ALFONSO NORIEGA CANTÚ: LA JUSTICIA DE LA BONHOMÍA[1]

FERNANDO SERRANO MIGALLÓN[2]

SUMARIO: I. Una presencia que construye. II. La fuerza de la vocación. III. Sus lecciones de amparo. IV. El ámbito vital. V. Un abogado en el mundo. VI. Escribir para formar, leer para crecer. VII. El *Chato Noriega*, el festín de la vida.

## I. UNA PRESENCIA QUE CONSTRUYE

Hay presencias que señalan, otras que marcan y unas pocas que construyen. De entre estas últimas, la de Alfonso Noriega Cantú, para muchas generaciones de abogados mexicanos, para mí en lo personal, y para quienes convivieron con él, resulta de profundo significado. Un abogado comprometido con la legalidad, con la justicia y con las mejores causas de nuestro país; un escritor fino y directo; pero, sobre todo, un ser humano con una sensibilidad y un sentido del bien, que hacían de él el prototipo de la bonhomía y de la proximidad. Para hablar de Noriega Cantú es necesario acercarse a un modelo de jurista que cada vez es menos frecuente; un abogado, en el que el saber es una función de su moral, en el que el conocimiento técnico de las normas es apenas el instrumento para alcanzar valores superiores, en el que la cultura no es lujo ni presunción, sino la mejor manera para caminar por encima de los escollos de la vida y en el que la palabra –dotada de un humor que delataba en él una personalidad enorme– era el don de la comunicación y del afecto.

[1] Conferencia leída en la sesión de la Academia Mexicana de la Lengua, el día 25 de marzo de 2010.

[2] Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

21-Serrano-RevFac264.indd 641 06/01/16 5:41 p.m.

Alfonso Noriega Cantú fue miembro de la Academia Mexicana de la Lengua de acuerdo con la tradición que impone la presencia de al menos un abogado entre sus miembros, pero también gracias a una obra jurídica caracterizada por su claridad y su accesibilidad aun para los legos en el Derecho y desde luego, por una tarea docente y pedagógica en la que comprometió el buen uso del idioma como garantía de comprensión en los futuros abogados. En fin, un hombre que supo honrar, y de la mejor manera, su compromiso como jurista, como mexicano y como universitario. Situarlo hoy, en tinta y papel, aprisionar su personalidad entre las páginas de este trabajo es acaso una temeridad y sin embargo, un servicio necesario para la memoria de esta Academia y un placentero paseo por la vida del que fue uno de los más entrañables directores de la Facultad de Derecho de la UNAM y de los más comprometidos miembros de su Junta de Gobierno.

Entregado a su sociedad y a su época, Noriega Cantú presenta una serie de rostros y legados que merecen ser analizados como un termómetro de su tiempo, pero también como manifestaciones de lo que podríamos llamar, el héroe de su circunstancia o el conquistador de su hogar; un hombre cuya vocación en la construcción del mundo está en contribuir a su entorno inmediato y hacerlo de manera extraordinaria. A diferencia de quienes la circunstancia o el siglo ponen en medio de acontecimientos extraordinarios y se comportan a la altura de lo que de ellos se espera y aun lo hacen con dotes magníficos −Isidro Fabela, por ejemplo−, otros, como Alfonso Noriega, están llamados a mejorar la existencia, la suya y la de los demás, en el frente sereno de cada día, en la enseñanza, en el foro en el caso de los abogados y sobre todo en el ejercicio de la profesión más ardua que existe y cuyos secretos pasan de padres a hijos y de maestros entrañables a alumnos dedicados: el oficio de ser humano.

Las obras de Alfonso Noriega quedaron como constancia de su pensamiento, pero ello no basta si consideramos que su propia



21-Serrano-RevFac264.indd 642 06/01/16 5:41 p.m.

persona fue su obra más acabada y también la más entrañable; sin embargo, el tiempo actúa contra la memoria con más furia que contra los textos, en algunas décadas todos los que fuimos testigos de su personalidad y de su trabajo lo habremos acompañado en la partida. Para una obra enorme pero frágil ante los embates del tiempo, hay que anteponer el único remedio posible, uno que Noriega defendió como el más humano y el más eficiente: la palabra.

## II. La fuerza de la vocación

No todas las vocaciones son iguales, de hecho, siendo los humanos seres complicados, enfrentados siempre a situaciones complejas, podemos decir que cada vocación es absolutamente particular, diferente de cualquier otra y legible sólo para quien la experimenta; si tuviéramos que definir la vocación de Noriega Cantú, tendríamos que acuñar una completamente nueva: educar con el ejemplo. Alfonso Noriega Cantú nace con el siglo XX, en 1907, hijo de don Alfonso Noriega Laso y Sara Cantú de Noriega.

Alfonso Noriega experimentó muy pronto la vocación docente; apenas unos meses después de haber obtenido su título de licenciado en Derecho por la antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de México, lo encontramos sirviendo las clases humanísticas de la Preparatoria del Colegio Francés "Morelos", en el que también había sido alumno, en materias como lógica, ética, historia de las doctrinas filosóficas o de la literatura universal.

En su primer magisterio comprendió, rápidamente, que lo importante en la formación preparatoriana no es la infusión de datos ni la construcción de una currícula científica impecable, sino en prepararar para la vida; en crear hábitos virtuosos y formar caracteres vitales; de ahí que se dedicara –como recuerdan quienes fueron sus alumnos– con mayor énfasis a enseñar la liberación del espíritu por la cultura y el saber y no sólo formar coleccionistas de



21-Serrano-RevFac264.indd 643 06/01/16 5:41 p.m.

informaciones inertes; tal vez por esta identidad de espíritu estaría destinado a ser el principal biógrafo de don Gabino Barreda.[2]

Pero no sería sino en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en donde Noriega desarrollaría al máximo su vocación magisterial y cumpliría su misión de formar generaciones completas de mexicanos al servicio de la sociedad y la justicia. Sirvió su cátedra de Juicio de Amparo con diligencia ejemplar por cuarenta años; en 1971, fue nombrado Profesor Emérito de la Facultad de Derecho, en 1979, fue investido Doctor *Honoris Causa* por la UNAM y en 1987 le fue conferido el Premio Universidad Nacional Autónoma de México.[3]

Aun para quienes no lo conocieron, o para las nuevas generaciones de la Facultad de Derecho, el aura del maestro comprensivo, inteligente y fraterno se convirtió en una leyenda; para quienes tuvieron la fortuna de escuchar sus cátedras, éstas se volvieron, con los años, en una nota esencial para su propia idea del abogado y del jurista.

Alfonso Noriega Cantú definió todo un estilo de la docencia universitaria que ha trascendido el tiempo y las instituciones. Durante décadas, muchas jóvenes vocaciones se sintieron atraídas por el modelo del abogado culto, conocedor de la historia y la literatura, que integraba en una personalidad el conocimiento de las ideas pero también del mundo, que podía interpretar los mandatos de la ley y también conocer las grandezas e indigencias de la condición humana, el hombre del mundo y para el mundo. Podemos afirmar, sin asomo de duda, que si un maestro de la Facultad de Derecho supo encarnar ese ideal, ése fue Alfonso Noriega Cantú. Después de él, inspirados por él mismo o por sus discípulos, ese modelo de maestro ha podido permanecer y sin embargo, ante el embate de la

---

[2] Noriega Cantú, Alfonso, *Vida y obra del Dr. Gabino Barreda*, México, Biblioteca mexicana, Porrúa, 1969.

[3] *Cfr.* Fernández Ruiz, Jorge, "Remembranza de don Alfonso Noriega Cantú" en Noriega Cantú, Alfonso, *Testimonios*, México, IIJ-UNAM, 1989.



21-Serrano-RevFac264.indd 644 06/01/16 5:41 p.m.

tecnología, de la velocidad y de la superespecialización parece hoy más lejano que nunca, hoy, cuando es más necesario que nunca.

## III. Sus lecciones de amparo

Aunque deberemos describir más adelante su ejercicio con la pluma, hay que destacar un libro fundamental en la historia de la literatura jurídica mexicana y que se complementa con su magisterio: sus *Lecciones de Amparo*.[4] En la sencillez del título se encierra uno de los más importantes tratados en cuanto al juicio de garantías en México, es decir del recurso del ciudadano frente a los actos del gobierno que violenten sus garantías individuales. Es ciertamente docto el texto del maestro Noriega, pero a diferencia de muchos otros que la Academia Mexicana ha generado para este tema, es también sumamente formativo; como ejemplo, véase su expresión en torno a la responsabilidad del Estado:

> He insistido en el problema de la responsabilidad, con la esperanza de que si estas lecciones llegan a manos de jóvenes estudiantes o abogados, susciten en ellos el sentido de la lucha por el Derecho y hagan realidad el exigir responsabilidades cuando éstas existan, en bien de la depuración del juicio de Amparo y de la justicia en México.[5]

Debe decirse, además, que este libro es la culminación de todo un proceso intelectual, académico y jurídico que comienza con su época de estudiante, como consta en su tesis de licenciatura: *El juicio de Amparo. Su verdadero origen y causas de su evolución*.[6] Hasta ahora, he-

---

[4] Noriega Cantú, Alfonso, *Lecciones de amparo*, México, Porrúa, 1975. (2ª ed., 1980). Refundido en Noriega Cantú, Alfonso, *Obra jurídica mexicana. El juicio de amparo*, México, Procuraduría General de la República, 1985.

[5] Citado por Valadés, Diego, "Homenaje al doctor Alfonso Noriega" en Noriega Cantú, Alfonso, *Testimonios… op. cit.*

[6] Noriega Cantú, Alfonso, *El juicio de Amparo. Su verdadero origen y causas de su evolución. Crisis del Juicio de Amparo. Ensayos sobre Derecho Constitucional Mexicano*,



21-Serrano-RevFac264.indd 645 06/01/16 5:41 p.m.

mos hablado del magisterio de Noriega y no de una labor docente; desde luego, ello no es ocasional, antes bien señala la diferencia sustancial entre el oficio y la vocación, entre el trabajo y la misión en la vida. De cierto modo, los textos sobre Amparo escritos y publicados por el maestro dan la impresión de ser mucho más que documentos técnicos altamente especializados y excelentemente realizados, auténticas invitaciones a despertar, en sus alumnos y lectores, la pasión por la justicia que encarna el juicio de Amparo. En su introducción a sus lecciones de Amparo, declara el móvil de sus reflexiones:

> Me animó la idea de intentar que quienes han decidido abrazar la profesión de abogados conozcan y se interesen por la institución más noble y digna de amor y devoción que existe en el derecho nacional..., sincero entusiasmo y fervor por la más noble y fecunda institución jurídica nacional.[7]

## IV. EL ÁMBITO VITAL

Resulta un tanto complejo hablar del espacio vital de Alfonso Noriega Cantú; acaso, el más señalado de ellos haya sido la Universidad Nacional Autónoma de México y a esa relación dedicaremos unas líneas; sin embargo, es justo decir que, para Noriega, el mundo era su casa y su lugar, pero el mundo como lo entendía Alfonso Reyes:

> En fin, que nuestro mundo —el mundo del que ahora hablamos— podría definirse como la suma de todos los órdenes de cosas posibles: el orden real y el irreal, el natural y el sobrenatural, el material y el espiritual, el del conocimiento y el de la fantasía, el visible y el invisible, el humano y el extrahumano. Es decir: todo lo que existe, y de cualquier modo que exista: en la teoría o en la práctica, en la

México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNAM, 1930.

[7] NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *op. cit.*, citado por CHÁVEZ CAMACHO, Armando, "Alfonso Noriega Cantú, jurista y hombre total" en NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Testimonios… op. cit.*



21-Serrano-RevFac264.indd 646 06/01/16 5:41 p.m.

> verdad o en la mentira, en el bien o en el mal, belleza o fealdad, pena o gozo.[8]

Alfonso Noriega disfrutó, como pocos lo hacen, la Universidad, la hizo su casa y su espacio porque vio en ella una metáfora del mundo; apreció en ella lo sublime y lo cotidiano, la exposición a las grandes ideas y la conversación de cada día, la charla con el erudito y las dudas del estudiante, las congojas del colega ya entrado en años y el entusiasmo sin causa del adolescente. Lejos de ver a la Universidad como la torre de marfil que pudiera separar a los doctos de los ignorantes, supo concebir a la Universidad como la vanguardia de un México mejor, de un país en que lo mismo convivían campesinos que intelectuales y obreros como artistas. Aún quedan testigos de cómo Noriega gozaba de su tiempo en la Universidad, del afecto con el que recorría sus espacios y en la forma inefable como conocía sus mecanismos y sus formas de reacción; para el maestro, la UNAM era un organismo viviente y más que eso, una persona con la que se podía convivir y que merecía cuidado, respeto y admiración.

En 1967, se constituyó el Colegio de Profesores de Amparo y Alfonso Noriega fungió como su presidente fundador, los documentos señalan que no hubo siquiera discusión sobre quién debería echar a andar ese Colegio que es una de las principales uniones docentes de la Facultad de Derecho. En realidad, esta capacidad de concitar voluntades era producto de un amable liderazgo, de una personalidad atractiva por su generosidad y cortesía y, al mismo tiempo, por un enorme conocimiento del derecho que aparecía como una emanación de su bondad, lejos de cualquier pedantería.

Alfonso Noriega conoció la Universidad con una profundidad que sólo alcanzan quienes dedican su vida a ese complejo universo; la UNAM reconoció su esfuerzo y contó con él en las más diversas

---

[8] Reyes, Alfonso, "Andrenio, perfiles del hombre", en *Obras completas*, México, FCE, t. XX, 2000, p. 413.



21-Serrano-RevFac264.indd 647 06/01/16 5:41 p.m.

trincheras; fue su Oficial Mayor en 1939 y en 1941, su Secretario General entre 1942 y 1943 y, de gratísima memoria, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, entre 1943 y 1944. Fue miembro de la Comisión Dictaminadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y, durante doce años, fue miembro del más alto cuerpo colegiado de la Universidad, la Junta de Gobierno, haciendo toda una época en ella, contribuyendo a darle carácter y personalidad a una asamblea que, tradicionalmente, acoge a lo mejor del pensamiento nacional; respecto a sus tareas en la Junta de Gobierno, Fernández Ruiz comenta:

> Siempre estuvo animada por su convicción de entender a la Universidad Nacional como una comunidad de cultura al servicio de la sociedad, de la cual era indispensable erradicar el desorden, la anarquía y la demagogia, para asegurar la superación académica y preservar su autonomía, que tanto defendió y promovió, por considerarla fundamental para la libertad de cátedra y de crítica, a su vez indispensables para el desarrollo de la cultura, sin discusión uno de los compromisos primordiales de la Universidad frente a la Nación.[9]

Aunque con carácter de provisional, el maestro Noriega fue Rector de la Universidad, nombrado el 16 de noviembre de 1942, fue ésa una más de las acciones que tuvo que tomar para defender a las instituciones universitarias; son muchos los que recuerdan cómo el 22 de agosto de 1978, al ordenar los papeles que el día de su muerte había dejado en su mesa de trabajo, fue encontrado el último de sus escritos, un alegato en favor de la Universidad que fue publicado en *Excélsior*, pocos días después de su partida.

Don Pedro Ramírez Vázquez, en su evocación de Alfonso Noriega Cantú, expone el credo universitario del maestro:

> Ser universitario es un título de honor y un privilegio; como tal, confiere derechos, pero sobre todo impone obligaciones. Nosotros

[9] FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*



21-Serrano-RevFac264.indd 648 06/01/16 5:41 p.m.

> sabemos, porque así nos lo enseñó la realidad antes de que lo postulara un filósofo español con palabras insuperables: la Universidad debe estar abierta a la plena actualidad; más aún, tiene que estar en medio de ella, sumergida en ella y no tan sólo porque la excitación animadora del aire libre histórico convenga a la Universidad, sino también porque la vida pública necesita urgentemente la intervención de la Universidad como tal; pero, si queremos cumplir esta noble tarea, debemos ante todo, tener en cuenta la grave responsabilidad que esto implica y la necesidad ineludible de una orientación interior firme y segura, que nos haga dignos de ella.[10]

## v. Un abogado en el mundo

Hubo, sin embargo, muchos espacios que reclamaron la presencia de Noriega y los cuales atendió con la misma pasión que supo dedicarle a la Universidad; podemos decir que su capacidad, casi ubicua, de comparecer en tribunales, de asistir a reuniones de colegas y participar en sus más importantes cuerpos colegiados y de dedicar horas a la creación literaria y alcanzar un lugar en la Academia Mexicana de la Lengua no eran sino manifestaciones de una intensa pasión por la vida; sin duda, junto con la enseñanza su vocación era vivir.

Alfonso Noriega fue abogado postulante; la principal de las profesiones jurídicas y la que justifica todo el edificio que en su conjunto ha creado el derecho; celebérrimos académicos han dicho que todos los juristas, por lo menos una vez en su vida deberían pasar por los tribunales, o en palabras de Rolando Tamayo y Salmorán, siguiendo a Dworkin, que todo jurista debe ensuciarse un poco los dedos con el polvo de los tribunales. Tanto para sus representados, como para sus colegas y alumnos, don Alfonso encarnó el ideal del abogado culto y cercano, casi la viva imagen del antiguo médico familiar, el de cabece-

[10] *Cfr.* Ramírez Vázquez, Pedro, "Alfonso Noriega Cantú: Humanista y Maestro" en Noriega Cantú, Alfonso, *Testimonios… op. cit.*



21-Serrano-RevFac264.indd 649 06/01/16 5:41 p.m.

ra, que conocía a sus pacientes, sus hechos y sus problemas. Diligente, responsable, siempre dispuesto a honrar su profesión.

Noriega se mantuvo cerca de sus colegas, a sus contrapartes nunca las vio como enemigos, sino como compañeros en la búsqueda de la justicia y la verdad, aun en las diversas trincheras de los intereses de sus clientes. Miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, fue habitual autor de su revista *El foro*. Asimismo, fue miembro distinguido de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación y de la Asociación Nacional de Abogados, de la que fue presidente.[11] El maestro tenía una confianza inquebrantable en la colegiación, no por considerarla obligatoria o requisito para el ejercicio de la profesión, sino por la cantidad de energía que puede acumular el diálogo y el concierto de las voluntades; su presencia en todas esas instituciones se tradujo en apoyo y en esfuerzos compartidos. Sus colegas lo vieron siempre como al maestro y, por norma de conducta, nunca hizo valer su jerarquía para desalentar los esfuerzos de compañeros menos dotados o menos preparados.

Todavía habría que hablar de un espacio más en la vida de Alfonso Noriega Cantú. La Academia Mexicana de la Lengua, a la cual se incorporó el 7 de marzo de 1975. Esta casa fue para Noriega la causa de uno más de sus servicios a la sociedad. Siguiendo la divisa de uno de los más celebrados de nuestros directores, el universitario siempre coincidió en pensar que, como decía Alfonso Reyes, "para las cosas de la razón la lengua es bastante".

## VI. Escribir para formar, leer para crecer

Si la Universidad fue para Noriega ámbito de lucha y compromiso, la Academia sería espacio de estudio y lúdico servicio. El buen uso del idioma fue para Noriega motivo de gozosa reflexión como lo era la literatura; en alguna ocasión, extraordinaria por su tema y por su carácter, lo invitaron a redactar un texto peculiar, se trataba de la

[11] Fernandez Ruiz, Jorge. *op. cit.*



21-Serrano-RevFac264.indd 650 06/01/16 5:41 p.m.

introducción al número 129, de la revista *Artes de México*, sobre los niños de nuestro país.[12] Su invitación a conocer el mundo fascinante de los niños, sus inclinaciones estéticas y su libérrima expresión nos presentan a un autor cuyo dominio de la lengua se traduce en sencillez y claridad, en una escritura que se goza y que se disfruta como una función vital, casi sin esfuerzo.

Pero es sin duda en sus estudios sobre el Siglo de Oro donde encontramos esta rara conjunción de elementos que proveen de una literatura singular. Se trata de *El humorismo en la obra de Lope de Vega*.[13] Si bien el trabajo parte de una profunda admiración, busca también la humanización del autor y su incorporación al gusto cotidiano por las letras, en cierto lugar de su texto afirma:

> Por mi parte, siempre he considerado que Lope debe ser conocido y estimado por su grandeza, como hombre y como no basta con ser sabio profesor, cargado de ciencia, ni tampoco un profesional de la investigación, con juicio sibilino o simplemente ingenioso para entender a Lope en altura y profundidad; al Lope hombre y dramaturgo, al Lope vivo y entero la crítica sabia y profunda no basta, en mi opinión, es necesario acercarse a Lope lo más posible, acercarse a su grandeza y es necesario para ello identificarse por lo menos un poco con el poeta, tener un espíritu lopezco, al menos por reflejo, por reverberación.[14]

Esta compenetración entre el lector y el autor son parte de ese afán de vivir, de apoderarse del mundo para reconstruirlo en una especie de energía vital que no podía detenerse ante nada. Este texto debe leerse de forma conjunta con otro de sus textos literarios, su discurso de ingreso a la Academia: *Derecho y arte literario.*

---

[12] *Cfr.* Alatriste de la Fuente, Miguel, "Aproximaciones al pensamiento de Alfonso Noriega Cantú", en Noriega Cantú, Alfonso, *Hablemos de niños*. En Noriega Cantú, Alfonso, *Testimonios… op. cit.*

[13] Noriega Cantú, Alfonso, *El humorismo en Lope de Vega*, México, UNAM, 1976.

[14] *Cfr.* Margáin, Hugo B., "El maestro Alfonso Noriega", en Noriega Cantú, Alfonso, *Testimonios… op. cit.*



21-Serrano-RevFac264.indd 651 06/01/16 5:41 p.m.

Durante muchas décadas, casi el siglo, podríamos decir, la relación entre la literatura y el derecho ha sido difícil y oscila entre la rendición completa y la negación absoluta; para los muy formalistas el término literatura aparece como una mala palabra, decir, "eso es literatura", es sinónimo de decir, falto de sustancia, palabrería, invento; pero para quienes consideran, como Noriega, que el Derecho es mucho, pero mucho más que sólo formalismos, requisitos y consecuencias mecánicas, la literatura aparece como fuente de gozo intelectual y también como un ágil mecanismo para la comprensión del mundo y de los fenómenos jurídicos. Bien dice François Öst que más puede aprenderse sobre bancarrotas y concursos mercantiles, en una buena novela de Balzac que en muchos malos libros de Derecho.

Para Alfonso Noriega, el Derecho es también un arte social dotado de su propia estética y estilo: "El Derecho lleva en su misma naturaleza el intrínseco apetito de un bello ideal: el arte de adivinar constantemente sociedades más justas y fraternales".[15]

Así como en la vida Noriega no despreciaba nada que le permitiera vivir más intensa y felizmente, en cuestiones de la inteligencia nunca renegaba de algún aporte que cualquier forma de conocimiento pudiera darle una luz para la comprensión del mundo, de ahí que en completa coherencia procure ver el Derecho como una disciplina integradora de la actividad humana en sociedad, algo que con mucho supera las visiones formalistas y parciales del Derecho:

> Un pueblo que se educa nomás en la ciencia —recuerdo una vez más a Caso— es un pueblo sin entusiasmo, sin ideal. La ciencia es puro egoísmo, puro interés de conocimiento, propósito siempre reiterado de pensar, con el menor número de nociones, el mayor número de fenómenos diversos. El defecto fundamental de la educación puramente científica, desde el punto de vista moral es que implica una práctica asiduamente egoísta y utilitaria, no sólo incompleta sino peligrosa. La ciencia es una economía del esfuerzo vital, un fruto

[15] *Cfr.* RAMÍREZ VÁZQUEZ, Pedro, *op.cit.*, en NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Testimonios… op. cit.*



21-Serrano-RevFac264.indd 652 06/01/16 5:41 p.m.

> de la vida biológica –tolérese el pleonasmo– como la misma inteligencia humana. Los jóvenes que reciben sólo educación científica tienen que convertirse, *a fortiori*, en nimios calculadores, egoístas, sistemáticamente egoístas.[16]

## VII. El *Chato Noriega*, el festín de la vida

He dejado para el final la evocación más fina de todas. La de un maestro, abogado, escritor e historiador excepcional por su calidad humana. He dejado para el final, la forma afectuosa en la que sólo algunos pudieron llamarlo en vida pero que, como para acercarlo y apropiarlo, hemos generalizado para reconocerlo: Chato.

Quienes tuvimos la gran fortuna de ser sus alumnos, lo recordamos con admiración, con respeto, pero sobre todo, con afecto y cariño. Sin margen de error puedo decir que una parte importante del carácter y de la identidad de la Facultad de Derecho hoy, la debemos al trabajo y a la presencia de don Alfonso; que tanto el foro mexicano como la propia Ley llevan consigo la herencia del maestro.

Dedicado a la Universidad y especialmente a la Facultad de Derecho, conoció la Institución desde su entraña, es decir, desde el contacto cotidiano con los estudiantes; preocupado por sus dudas e intereses, por su crecimiento y por la formación de su carácter, más allá de las aulas, yendo directamente al centro de su personalidad, tenía el extraño don de saber ver en cada joven que se le acercaba al hombre o a la mujer que llegarían a ser con el tiempo. Por eso muchos lo recordamos como el maestro amigo, el mentor, el ejemplo.

Podríamos decir mucho más de su paso como maestro universitario, como Secretario General de la Universidad, como Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, como Cofundador del Posgrado en Derecho. Pero aun así, teniendo su currículum a la vista, apenas alcanzaríamos a vislumbrar una fracción de su personalidad. Autor prolífico, doctrinario ejemplar, sus ideas y sus tesis

[16] *Idem.*



21-Serrano-RevFac264.indd 653 06/01/16 5:41 p.m.

son materia constante de nuestra reflexión y son parte de nuestra concepción del Derecho, pero es su personalidad, su recuerdo y su ejemplo, el legado más querido para nosotros.

Pero toda la obra de don Alfonso Noriega Cantú, no se compara con la herencia del querido *Chato* Noriega, ninguna de sus letras supera la fuerza de su alegría de vivir ni el poder de su ejemplo.

Esto sucede sólo con aquellos maestros que saben dar a su enseñanza la categoría de ejemplo, que es el auténtico elemento formador de la cultura. Podría destacar al menos tres factores esenciales de la personalidad de Alfonso Noriega que transmitió a sus estudiantes.

El *Chato* Noriega fue, ante todo, un hombre culto, poseedor de un enorme bagaje intelectual que lo hacía un conversador especialmente dotado; cultivado también, en el sentido más clásico del término, un hombre que se preocupaba tanto por su propia educación como por la de los demás, abierto a todas las manifestaciones del ser humano que pudieran enriquecer su espíritu.

Además, Noriega se caracterizaba como un hombre cuya bondad era parte de su personalidad; de humor refinado y certero, escapaba de uno de los vicios que aquejan a los que han logrado niveles importantes de conocimiento: la soberbia y la autosuficiencia; sencillo, encaraba el conocimiento como una misión colectiva que se cumplía en el proceso de enseñanza aprendizaje, haciendo realidad la máxima latina que podría ser la divisa de todo maestro, "entre todos lo sabemos todo".

Pero quizá la más relevante de las aristas de su personalidad era su privilegiado sentido jurídico. Dotado de una inteligencia natural impresionante, discurría los problemas jurídicos con soltura, basado tanto en su profundo conocimiento de las normas, como en su sentido de la justicia. Eso era lo que aprendían los estudiantes en su aula: vivir el Derecho, no contemplarlo.

Al recordar la presencia del doctor Noriega, de don Alfonso, del querido Chato, vemos al hombre que hizo del mundo su ámbito vital, pero que su misión en la vida fue el magisterio: ser ejemplo de bonhomía, de libertad, de justicia y de conciencia universitaria.



21-Serrano-RevFac264.indd 654 06/01/16 5:41 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# Derecho agrario, los derechos humanos y trabajo infantil en el campo

Mireille Roccatti Velázquez

Hablar del Derecho Agrario, es hablar de una disciplina jurídica que nos permite asociarla a un fenómeno histórico-social que gestó el inicio del México post revolucionario, y puso en evidencia normativa la importancia del campo y la producción agroalimentaria, fundamental en el desarrollo de nuestro México.

*El Derecho Agrario, implica* remontarnos a *su* inclusión en nuestra Carta Magna de 1917, *destacándose* un artículo sin precedentes en el constitucionalismo mexicano, que estableció el nacimiento, la organización y las modalidades de este nuevo derecho; el artículo 27 Constitucional, mismo que ha evolucionado**,** acompañando a las necesidades de la clase campesina y productora, a efecto de acercarlos a la justicia social para un mayor crecimiento, desarrollo y productividad del campo.

Es evidente que en los últimos 100 años, el avance tecnológico en el campo ha sido sustancial para mejorar su eficiencia en la producción, y para ello**,** había que armonizar la agricultura con la industria, fusión que redundaría en beneficio del país para su progreso y crecimiento.

Podemos establecer de esta forma, que al hablar del Derecho Agrario nos referimos a una serie de normatividades, reglas, especificaciones y propósitos que, como se apuntó líneas atrás, crea una relación jurídica en la que la tierra y el valor económico de ésta, vía

[1] Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

22-Roccatti-RevFac264.indd 655 06/01/16 5:41 p.m.

la producción agrícola o pecuaria, impone un deber de procurar que existan los medios adecuados para alcanzar una justa vinculación entre los medios físicos y el cómo producir.

Dentro de nuestro sistema jurídico, podríamos decir que el reparto agrario -si bien en forma precaria- se inició con la vigencia de la Ley Agraria de 6 de enero de 1915 al establecer:

> Que una de las causas más generales del malestar y descontento de las poblaciones agrícolas del país, ha sido el despojo de los terrenos, de propiedad comunal o de repartimiento, que les habías sido concedidos por el gobierno colonial como medio de asegurar la existencia de la clase indígena, y que, a pretexto de cumplir con la ley de 25 de junio de 1856 y demás disposiciones que ordenaron el fraccionamiento y reducción a propiedad privada de aquellas tierras entre los vecinos del pueblo a que pertenecían, quedaron en poder de unos cuantos especuladores [...]

*Desde aquel entonces*, el constituyente de 1917 materializó en la Carta Magna, como parte de los derechos sociales o de grupo, el reconocimiento a las necesidades de *esa clase social ,siendo* puntal en el desarrollo y conclusión del movimiento revolucionario, y bajo la premisa de la importancia que la agricultura representaba –*y sigue representada por los factores ya descritos, en extensiones de tierra por producir, y en población económicamente activa dedicada a esa actividad*–, habiendo que establecer la normatividad para crear condiciones favorables mediante una legislación de índole progresista, es decir, el Derecho Agrario.

Y este Derecho Agrario dio paso a la creación de instituciones tales como el Departamento de Asuntos Agrarios y Colonización, que más tarde se convertiría en Secretaría de Estado, *en* nuestra actual SEDATU; *dando paso a*la Procuraduría Agraria y, en 1992, a los Tribunales Agrarios; institución es *que se han fortalecido no sólo* con la inclusión y fortalecimiento constitucional, *sino con la* aplicación con equidad de este vínculo jurídico especial que se regula bajo los parámetros de un derecho de índole social, que interactúa, con otras



22-Roccatti-RevFac264.indd 656 06/01/16 5:41 p.m.

disciplinas jurídicas de forma permanente y complementaria: *como lo son* el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho del trabajo, de la seguridad social, de Amparo y por supuesto, *de* los Derechos Humanos, lo que ha permitido que esta legislación *sea* progresivamente armonizada e interpretada.

En adición a lo anterior, es de mencionarse que en la reforma de 1992, se buscó en forma preponderante que existiera una óptima promoción de la justicia y la libertad en el campo, *estableciendo* una modalidad diversa y de protección al ejido, realizando cambios para que los campesinos, dejaran gradualmente una economía de subsistencia, y se conviertan en sujetos productivos, facilitando *con ello*, la creación de asociaciones *a través de las*que reunieran diversos predios y ejidos, con el fin de preservar la capitalización del campo. Asimismo, se buscó un modelo de justicia que proporcionara a éste sector certidumbre *respecto* a la tenencia de la tierra, *esto apoyado*, con la ya mencionada creación de los Tribunales Agrarios y, *con ello*, aspirar a una justicia expedita sobre las controversias que versen *respecto al* campo, y*se generen* las condiciones esenciales a efecto de crear los empleos que los arraiguen a sus tierras y permitan acotar la migración masiva hacia las grandes ciudades,-que desde ese entonces acaecía-, dejando atrás el medio de vida rural.

Podemos decir entonces, que la naturaleza de éste nuestro Derecho Agrario es la de ser uno de los pilares incorporados al constitucionalismo mexicano, el denominado Derecho Social. *Estableciéndose así,* en razón de que sus normas e instituciones se orientan a la protección jurídica de la población campesina, la que por su propia composición es estimada como un segmento poblacional económicamente débil. Por ello, bajo los postulados y principios del Derecho Agrario, el Estado busca asegurarle el equilibrio y la igualdad jurídica con otros sectores diversos de la pluralidad social de nuestro país, amén de que, dentro de sus instituciones procedimentales, difiere del resto del Derecho –como ocurre con todo el derecho social–, a efecto de privilegiar la justicia social, mediante



22-Roccatti-RevFac264.indd 657 06/01/16 5:41 p.m.

normas de protección de clase y, bajo los parámetros de bienestar, interés público y bien común.

Por tanto, de estas características y de la propia naturaleza del Derecho Agrario, resultan dos cuestiones fundamentales:

Por un lado, el buscar consolidarlos beneficios que, si bien aún falta por alcanzar, han sido palpables con la evolución en el tiempo, de las normas e instituciones sustantivas y adjetivas agrarias, que han llevado *de la mano*, a la creación de valores éticos que se encuentran unidos a esta disciplina jurídica; *circunstancia* que ha sido uno de los cimientos permanentes de la actividad agraria.

Y por otro, *la determinación* de que al momento de que se establezca una interpretación y aplicación de la norma jurídica agraria a los casos concretos, se continúe realizando bajo un sentido de equidad, justicia social y seguridad jurídica.

Que es lo que ha pasado con este Derecho? Podemos establecer que para el desarrollo de la actividad agraria, además del tema relativo a la tenencia de la tierra, lo cual no abordaremos en este trabajo, supone la implementación armónica y consecuente de las disposiciones que se han emitido por parte del Estado, *situación que* nos permite afirmar que éste Derecho se relaciona indefectiblemente con la política agraria y con el desarrollo rural entre sí, fortalecidos mediante la creación de normas que *procuren* la protección jurídica que debe *co*existir con la actividad agroalimentaria, *vista como* actividad económica, los trabajadores de ésta, y el Estado como garante de la protección jurídica que *deseamos*.

Estas determinaciones se han incorporado al México actual porque nuestro sistema camina en forma paralela a las necesidades de la vida contemporánea. Consideramos *entonces*, que al hablar de Derecho Agrario en la actualidad, estamos hablando de postulados o valores superiores, como lo ha expresado la FAO2,

---

[2] *Cfr.* "Derecho Agrario y Desarrollo Agrícola Estado Actual y Perspectivas en América Latina (Informe Final del Grupo Regional de Asesores en Derecho



22-Roccatti-RevFac264.indd 658 06/01/16 5:41 p.m.

a) La conservación, desarrollo y aprovechamiento racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente rural, necesarios para la conservación de la vida y para la producción agrícola, manteniendo el adecuado equilibrio ecológico.

b) El incremento racional de la producción en función de las necesidades de la población y del país.

c) El desarrollo del habitante rural.

Y, bajo *esos* esquemas actuales podemos establecer que, como sucede en la Unión Europea, existe una política agrícola común que se implementa para cumplir con una diversidad de objetivos, entre lo que destacan3:

1. Auxiliar a los agricultores a producir suficientes alimentos para Europa.
2. Garantizar que los alimentos sean seguros (por ejemplo, a través de la trazabilidad).
3. Proteger a los agricultores de la excesiva volatilidad de precio sy de las crisis de mercado.
4. Les ayuda a invertir en la modernización de sus explotaciones.
5. Mantiene comunidades rurales viables, con economías diversificadas.
6. Crea y mantiene puestos de trabajo en la industria alimentaria.
7. Protege el medio ambiente y el bienestar de los animales.

*Tales* acciones se consolidan con un marco jurídico acorde a las necesidades de nuestro país, y en el que hoy en día existe una creciente preocupación de la sociedad en temas relativos al entorno

---

Agrario)", Estudio Legislativo Número 13., Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, 1976, pp. 17-18.

[3] Tomado de: http://europa.eu/pol/agr/index_es.htm



22-Roccatti-RevFac264.indd 659 06/01/16 5:41 p.m.

humano como lo relativo al desarrollo sostenible, el cuidado del medio ambiente y, desde luego, los Derechos Humanos.

Esta suma de circunstancias nos lleva a la necesidad de construir y armonizar un andamiaje normativo que busque el equilibrio entre los factores de la producción –capital y trabajo- y los Derechos Humanos de quienes prestan sus servicios en el sector agroalimentario.

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de Derechos Humanos, incorporaron el reconocimiento y validez tanto de las normas internas como de los instrumentos internacionales suscritos por México en la materia, para dar un nuevo giro a este tema, del que, desde luego, no están exentos los trabajadores del campo

Es necesario establecer que la relación de los Derechos Humanos con este *Derecho del Campo*, es fundamental y de gran importancia para el fortalecimiento de nuestro País. Como es sabido, el surgimiento de los Derechos Humanos se forjó a lo largo de los cambios que experimentó la sociedad –a partir de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano– que fueron perfeccionando el reconocimiento de nuevos derechos, a los que ya en la segunda mitad del Siglo XX se incorporaron los Económicos, Sociales y Culturales, que impactan de manera irreversible en diversos sectores. Algunos de éstos son el derecho al trabajo en condiciones dignas, a la protección de la maternidad, a la vivienda digna, a la protección de los niños menores y a la educación, entre otros.

Podemos afirmar que el reconocimiento de estos derechos, así como el de vinculación con instrumentos internacionales en la materia, ha modificado la estructura del sistema jurídico de nuestro país, con acciones de índole solidaria que se garantizan mediante la participación ciudadana en el contexto de la paz, tranquilidad, sano desarrollo y a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

Su desarrollo se ha implementado mediante las *denominadas* generaciones de derechos humanos, a través de su clasificación en el tiempo, misma que impone la sociedad y la dinamiza y por ende, se



22-Roccatti-RevFac264.indd 660 06/01/16 5:41 p.m.

adecua a los tiempos que se viven y, el derecho agrario no es, ni fue, ni debe ser la excepción sino que, por el contrario y derivado de su fin proteccionista debe estar acorde a esos valores, por tanto hemos ido adecuando nuestra normatividad y sobre todo la relacionada con la justicia social y los postulados de los derechos humanos.

Evidentemente, y como es de conocimiento público, los derechos humanos a partir de los 80´s, se han instituido en una importante serie de acciones que han permitido establecer el desarrollo y evolución del Derecho Agrario y, derivado de la naturaleza intrínseca de éste, no puede permanecer desunido de los derechos humanos y sobre todo en su protección y de las clases más desvalidas, toda vez que desde su configuración en la Declaración Universal asumen como objetivo un designio de justicia que provee una armonía en la búsqueda de la igualdad de las personas, y es menester se integre a esa igualdad sin distinciones de ninguna índole, cuestión que desde el constituyente de 1917 se previsualizó al momento de crear y consignar en nuestro documento Magno el derecho social agrario ligado al derecho del trabajo.

Sin duda la evolución e internación de los derechos humanos como motor de la protección social equivale a la protección del hombre, misma, que se ha ido desarrollando de forma muy insistente y decidida y, a la vez ha sido generadora de condiciones de respeto del hombre y su libertad e igualdad en la búsqueda del bien común, y en armonía con los principios políticos que implican la igualdad, libertad y la justicia social, derechos que han surgido de la modernidad, por ello se han efectuado medidas acordes a las necesidades sociales de este sector en estado débil o de exclusión para garantizar que, junto con este derecho agrario, se vinculen a otro tipo de derechos sociales, como lo son de educación y el laboral, con el objeto de evitar las desigualdades.

En ese tenor resulta preocupante que existan diversidad de vulneraciones a estos derechos protectores, y desde luego, en las labores del campo mexicano, por ello, el Estado se encuentra tratando de



22-Roccatti-RevFac264.indd 661 06/01/16 5:41 p.m.

responder a dicha situación y hacer frente común a la problemática derivada de esa circunstancia en donde los menores que trabajan en el campo, para que estos sean sujetos de protección.

Lo pertinente es preguntar, que es el trabajo infantil de acuerdo a lo que estableció la Organización Internacional del Trabajo, éste suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Por tanto, se establecen una serie de parámetros y restricciones como son:

a) es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño;

b) interfiere con su escolarización;

c) les priva de la posibilidad de asistir a clases;

d) les obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o;

e) les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo.4

En una razonable aplicación de justicia social y adecuada a los derechos humanos, que han sido objeto de protección en diversos instrumentos entre los que destacan el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (derechos sobre procesos y juicios en que los menores tengan incumbencia), el artículo 32 que prevé lo relativo al trabajo de los menores de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y de la Niña , así como el Convenio 138 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo que establece la edad mínima de trabajo; preceptos que en el caso mexicano han sido tema central de justicia.

---

[4] *Cfr.* ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT. Creado en 1992. Objetivo General: erradicación progresiva del trabajo infantil*. Recuperado de: http://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm



22-Roccatti-RevFac264.indd 662 06/01/16 5:41 p.m.

Sin duda alguna y relacionado con la responsabilidad que tiene la Organización Internacional del Trabajo, instancia creada desde 1919 que promueve entre sus postulados la justicia social y contribuye a fomentar una paz universal y duradera, como el mencionado convenio 138, a través del que se busca la erradicación del trabajo infantil, visualizado como un grave problema en el mundo contemporáneo y, como consecuencia se han generado diversidad de normas tendentes a proteger a los niños trabajadores que tienen entre 5 y 14 años de edad, circunstancia que no ha pasado desapercibida para el Estado Mexicano.

Ya desde la elaboración de la Carta Magna de 1917 se evidencio el vínculo sensible entre lo agrario y el desempeño de labores sobre todo en tratándose de los menores como se puede ver en las fracciones II y III del artículo 123 que preceptuaba:

> II.- La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de diez de la noche. se relaciona…III.- Los jóvenes mayores de doce años y menores de diez y seis, tendrán como jornada máxima la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato.(Sic).

Fracciones modificadas en fecha 21 de noviembre de 1962, publicado en el Diario Oficial de la Federación en donde se imponen como edad mínima para trabajo de menores la de 14 años, así como la del 17 de junio de 2014 estableciéndose la prohibición expresa de la utilización del trabajo de los menores de quince años.

Como se aprecia existe una evolución entre las dos instituciones, derecho agrario y trabajo de menores a la luz de los Derechos Humanos, máxime si consideramos lo acaecido el pasado 7 de diciembre, donde el diario *Los Ángeles Times* inició la publicación de una serie de cuatro artículos, atribuidos al reportero Richard Marosi, en



22-Roccatti-RevFac264.indd 663 06/01/16 5:41 p.m.

los que hace acusaciones sobre violaciones a los derechos humanos y laborales en México, especialmente en lo relativo a la mano de obra infantil y, en particular, en torno a la producción agrícola.

Sendos reportajes en donde citaban a Malasia, México, Perú y Vietnam, países que actualmente negocian el establecimiento del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP), y que de forma enfática se indica que México utiliza mano de obra infantil en la producción de melón, ejotes, chile, pepino, tomate, berenjena, cebolla, caña de azúcar, tabaco y café. Aunado a ello, la Organización No Gubernamental canadiense, WorldVision, como parte de su campaña contra la mano de obra infantil, publicó un panfleto donde indica un listado de países que incurren en el uso de mano de obra infantil, para el caso de productos importados al mercado canadiense en donde inclusive precisaban que era común el uso de mano de obra infantil; añadiendo que en el caso de los siguientes productos importados de México: chiles, café, pepinos, berenjena, ejotes, melones, cebolla, azúcar y tomates, es probable que en su producción se involucre mano de obra infantil.

Problemática que fue considerada por parte del Secretario del Trabajo y Previsión Social quien en el marco de la conmemoración del "Día Mundial contra la Esclavitud Infantil" celebrado el pasado 16 de abril declaró que "En México, un millón 500 mil niñas y niños son jornaleros agrícolas y laboran en el campo, algunos de ellos en condiciones de explotación", circunstancia que para el Estado Mexicano no pasa inadvertida y no es ajeno a tal situación, por ello, el Gobierno Federal incentivó la instrumentación de una estrategia institucional que permitió hacer extensiva, acorde a los instrumentos internacionales, la protección a los menores.

Así, mediante decreto de fecha 12 de junio de 2015 se publicó enel Diario Oficial de la Federación reformas en la Ley Federal del Trabajo en materia de trabajo de menores, y en específico, el artículo 175 de la Ley Federal del Trabajo que establece:



22-Roccatti-RevFac264.indd 664 06/01/16 5:41 p.m.

> *Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de dieciocho años*:.. IV.-en labores peligrosas o insalubres, *que por la naturaleza del trabajo*, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores, en términos de lo previsto en el artículo 176 de esta ley

Aunado a lo que establece la fracción II, numeral 8 del artículo 176, que prevé como "labores peligrosas o insalubres las que impliquen": labores…8. Agrícolas, forestales, de aserrado, silvícolas, de caza y pesca[…]".

Ello indica que la reforma al artículo 175 es un mecanismo mediante el cual se trata de proteger los derechos humanos y laborales de los menores en concordancia con lo que instaura la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción III del Apartado "A" del artículo 123, que dispone, como se ha mencionado líneas arriba *Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de quince años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas.*

Por tanto, la protección que se brinda al trabajo de los menores en la actividad agraria, tiene que ver con aquellas acciones que tienden a realizarse para obtener los frutos a través de distintas actividades, que pueden ser pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes, en donde la mano de obra de los menores, sobre todo en los ámbitos rurales, es vista como una función social respecto de la tierra, teniendo como fuente primaria que éstos deben de buscar el bien común del menor como interés supremo y se basa en la obligación de educación del menor.

La estructura y naturaleza de los contenidos normativos que integran el derecho agrario en relación con el laboral sobre los menores ha sido impuesto bajo los criterios emitidos como vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y



22-Roccatti-RevFac264.indd 665 06/01/16 5:41 p.m.

son precisamente esos criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte que han venido dando una evolución más protectora a los derechos de las personas al grado tal que existe en el tercer párrafo como es sabido por la mayoría de ustedes la cláusula del principio "pro persona" o "pro homine", que ha venido desarrollándose por y para la protección más amplia.

En este caso, al tratarse de un sector vinculado a la productividad del medio rural existe un fin legítimo que permite que las restricciones constitucionales para prohibir el trabajo en condiciones de minoría de edad sean de especial cuidado e interés de protección social, sobre todo si consideramos la necesidad de educar como primera instancia, sin descuidar y vigilar que los menores en el medio rural reciban la educación obligatoria, por lo tanto, es idóneo el adecuarse a la prohibición que establecida en los tratados y convenios de los que México es parte y ha ratificado, ello como imperativo necesario para que los menores cuenten con los elementos indispensables para su profesión o actividad a desempeñar en la vida.

Sin dudad alguna, estas restricciones son proporcionales a las necesidades de normar en el derecho agrario la actividad de los menores, en un régimen protector a sus necesidades, porque debe ser un imperativo proteger el trabajo de los menores en el campo bajo protección especial que se consigna no solo en los tratados internacionales, sino derivado de nuestra legislación interior y que no nos encontramos ante una colisión de derechos sociales, el agrario con el del trabajo, sino que en todo caso, ante una necesidad urgente de armonizarlos con los convenios y tratados internacionales que a la postre es lo que sucede con las reformas que se han enunciado en el presente trabajo.



22-Roccatti-RevFac264.indd 666 06/01/16 5:41 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# Reflexiones en torno a la transparencia en el artículo 60 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[1]

Armando Soto Flores[2]

Sumario: I. Introducción. II. Antesala. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

## I. Introducción

No cabe duda que el tema de transparencia es ineludible en el actual momento por el que atraviesa la democracia mexicana, en virtud de que el escenario político así lo requiere, la exigencia ciudadana lo reclama y la modernización de nuestras estructuras de gobierno así lo previene. Es claro que la Transparencia es una cualidad deseable de todo sistema democrático, moderno, legítimo y confiable. Existe un gran consenso en la relevancia del tema y en incorporarlo con premisa básica en las prácticas gubernamentales y en la acción pública.

Es indispensable que el diálogo sobre esta materia se difunda y multiplique no sólo entre políticos e intelectuales interesados, sino entre la población en su conjunto.

Uno de los conceptos íntimamente relacionado con la rendición de cuentas es la transparencia, concebida como una condición necesaria, mas no suficiente, para que los gobiernos sean evaluados

[1] El presente texto fue dictado el martes 1 de septiembre de 2015 en el auditorio Benito Juárez de la Facultad de Derecho de la UNAM.

[2] Doctor en Derecho. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I.

23-Soto Flores-RevFac264.indd 667 06/01/16 5:42 p.m.

por sus acciones, es decir, que la responsabilidad pública les pueda ser atribuida.

Para comprender la relación entre rendición de cuentas y transparencia, iniciaremos por definir brevemente el significado de la primera para enseguida encontrar el concepto de *transparencia*.

Rendición de cuentas es una traducción imperfecta del término *accontability*. Aplicado al asunto público, lo entendemos como un sistema que obliga, por una parte al servidor público a reportar detalladamente sus actos y los resultados de los mismos y, por otra parte, dotar a la ciudadanía de mecanismos para monitorear el desempeño del servidor público. El segundo concepto que nos ocupa, es la transparencia de la información.

Etimológicamente, *transparencia*, se deriva de la palabra compuesta latina *transparere*, que significa algo que se puede ver de un lado a otro, pero no simplemente algo que se puede observar directamente, sino que también se puede ver incluso a través de un objeto interpuesto como puede ser una pared. Transparencia se refiere a la apertura del flujo de información social, política y económica de las organizaciones burocráticas sometidas al escrutinio ciudadano, viéndola accesible, certera y confiable.

Por transparencia entendemos abrir la información de las organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público, mediante sistemas de clasificación y difusión que reducen los costos de acceso a la información del gobierno.

La transparencia no implica un acto de rendir cuentas a un destinatario específico, sino para la práctica de colocar la información en la vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla y en su caso usarla como mecanismo para sancionar, en caso de que haya anomalías en su interior.

En este marco de la transparencia y rendición de cuentas, de la cosa pública y el desempeño gubernamental, podemos afirmar que el presupuesto público es uno de los objetos centrales, ya que



23-Soto Flores-RevFac264.indd 668 06/01/16 5:42 p.m.

muestra las prioridades que el gobierno define en torno a los rubros y sectores en los cuales quiere incidir.

A partir del marco constitucional, en el gobierno de la República, los sujetos están convencidos de que la transparencia y el acceso a la información juegan un papel esencial en la construcción de un gobierno más abierto al escrutinio público, capaz de fomentar una participación creciente de la sociedad en el diseño y evaluación de las políticas gubernamentales y por lo tanto de una mayor y mejor rendición de cuentas públicas.

Por lo anteriormente señalado, la política de transparencia implementada por el Gobierno Federal tiene como objetivo no sólo contribuir a garantizar el derecho de acceso a la información de los mexicanos, sino también a brindar información oportuna que permita mejorar la toma de las decisiones de los ciudadanos y mejorar la confianza y certidumbre respecto de la acción gubernamental.

La transparencia consiste en poner a disposición de la ciudadanía la información que se origina en el ámbito de la administración pública, obligada en todos los niveles de gobierno e instituciones políticas, cuya finalidad recae sobre la sociedad, la cual se encarga de juzgar y evaluar el desempeño de las autoridades encomendadas en el manejo de estas organizaciones. Es la práctica de proporcionar la información, colocándola en el lente con un cristal claro y transparente de dominio público para los interesados, representa la antesala para el sistema global de rendición de cuentas.

La transparencia puede explicarse en teoría y bajo el siguiente supuesto que, ante una mayor transparencia de los recursos, se obtiene un incremento en la recaudación, pues aumenta en los contribuyentes la disposición a pagar impuestos cuando tienen mayor información sobre el uso que se le da a los ingresos públicos. Sin embargo, la práctica indica lo contrario, este resultado puede explicarse porque los Estados que son más corruptos tienen incentivos a hacer un mayor esfuerzo por incrementar su recaudación, dado que



23-Soto Flores-RevFac264.indd 669 06/01/16 5:42 p.m.

la falta de transparencia les permite desviar una mayor cantidad de recursos para sus bolsillos.

## II. Antesala

El texto original del artículo 6º de la Constitución de 1917 señalaba:"la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, si no en el caso de que ataque la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público".

El citado precepto ha tenido 5 reformas constitucionales y es el 6 de diciembre de 1977 cuando en el Diario Oficial de la Federación se publicó la primera reforma y se establece: "el estado garantizara el derecho a la información"; así mismo el 20 de julio de 2007 se señaló también en el Diario Oficial una nueva reforma constitucional, en donde se establecen los principios y bases que para la Federación, los Estados y el Distrito Federal regirán el ejercicio del derecho al acceso a la información, finalmente y dada la importancia que merece, el 7 de febrero del 2014 se señala la obligación de todo aquel organismo que maneje recursos públicos, la obligación y la garantía para establecer mecanismos de acceso a la información.

Señala la creación de un organismo autónomo, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados, definiendo su naturaleza jurídica, competencia, el carácter jurídico de sus resoluciones, integración y los principios que regirán su funcionamiento.

Quizás valdría la pena, antes de entrar de lleno a la materia, que nos corresponde señalar, que en las últimas décadas se han credo nuevas formas de organismos públicos separados de la forma clásica de gobierno con cierto grado de autonomía reconocida constitucionalmente, y que han modificado profundamente la organización estatal con relación a la sociedad, ello ha traído profundos debates



23-Soto Flores-RevFac264.indd 670 06/01/16 5:42 p.m.

y en algunos casos confusión, por lo que es indispensable abordar el tema desde una perspectiva integral que nos permita entender, comprender y bien podríamos llamarlo esta nueva forma de Estado.

La formación y desarrollo del Estado mexicano responde al anhelo de la sociedad mexicana de constituirse políticamente en un ente independiente, soberano y estable con el fin de lograr por supuesto el desarrollo sustentable de la nación.

En fin, quería señalar este preámbulo para entrar de lleno a la reforma al artículo 6º constitucional, en donde el derecho a la información será garantizado por el Estado y el mismo deberá establecer el derecho al acceso a las tecnologías de la información para que cualquier autoridad, entidad, órgano y organismos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, proporcionen la información que se les solicite a cualquier ciudadano, sin la necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, y quien no cumpla será sancionado en los términos que dispongan las leyes, para esto, por supuesto en la constitución se señala que la federación contará con un organismo autónomo especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica, patrimonio propio, con plena autonomía para el ejercicio de sí mismo y determinar su organización; esta entidad autónoma que actualmente se denomina Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), antes llamado Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI); de dicho precepto constitucional surgió la actual Ley General de Transparencia de Acceso a la Información Pública, promulgada el 4 de mayo del 2015 y que en el artículo 1º señala lo siguiente:

> La presente ley es de orden público y de observancia general en toda la república es reglamentaria del artículo 6º de la Constitución



23-Soto Flores-RevFac264.indd 671 06/01/16 5:42 p.m.

> Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia y acceso a la información.
>
> Tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismos de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fidecomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral, o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la federación, las entidades federativas y los municipios.

De lo que se desprende, por supuesto, el Sistema Nacional de Transparencia, acceso a la información, y protección de datos personales, en cada uno de los organismos e instituciones mencionadas con anterioridad, los que deben contar con un comité de transparencia para conformar las diversas acciones y procedimientos para asegurar la mayor eficacia en la gestión de las solicitudes en materia de acceso a la información, por lo que hay que establecer políticas en cada uno de los organismos que manejen recursos públicos, para facilitar la obtención de información y el ejercicio del derecho de acceso a la información; ahora, quizá valga la pena también mencionar que en el artículo 43 de la Ley General de Trasparencia y Acceso a la Información Pública establece una serie de instituciones que no estarán sujetos a la autoridad de los comités de transparencia y que la responsabilidad recae exclusivamente en los directivos de las siguientes instituciones que me voy a permitir señalar:

> El Centro de Investigación y Seguridad Nacional; El Centro Nacional de Planeación, Análisis e Información para el Combate a la Delincuencia; El Centro Federal de Protección a Personas; La Dirección de Coordinación de Inteligencia de la Comisión Nacional de Seguridad; La Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada; la Unidad de Inteligencia Financiera; El Estado Mayor Presidencial, El Estado Mayor de la Defensa Nacional, el Estado Mayor General de la Armada, La Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica



23-Soto Flores-RevFac264.indd 672 06/01/16 5:42 p.m.

> y la del Instituto Federal de Telecomunicaciones o bien, las Unidades Administrativas que los sustituyan. Todas estas autoridades no están sujetas a los comités de transparencia y repito la responsabilidad recae en el titular de la propia entidad.

La clasificación, desclasificación y acceso a la información que generen o custodien las instancias de inteligencia e investigación, deberán apegarse a los términos de la presente ley a los protocolos de seguridad establecidos para ello.

Ahora bien, cuál es el procedimiento constitucional, saliéndome un poco de la temática para la designación del organismo garante en materia de transparencia e información, este se integra por 7 comisionados en donde la Cámara de Senadores previa realización de una amplia consulta a la sociedad a propuesta de los grupos parlamentarios y con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, designará al comisionado que deba cubrir la vacante, el nombramiento podrá ser objetado por el Presidente de la República en un plazo de 10 días hábiles. Si el presidente de la república no objetare el nombramiento dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de comisionado la persona nombraba por el senado de la república. En caso de que el Presidente de la República estuviera en contra del nombramiento, la cámara de senadores nombrará una nueva propuesta, en los términos del párrafo anterior, pero con una votación de las tres quintas partes de los miembros presentes. Si este segundo nombramiento fuera objetado, la cámara de senadores en los términos del párrafo anterior con la votación de las tres quintas partes de los miembros presentes designara al comisionado que ocupará la vacante. Los comisionados duran en su encargo 7 años y deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 95 constitucional, me refiero para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El comisionado presidente es designado por los propios comisionados por un período de 3 años y con la posibilidad de ser reelecto por un periodo igual, así mismo deberá rendir un informe ante el Senado de la República, también es importante recalcar



23-Soto Flores-RevFac264.indd 673 06/01/16 5:42 p.m.

que el organismo (INAI) coordinará sus acciones con la entidad de fiscalización superior de la federación, con las entidades en materia de archivos así como con los órganos garantes de los Estados y del Distrito Federal con el objeto de fortalecer la rendición de cuentas y la transparencia del Estado Mexicano.

## III. Conclusiones

Consideramos que cuando los ciudadanos dejamos de sentir que nos quitan nuestro dinero y en cambio sentimos que estamos colaborando con los beneficios de los Estados y de los municipios, es decir, que adquirimos conciencia fiscal, entonces, con esa conciencia de compartir para las mejoras públicas, la recaudación de los impuestos se incrementará indudablemente, ya que sería un tema de voluntades. Pero este requiere, como se citó anteriormente, de que los órganos encargados de manejar los recursos, hagan el uso adecuado de los mismos y a la vez rindan cuentas claras y transparentes a la población, es así, como se puede otorgar la confianza mencionada.

El problema fundamental en nuestro modelo de transparencia en la rendición de cuentas, el cual está desarticulado, es que debería de existir un mejor manejo del dinero, donde el funcionamiento de las actividades de los funcionarios públicos sea profesionalizado y armónico, que exista una mayor fiscalización y vigilancia en la transparencia de la información dentro de los tres poderes de gobierno y de toda institución que maneje recursos públicos y con esto se reduzca la opacidad.

Con base a lo anterior, entonces, nos damos cuenta que la transparencia y la rendición de cuentas son conceptos diferentes pero, a pesar de ello, pugnan por el mismo objetivo que es el de hacer de nuestro país, un territorio donde la sociedad realmente ejerza la democracia y no la simulación, que participe, exija y analice las



23-Soto Flores-RevFac264.indd 674 06/01/16 5:42 p.m.

decisiones que toman los gobernantes, a quienes se les otorgó en su momento la confianza por medio del voto.

Finalmente, en esta investigación, encontramos que existen numerosas instituciones y organizaciones que se encargan de buscar la transparencia y la rendición de cuentas de nuestro país, así nos damos cuenta, que si existe mucha información al alcance de la mano, donde se rinden cuentas, sin embargo, vemos con tristeza que lo que no existe es la transparencia en la rendición de las mismas.

En Guatemala, la Constitución es mucho más clara que nuestro genérico último párrafo del artículo 6º, Veamos:

> Artículo 30:
> Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.
> Artículo 31:
> Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a la que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización.
> Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

En México, la Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa marcó un precedente democrático que ha ido rindiendo frutos no sólo en ese Estado del norte del país, sino en la región entera. Poco más tarde, con menores avances que el modelo sinaloense, se aprobó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que entró plenamente en vigor el 12 de junio del 2003. En estos últimos meses, 14 leyes se han aprobado en diversos Estados, cifra que está creciendo con gran rapidez. Las discusiones sobre el derecho de acceso a la información



23-Soto Flores-RevFac264.indd 675 06/01/16 5:42 p.m.

han cambiado por fortuna de unos meses a la fecha. Si hasta hace poco tiempo se defendía por consigna la secrecía gubernamental como política pública del régimen político, hoy, en cambio, se advierten los afanes de reforma y cambio democrático en la materia, expresados en distintos tonos por organizaciones sociales, entidades académicas, agrupaciones de editores y el propio Gobierno Federal y los correspondientes en los Estados. En este camino falta mucho por recorrer, pero se ha dado ya el primer paso que habrá de impactar positivamente en la construcción de una sociedad democrática en México.

## IV. Bibliografía

Villanueva, Ernesto, *Temas selectos de Derecho de la Información*, México, IIJ-UNAM, 2004.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Reforma a la Constitución 7 de Febrero del 2014 en el Diario Oficial de la Federación)

Ley General de Transparencia de Acceso a la Información Pública. Promulgada el 4 de Mayo del 2015 en el Diario Oficial de la Federación.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002.

Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa. Última reforma el 20 de agosto de 2008.

Constitución Política de la República de Guatemala. Reformada por Acuerdo legislativo núm. 18-93 del 17 de noviembre de 1993.



23-Soto Flores-RevFac264.indd 676 06/01/16 5:42 p.m.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO
TOMO LXV, NÚM. 264, JULIO-DICIEMBRE 2015

# Entrevista a Manuel Atienza

María de la Luz González Covarrubias, Rafael Caballero Hernández y Manuel de J. Jiménez Moreno[1]

El pasado mes de octubre, el Dr. Manuel Atienza visitó la Facultad de Derecho de la UNAM en el marco del IV Coloquio Retórica, Hermenéutica y Argumentación Jurídicas, coordinado por los doctores Gerardo Ramírez Vidal y Juan Antonio Cruz Parcero. Con la intención de propiciar un diálogo más personal con el profesor español, la *Revista de la Facultad de Derecho de México* le realizó una entrevista.

El Dr. Manuel Atienza es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante, director del Máster de Argumentación Jurídica en dicha universidad y de la revista *Doxa*. También es *doctor honoris causa* por diversas universidades latinoamericanas y fue vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social. Como autor ha escrito libros y artículos académicos principalmente en temas relacionados con la teoría de los enunciados jurídicos, el marxismo jurídico, la bioética, la teoría y la técnica de la legislación, la ética judicial y la argumentación.

*RFDM.-Estimado profesor, ¿por qué eligió estudiar la carrera de Derecho y dedicarse a la Filosofía del Derecho?*

MA.-Uno decide qué estudiar en la universidad en una edad muy temprana y cuando probablemente no tiene los conocimientos y la experiencia que se necesitarían como para poder hablar de una decisión, digamos, bien fundada. Durante la adolescencia, a mí me interesaban mucho la literatura y la filosofía. En algún momento

[1] Profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM.

24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 679 06/01/16 1:38 p.m.

pensé en estudiar Periodismo, pero esa carrera no existía en la universidad a la que tendría que ir, la de Oviedo. Yo creo, aunque se trata de una racionalización *a posteriori*, que opté por el Derecho porque me pareció que era un terreno propicio para reunir mis intereses filosóficos con un sentido práctico de las cosas; y esto último me parecía que era más difícil de encontrar en una Facultad de filosofía. Y dicho esto, resulta también claro por qué, desde el principio, pensé que mi dedicación al Derecho debería ir encauzada hacia la filosofía jurídica.

*RFDM.-¿Qué maestros y autores influyeron en su construcción teórica? ¿Quién es el jurista con vida a quién más admira?*

MA.-Durante los años de la carrera en Oviedo no tuve ningún profesor que, por así decirlo, me marcara desde un punto de vista teórico; en particular, los docentes de Derecho natural (en el primer año de la carrera) y de filosofía del Derecho (en el último, en el quinto año) no me suscitaron el menor interés aunque, por supuesto, me interesaran las materias. Luego tuve la gran fortuna, al poco de terminar la carrera, de que ganara la cátedra de filosofía del Derecho de Oviedo Elías Díaz, con quien hice mi tesis de doctorado y con el que he estado vinculado intelectual y afectivamente hasta ahora mismo. Elías Díaz ha sido y es un maestro cuya influencia en los muchos discípulos que ha tenido ha asumido siempre la forma de una suave persuasión. Dicho de otra forma, Elías ha tenido y tiene mucha influencia, pero es alguien incapaz de ejercer poder; yo creo que nunca ha impuesto nada a nadie. Y ese ejemplo me parece que ha sido muy importante para entender mucho del desarrollo de la filosofía del Derecho en España de las últimas décadas que, en buena medida, ha sido llevado a cabo por discípulos suyos o por profesores vinculados de alguna manera con él.

Bueno, en el ámbito español, yo me considero también "algo" discípulo de Juan-Ramón Capella. Digo "algo", porque no he tenido con él una relación personal continuada ni fluida. Pero he seguido



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 680 06/01/16 1:38 p.m.

siempre muy de cerca su obra, que me ha influido mucho. Y, en fin, desde que entré en contacto con la filosofía del Derecho argentina (que fue desde el comienzo; hice mi tesis de doctorado sobre la filosofía del Derecho en ese país), muchos iusfilósofos argentinos han sido también mis maestros, aunque en cierto modo se tratara de un magisterio a la distancia: con Carrió, Bulygin, Alchourrón, Vernengo, Nino... Distinto es el caso de Ernesto Garzón Valdés: con él la relación ha sido, desde hace aproximadamente unos 40 años, muy próxima: pasé con él muchas temporadas en Alemania y le he visto con muchísima frecuencia durante todo este tiempo en España y en otros países (por ejemplo, en México). Nunca se ponderará suficientemente el papel decisivo que Ernesto ha jugado en el desarrollo de la filosofía del Derecho española y latinoamericana. Y, en fin, fuera del mundo latino, creo que tendría que citar el nombre de Robert Summers. Pasé con él un año sabático en la Universidad de Cornell y, a pesar de que en lo ideológico estamos muy distantes, su obra teórica me parece de gran valor y su talante personal verdaderamente modélico.

Hay muchos juristas por los que siento gran admiración, pero me resulta difícil dar un solo nombre. Sí puedo decir que los autores cuya obra me resulta más afín son Dworkin, Alexy, MacCormick y Nino; sobre todo, Nino.

*RFDM.- ¿Para qué se hace Filosofía del Derecho? ¿Por qué considera que una Facultad de Derecho o Universidad no puede eliminar esta materia de su plan de estudio?*

MA.-La pregunta de para qué se hace filosofía del Derecho tiene varias respuestas, precisamente porque existen diversas concepciones de la filosofía del Derecho. La mía es una concepción que podríamos llamar, en un sentido amplio, pragmatista, de manera que yo creo que se debe hacer filosofía del Derecho para contribuir a cambiar el Derecho y, a través del Derecho, la sociedad. Este, diga-



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 681 06/01/16 1:38 p.m.

mos, es el fin último, y para lograrlo se necesita conocer el Derecho y la sociedad.

Alguna vez he escrito que en las Facultades de Derecho se debería de enseñar filosofía jurídica y algunas cosas más. Se trata obviamente de una *boutade*, pero que contiene más de un grano de verdad: la teoría del Derecho proporciona al jurista la red de conceptos, clasificaciones, etc. que le permitirán moverse con cierta soltura por un universo jurídico cuyos contenidos son continuamente cambiantes; digamos que la teoría del Derecho es la matemática del Derecho, el aspecto más o menos permanente del mismo. Y el jurista que no posea una filosofía moral y política no podrá tampoco dar sentido a lo que hace. De manera que la filosofía del Derecho, en su conjunto, no es simplemente un adorno cultural para el jurista, sino un componente indispensable del trabajo de cualquier jurista.

*RFDM.- En México su obra sobre argumentación es ya un referente, ¿a qué se debe el auge de la argumentación jurídica en el mundo hispanoamericano durante los últimos años?*

MA.-Se debe, sobre todo, a las carencias de una cultura jurídica muy formalista, que es un rasgo común a todos los países del mundo latino. En nuestros países hay una tendencia a identificar el Derecho exclusivamente con un conjunto de normas, con una serie de textos, olvidando que el Derecho es, fundamentalmente, una práctica, una actividad, con la que se trata de, a partir de esos materiales, resolver problemas jurídicos. Y, para ello, la argumentación resulta un instrumento indispensable. De manera que saber Derecho significa, en gran medida, ser capaz de manejar argumentativamente ese material. Yo creo que el éxito de las teorías de la argumentación jurídica en el mundo latino se debe fundamentalmente a eso, a ese déficit de la tradición formalista.

*RFDM.-Al inicio de su libro Curso de argumentación jurídica usted realiza una distinción entre concepciones del derecho centrales y periféricas. Dentro de*



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 682 06/01/16 1:38 p.m.

*las periféricas, menciona a las teorías escépticas. ¿Cuáles serían específicamente las teorías que se agrupan en esta clasificación y por qué son periféricas?*

MA.-En la clase de las teorías escépticas incluyo algunas formas extremas del realismo jurídico y, sobre todo, las llamadas "teorías críticas del Derecho". Lo de "periféricas" se refiere a que, hablando en general, han jugado un papel más bien minoritario, o sea, su influencia no ha sido excesivamente grande en el contexto de las culturas jurídicas del mundo occidental. Además, creo que, precisamente por su escepticismo, porque no asumen un punto de vista al menos moderadamente interno en relación con el Derecho (el Derecho de los Estados constitucionales), no pueden servir tampoco de guía para la práctica. Su "crítica" al Derecho tiene lugar desde una perspectiva externa.

*RFDM.-Usted establece en el libro antes mencionado, tres dimensiones de la argumentación jurídica que se encuentran íntimamente ligadas: formal, material y pragmática. Dado que en los hechos muchos operadores jurídicos omiten alguna de ellas, ¿cuál sería la dimensión imprescindible para la buena argumentación?*

MA.-En mi opinión, esos tres elementos (en realidad cuatro, pues dentro de la dimensión pragmática incluyo tanto el enfoque retórico como el dialéctico) son siempre necesarios, aunque dependiendo del tipo concreto de argumentación jurídica de que se trate una u otra de esas dimensiones puede jugar, por así decirlo, un papel dominante; por ejemplo, yo diría que lo que predomina en el razonamiento justificativo de los jueces es el aspecto material (que la motivación contenga buenas razones; además, esa razones tendrían que estar organizadas en una forma adecuada y resultar, en la medida de lo posible, persuasivas) y en el razonamiento de los abogados, la dimensión retórica. Diría también que la dimensión pragmática, hablando en general, tiene alguna prioridad sobre las otras, pero precisamente porque no es reduccionista, esto es, porque desde una perspectiva pragmática se puede dar cuenta también de



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 683 06/01/16 1:38 p.m.

los elementos materiales y formales de la argumentación, lo que no ocurre con estas dos últimas dimensiones: por ejemplo, estudiar la forma de los argumentos significa hacer abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión y también del contexto.

*RFDM.-En el marco del "IV Coloquio de Retórica, Hermenéutica y Argumentación jurídicas" celebrado en esta Universidad, usted señaló que el nuevo sistema penal acusatorio mexicano debe evitar un exceso de oralidad en sus procesos,[2] ¿bajo qué circunstancias considera que la oralidad y la retórica pueden afectar una adecuada argumentación jurídica?*

MA.-Lo que quise decir fue que con la introducción de la oralidad en los procedimientos penales y civiles (cosa que no está ocurriendo sólo en México) se está contribuyendo a generar, o a incrementar, lo que Taruffo ha llamado el mito de la oralidad. O sea, se supone que cuanta más oralidad y menos escritura, mejor, pero eso es evidentemente un error. Hay ventajas e inconvenientes en la oralidad y en la escritura y no tener esto en cuenta es, en mi opinión, muy equivocado. Por ejemplo, la oralidad favorece la rapidez, pero incrementa también las posibilidades de cometer errores. Esto es algo que forma parte de nuestra experiencia (por ejemplo, de la de un profesor) y que deberíamos tener muy en cuenta: cuando uno tiene que poner por escrito lo que ha contado en una conferencia se da cuenta de que hay muchos elementos de ese discurso que "no corren", esto es, la escritura alienta y exige un nivel de reflexión mucho mayor que el discurso oral. Esto último ocurre también en relación con un juez que tenga que escribir la motivación de una determinada decisión: una motivación escrita es una motivación más exigente (que la oral) y, por ello, la oralidad no es adecuada

[2] Nos referimos a la conferencia "Argumentación jurídica y falacias", que se llevó a cabo el jueves 1 de octubre de 2015, en el marco del IV Coloquio de Retórica, Hermenéutica y Argumentación jurídicas, celebrado en la Facultad de Derecho de la UNAM.



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 684 06/01/16 1:38 p.m.

cuando se trata de decidir (motivadamente) sobre aspectos más o menos complejos. Lo razonable sería combinar adecuadamente la oralidad y la escritura. Por otro lado, conviene no olvidar que la crítica tradicional que se efectúa contra la retórica se refiere, fundamentalmente, a la retórica hablada; el discurso oral es el que mejor se presta para que un orador hábil pueda persuadir a una audiencia de lo falso y de lo injusto. Por eso, el famoso tratado de Perelman y Olbrecht-Tyteca se llamaba "nueva retórica", porque, para evitar ese inconveniente, proponían centrarse en la retórica escrita: eso es lo que, fundamentalmente, querían decir con lo de "nueva".

*RFDM.-Después de escribir una obra tan integral como Curso de argumentación jurídica, ¿escribirá más sobre esta materia?, ¿hay asuntos pendientes que abordar o aclarar?*

MA.-Hay, por supuesto, mucho por hacer en el campo de la argumentación jurídica. Por ejemplo, hay ámbitos enteros de la argumentación en el Derecho, como la que llevan a cabo los órganos administrativos o la argumentación legislativa, que apenas están tratados. Yo diría que lo que más necesitamos no son ya teorías completamente generales, sino teorías de alcance medio que, por ejemplo, den cuenta de cómo se argumenta en relación con tal instancia jurídica (como antes decía) o con tal materia jurídica.

*RFDM.-Ahora bien, profesor, por otra parte, ¿cuál es su opinión respecto de la llamada "crisis de la democracia constitucional"? Algunos autores, como Luigi Ferrajoli, han denunciado los efectos perversos del poder económico; Michelangelo Bovero ha hablado de autocracias electivas… ¿Considera usted qué existe tal crisis?*

MA.-Sí, sin duda. El poder, el mayor poder, hoy no reside en las instituciones estatales, sino en los grandes conglomerados económicos y financieros que rigen el mundo de la globalización. Nos encontramos entonces con que la democracia funciona, con todas las limitaciones que se quiera, en el ámbito estatal, pero no en otros



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 685 06/01/16 1:38 p.m.

ámbitos en los que se toman en realidad las decisiones más determinantes para la vida de la gente. Ferrajoli tiene mucha razón cuando habla de la necesidad de extender los valores del constitucionalismo al ámbito del Derecho internacional y del Derecho privado. O sea, la globalización, con la privatización y desregulación que supone, ha significado en buena medida una sustitución del Derecho público por el Derecho privado.

*RFDM.-En conclusión, profesor, en su opinión ¿qué temas constituyen el mayor reto para los sistemas jurídicos occidentales?*

MA.-Probablemente no sean exactamente los mismos en cada país. En relación por ejemplo con México, yo creo que el gran tema es el de la superación del formalismo, pero sin irse al otro extremo, lo que a veces recibe el nombre (extraordinariamente confuso) de "neoconstitucionalismo". Los juristas (en particular, los jueces) no pueden ser formalistas, pero tienen también que asumir que el juego del Derecho tiene ciertos límites, que si estos se rebasan entonces no se está ya jugando ese juego, y que, además, esa manera de entender el Derecho implica poner en riesgo valores muy importantes: la seguridad jurídica bien entendida no es un valor conservador, sino más bien una condición para que puedan existir los demás valores. México, como otros países de su entorno, tiene hoy un sistema jurídico muy abierto, cuya regla de reconocimiento remite, como sabemos, a los derechos humanos ampliamente entendidos. Es sin duda un gran progreso, pero un sistema jurídico no puede ser tan abierto como para permitir, por ejemplo, que todos los jueces puedan interpretar libremente la Constitución y la Convención, sin estar sujetos a los criterios autoritativos que, digamos, pueda establecer la Suprema Corte. Pretender eso, en mi opinión, es condenar al sistema a la anomia. Necesitamos, en definitiva, un cambio en la cultura jurídica y eso no es fácil ni rápido de hacer. Pero aquí es también donde la filosofía del Derecho podría –tendría– que jugar un papel de gran importancia.



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 686 06/01/16 1:38 p.m.

# Normas para la presentación de originales

24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 687 06/01/16 1:38 p.m.

24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 688 06/01/16 1:38 p.m.

## 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.

*Varia*. Contiene textos de diversa índole, incluyendo ensayos, entrevistas, discursos, entre otros.

*Reseñas*. En esta sección se presentan sinópsis de obras jurídicas de relevancia.

## 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

24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 689 06/01/16 1:38 p.m.

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 mecionados 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



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 690 06/01/16 1:38 p.m.

(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 ceden 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 respectivas separatas.
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@derecho.unam.mx>.



24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 691 06/01/16 1:38 p.m.

EDITADO POR

FACULTAD DE DERECHO

UNAM

La *Revista de la Facultad de Derecho de México* se terminó de imprimir el mes de diciembre de 2015 en los talleres de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXX. En su composición tipográfica se emplearon tipos Baskerville y COOPPERPLATE. Tipo de impresión *offset*, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 gramos y los forros en cartulina sulfatada de 12 puntos. La edición estuvo al cuidado de Claudio Vázquez Pacheco y consta de 500 ejemplares.

24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 692 06/01/16 1:38 p.m.

## REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO

(PUBLICACIÓN SEMESTRAL)

### SUSCRIPCIÓN ANUAL / ANNUAL SUSCRIPTION

| PAÍS | | UN AÑO | | DOS AÑOS | |
|---|---|---|---|---|---|
| MEXICO | ☐ | $ MX $180.$^{oo}$ | ☐ | $ MX $300.$^{oo}$ | ☐ |
| RESTO DEL MUNDO | ☐ | $ US $20.$^{oo}$ | ☐ | $ US $35.$^{oo}$ | ☐ |

Nombre / Name: _____

Dirección / Address: _____

CP / Zip Code: _____

Fecha / Date: _____

País / Country: _____

Ciudad / City: _____

Tel: _____

e-mail: _____

### DEPÓSITO BANCARIO / BANK DEPOSIT

En México: En caso de suscripción del interior de la república, 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 e-mail/Please send the payment copy by e-mail.

24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 693 06/01/16 1:38 p.m.

24-González Caballero Jiménez-RevFac264.indd 694 06/01/16 1:38 p.m.