

Cultura Jurídica
de los Seminarios de la Facultad de Derecho

Número 2, abril - junio de 2011



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho

Cultura Jurídica
de los Seminarios de la Facultad de Derecho

Número 2, abril - junio de 2011



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho

UNAM

Dr. José Narro Robles
Rector

Dr. Eduardo Bárzana García
Secretario General

Lic. Enrique del Val Blanco,
Secretario Administrativo

Mtro. Javier de la Fuente Hernández
Secretario de Desarrollo Institucional

MC Ramiro Jesús Sandoval,
Secretario de Servicios a la Comunidad

Lic. Luis Raúl González Pérez
Abogado General.

Facultad de Derecho

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Director de la Facultad

Lic. José Barroso Figueroa
Secretario General

Revista Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Director

Lic. Alberto J. Montero Olmedo
Editor

La Revista Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho es una publicación trimestral editada por la Facultad de Derecho de la UNAM, Av. Universidad No. 3000, Universidad Nacional Autónoma de México, C.U., México DF, 04510, Tel. 5622 82 22 ext. 40808, www.derecho.unam.mx. Diseño de portada: Adonay Eduardo Jaimes García; tipografía y formación: Claudio Vázquez Pacheco; impresión: Creativa Impresores SA de CV. Las ideas vertidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan la opinión de la Institución. El cumplimiento de los lineamientos editoriales de Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho es responsabilidad de cada uno de los seminarios.

Consejo editorial

Dr. Juan Manuel Saldaña Pérez
Director del Seminario de Comercio Exterior

Lic. Pedro Noguérón Consuegra
Director del Seminario de Derecho Administrativo

Dr. Manuel Ruiz Daza
Director del Seminario de Derecho Agrario

Dra. María Leoba Castañeda Rivas
Directora del Seminario de Derecho Civil

Lic. Edmundo Elias Musi
Director del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

Lic. Miguel Ángel Vázquez Robles
Director del Seminario de Derecho Fiscal

Dra. María Elena Mansilla y Mejía
Directora del Seminario de Derecho Internacional

Dr. Alberto Fabián Modragón Pedrero
Director del Seminario de Derecho Mercantil

Dr. José Pablo Patiño Souza
Director del Seminario de Derecho Penal

Mtra. Carina Gómez Fröde
Directora del Seminario de Derecho Procesal

Dr. José de Jesús Ledesma Uribe
Director del Seminario de Derecho Romano

Dr. Porfirio Marquet Guerrero
Director del Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Lic. Pedro Ojeda Paullada
Director del Seminario de Estudios Jurídicos Económicos

Dra. Socorro Apreza Salgado
Directora del Seminario de Filosofía del Derecho

Dr. César Benedicto Callejas Hernández
Director del Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

Dra. Elsie Núñez Carpizo
Directora del Seminario de Sociología Jurídica

Dr. Miguel Ángel Garita Alonso
Director del Seminario de Teoría del Estado

SEMINARIO DE COMERCIO EXTERIOR

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero? 11
Pedro Trejo Vargas

SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho procesal administrativo 35
Alberto Fernández Madrazo

SEMINARIO DE DERECHO AGRARIO

No publica

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

La adopción efectuada por matrimonio homosexual. 53
José Barroso Figueroa

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional al juicio
 de amparo (artículos 103 y 107 constitucionales). 73
Luciano Silva Ramírez

SEMINARIO DE DERECHO FISCAL

No publica

SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales
 de inmunidad. 101
Elisa Schiavo

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

No publica

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil en el código modelo
 del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal 115
Carina Gómez Fröde y Rodolfo Bucio

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho
 Romano. Hacia un ejercicio de comprensión de lo jurídico. 133
José de Jesús de Ledesma Uribe

Índice

SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	
Modificación de los contratos colectivos	153
<i>José Dávalos</i>	
SEMINARIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS ECONÓMICOS	
Panorama de las finanzas públicas 2011	167
<i>Héctor Benito Morales Mendoza</i>	
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO	
El problema de la validez del derecho.	193
<i>Alfonso E. Ochoa Hoffmann</i>	
SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR	
Protección de las creaciones industriales en la Ley de la Propiedad Industrial.	201
<i>Carmen Arteaga Alvarado</i>	
SEMINARIO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA	
Protección de bienes culturales: Convención de la Haya de 1954	229
<i>Sandra Guadalupe Segura Vázquez</i>	
SEMINARIO DE TEORÍA DEL ESTADO	
Seguridad del Estado	245
<i>Orlando Olmedo Muñoz</i>	
SEMINARIO DE DERECHO PENAL	
Aspectos básicos de la teoría del delito y de la teoría del caso conforme a la legislación chilena	263
<i>Juan Andrés Hernández Islas</i>	

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

Pedro Trejo Vargas*

pedro_trejo@yahoo.com.mx

Sumario: 1. Marco Económico. 2. La OMA y el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global. 3.- La teoría y la práctica: Estados Unidos y Nueva Zelanda. 4.- El Convenio de Kyoto para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros. 4.1. Antecedentes. 4.2.- El Convenio de Kyoto de 1974. 4.3.- Versión Revisada del Convenio de Kyoto. 5.- ¿Un Nuevo Código Aduanero? 6.- Conclusiones. 7.- Fuentes Consultadas.

Resumen: Si bien las aduanas operan diariamente, lo cierto es la legislación en materia aduanera presenta problemas de obsolescencia, toda vez que ha quedado superada por los requerimientos de la dinámica del comercio internacional y de la actividad aduanera, efectuándose sólo modificaciones a la misma en forma parcial, según se van presentado necesidades imperantes de reforma a la legislación aplicable. De igual forma, la investigación científica aduanera y de comercio exterior es muy escasa, especialmente la relacionada con el Derecho Aduanero. Por tal motivo, y en virtud de que México no se ha adherido al Convenio Revisado de Kyoto de la OMA y pese a que éste representa un área de oportunidad para consolidar los avances de modernización en la operación aduanera de México, no se debe temer en adherirse a dicho Convenio y modernizar la legislación aduanera y de comercio exterior mediante un código aduanero único.

* Pedro Trejo Vargas, nació en Altamira, Tamaulipas. Es Doctor en Derecho con mención Honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestro en Derecho con Especialidad en Comercio Exterior por la UNAM; Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas (UAT), con reconocimiento especial. Ha sido Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM, Tecnológico de Monterrey, Universidad Panamericana, Universidad Iberoamericana, Universidad Cristóbal Colón de Veracruz, Universidad Autónoma de Sinaloa, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa y diversas universidades del país.

1.- MARCO ECONÓMICO.

A finales de la década de los ochenta el mundo fue testigo de una transición y surgimiento de la ideología neoliberal que afirmaba que sólo el mercado tenía la virtud de restablecer la estabilidad y crecimiento económicos. De acuerdo con esta tesis, se sostiene que en la medida que existe una mayor libertad económica se genera mayor prosperidad. Así, el libre comercio “se convertía en la religión de nuestro tiempo y quien no la compartiera se convertía en renegado infiel”.

La base filosófica del libre comercio actual privilegia valores de la cultura y capitalismo norteamericanos, donde se tiene que un valor sustancial es la libre competencia que promueve la innovación, la que a su vez, potencia la productividad y el desarrollo. Sin embargo, este pensamiento parte de doctrinas económicas del siglo XVI, manifestándose de manera diferente en cada uno de los países de Europa, consolidándose dichas ideas hasta mediados del siglo XVII y de manera definitiva en el siglo XIX. Bajo estas ideas se decía que la división internacional del trabajo permitiría la especialización, que también contribuía a incrementar la productividad con la consecuencia lógica de reducción de precios.

Recordemos que el liberalismo en su momento surge como una reacción

opuesta al mercantilismo¹. En 1776, Adam Smith promulgó el libre comercio como la mejor política para los países del mundo en su libro “La investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones” (conocido simplemente como “La riqueza de las naciones”). Smith sostenía que con el libre comercio cada país podría especializarse en la producción de aquellos bienes en los cuales tuviera una ventaja absoluta (o que pudiera producir de manera más eficiente que otros países) e importar aquellos otros en los que tuviera una desventaja absoluta (o que produjera de manera menos eficiente). Esto es que cada país y empresa de ese país, produjera, fabricara o exportara aquello para lo cual era más competitivo.

Esta especialización internacional de los factores productivos conduciría a un incremento de la producción mundial, el cual sería compartido por los países involucrados en el comercio. De esta forma, un país no necesariamente se beneficia a expensas de otros, puesto que todos podrían beneficiarse simultáneamente.

¹ El mercantilismo establecía que la diferencia entre las exportaciones y las importaciones sería compensada por un flujo de metales preciosos, principalmente el oro. Cuanto más oro tuviera un país, más rico y poderoso sería. Así, los mercantilistas sostenían que el gobierno debía estimular las exportaciones y restringir las importaciones. Como todos los países no podían tener simultáneamente un superávit en las exportaciones y la cantidad de oro en existencia era fija en un momento determinado, un país podía beneficiarse solamente a expensas de los otros.

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

13

Por otro lado, en pleno siglo XXI, bajo las corrientes filosóficas contemporáneas como por ejemplo: la *Teoría de la Localización* (Ohlin, 1971) que sostiene que los recursos naturales son limitados y están distribuidos en forma desigual en el mundo y por lo tanto supone la existencia de diversos mercados, así como el estudio de la dificultad del movimiento local de los factores productivos y las mercancías, lo cual determina en las primeras etapas del desarrollo económico diversas condiciones entre las regiones para la producción de bienes y conlleva a su vez a la especialización de actividades. Y la *Teoría de la Ventaja Competitiva de las Naciones* (Michel Porter, 1990) en donde crea el modelo del éxito de la competitividad nacional, cuya competitividad de una nación depende de la capacidad de la industria para innovar y crecer en ciertas condiciones o atributos que rodean el ambiente de las empresas que compiten entre sí: la dotación de los factores; las condiciones de la demanda; las industrias de apoyo; y la estrategia de la firma, estructura y rivalidad, mismos elementos que constituyen la ventaja competitiva nacional.

Asimismo, es evidente que bajo estas corrientes, las aduanas juegan un papel importante, pues si la política económica de un país implica un modelo económico cerrado, las aduanas serán un instrumento ejecutor de esa política cuya misión será cerrar las fronteras y dificultar el flujo de mercancías; y por el contrario, si la política comercial del país se basa en el libre comercio, las aduanas serán un instru-

mento de facilitación del mismo, pues, en la medida que existe una mayor globalización y apertura económica, en esa medida las aduanas se convierten en ente de facilitación comercial que cobra importancia en los procesos de integración económica, pues se convierte en un instrumento más competitividad de la política comercial de un país.

Aunado a la función de facilitación aduanera también encontramos un nuevo rol en las funciones de aduana derivado de la política comercial de apertura y globalización. Las aduanas del país influyen de manera determinante en el proceso de integración económica de México, sobre todo en el concierto regional, y con los bloques comerciales de otros continentes, pero particularmente con América del Norte. En ese sentido, en la actualidad las aduanas mexicanas tienen un rol preponderante para el control y fiscalización de las mercaderías y en consecuencia para el desarrollo de la economía, pero también resultan relevantes sus funciones para la seguridad nacional e incluso para prevenir actos terroristas.

Por tanto, la aduana moderna no se limita únicamente a controlar, revisar y fiscalizar física y documentalmente las mercancías que entran al país o salen del mismo. Lo más notable es que la aduana mexicana se ha convertido en un instrumento facilitador y de fomento al comercio exterior, lo que permite afirmar que la aduana evoluciona al igual que lo hacen las tecnologías, la informática, las comunicaciones, los transportes, los sistemas de produc-

ción y comercialización, eficientado y mejorando sus formas y métodos de operación, que continua como una unidad administrativa del gobierno, que sin embargo, tiende a privatizarse en aquellas funciones periféricas distintas a sus funciones sustantivas. No obstante, para consolidar dichas funciones se requiere de igual forma de una Legislación Aduanera de igual forma moderna, sencilla, eficiente y que estimule el cumplimiento espontáneo de las obligaciones fiscales y aduaneras, así de regulaciones y restricciones no arancelarias, mediante sistemas electrónicos y la explotación eficaz de la gestión de riesgos.

Al respecto, la Organización Mundial de Aduanas (OMA) ha establecido un marco normativo para asegurar y facilitar el comercio global.

2.- LA OMA Y EL MARCO NORMATIVO PARA ASEGURAR Y FACILITAR EL COMERCIO GLOBAL.

Hemos dicho que el comercio internacional es motor para la prosperidad económica de las naciones. Sin embargo, ante los beneficios que puede traer el comercio global tampoco podemos descartar que el comercio de bienes y de servicios se pueda utilizar con fines terroristas, lo que podría trastornar el entorno económico mundial.

Recordemos que con motivo de los actos terroristas realizados el 11 de septiembre del 2001 en Nueva York y Pennsylvania en Estados Unidos;

los cometidos el 11 de marzo de 2004 en Madrid, España; el perpetrado el 7 de julio en el Reino Unido; los de la isla de Bali, en Indonesia, el 1º de octubre de 2005; la serie de atentados ocurridos en los trenes y estaciones de Bombay el 11 de julio de 2006; los que cotidianamente ocurren en Medio Oriente, por citar algunos ejemplos, han motivado el cambio de los sistemas de seguridad internacionales en el flujo y control de mercancías en los diferentes territorios aduaneros, y por lo tanto los sistema aduaneros. En este sentido, la Administración General de Aduanas no ha quedado fuera de esta metamorfosis de la logística del comercio mundial de bienes, e incluso de servicios.

“Por citar un solo ejemplo, pensemos en la transferencia de sustancias químicas tóxicas en grandes cantidades como aceites, centeno, papel y telas; es posible que algunas de éstas puedan utilizarse con fines ilícitos. Por citar un caso, el atentado cometido el 19 de abril de 1995 contra Alfred P. Murrah Federal Building, en Oklahoma, City, Estados Unidos de América, se llevó a cabo utilizando un fertilizante de uso común empleado en la agricultura”.

En efecto, la Administración General de Aduanas ya juega un papel importante en la prevención contra el terrorismo y bioterrorismo, estableciéndose dentro de la Administración General de Aduanas una unidad administrativa encargada de coordinar todos los programas de seguridad y emergencia en el ámbito de su competencia, así como para servir como enla-

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

15

ce con las Aduanas de los gobiernos extranjeros y agencias de seguridad y emergencia bajo esquemas de inteligencia y respuesta inmediata, sobre traslado, tráfico y detección de personas, mercancías o medios de transporte que representen alto riesgo para la seguridad nacional e internacional, dentro del ámbito de su competencia.

De esta manera, la garantía en la seguridad en la cadena logística internacional es solamente un paso en el proceso para fortalecer y preparar a las Administraciones de Aduanas para los retos del siglo XXI. Es por esto que el 23 de junio de 2005 en las sesiones anuales del Consejo en Bruselas, la OMA crea el “Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global” en aras de incrementar la seguridad y facilitación del comercio internacional. Dentro de los preceptos más importantes que contiene el Marco, están:

- Establecer normas que garanticen la seguridad de la cadena logística y que faciliten el comercio a escala mundial con el objeto de aumentar la certidumbre y la predictibilidad.
- Permitir una gestión integral de la cadena logística en todos los medios de transporte.
- Ampliar el papel, las funciones y las capacidades de las aduanas de modo que puedan hacer frente a los desafíos y aprovechar las oportunidades del siglo XXI.
- Reforzar la cooperación entre las administraciones de aduanas a fin de mejorar sus capacidades para

la detección de los envíos de alto riesgo.

- Reforzar la cooperación entre las aduanas y las empresas.
- Fomentar la circulación fluida de mercancías a través de cadenas logísticas internacionales seguras.²

El Marco Normativo de la OMA, esta cimentado en dos pilares de colaboración Aduanas-Aduanas y Aduanas Empresas:

- a) Aduanas-Aduanas: El principio elemental de este pilar es la transmisión previa de información por medios electrónicos a fin de identificar la carga de alto riesgo, ya que anteriormente las aduanas inspeccionaban la carga una vez que llegaba al punto de entrada, lo que no permitía realizar una valoración anticipada del riesgo de los embarques.
- b) Aduanas-Empresas: Este pilar busca la asociación con el sector privado para que colabore en las tareas de garantizar la seguridad y confiabilidad de la cadena logística internacional, a través de la participación de empresas que ofrezcan un nivel elevado de garantías de seguridad y a su vez se traduzca en beneficios para las mismas,

² Organización Mundial de Aduanas. “Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global”. Junio de 2005. http://www.wcoomd.org/ie/En/Press/Cadre%20de%20normes%20SP_Version%20Juin%202005.pdf

tales como agilidad en los trámites, menos revisiones de sus embarques, entre otros.

Se observa que dentro de la normatividad que ofrece el Marco y su aceptación por los países miembros de la OMA, adicionalmente a la seguridad en la cadena logística, los países o gobiernos que se adhieran a este instrumento jurídico tendrán beneficios económicos ya que contribuye al desarrollo del comercio internacional bajo un esquema de seguridad y certidumbre.

A las Administraciones de aduanas participantes les brindará un mayor intercambio de información lo que generará un análisis de riesgo con mejores fundamentos, y a su vez fortalece los controles a lo largo de la cadena logística internacional logrando una mejor distribución y asignación de los recursos aduaneros. Al propiciar condiciones seguras para el comercio internacional será más fácil el envío de productos de un país a otro para los vendedores y compradores, asimismo, el Marco considera los modelos internacionales actuales de producción y distribución.

3.- LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA: ESTADOS UNIDOS Y NUEVA ZELANDA.

A. ESTADOS UNIDOS

El *Customs-Trade Partnership Against Terrorism* o C-TPAT implementado por la Aduana Estadounidense es un claro ejemplo de programas encaminados a la seguridad en la cadena de suministros. El C-TPAT es un acuerdo voluntario entre el *Customs and Border Protection (CBP)* y el sector privado para desarrollar una relación de cooperación enfocada a fortalecer la seguridad en las fronteras y evitar posibles atentados terroristas en la cadena de abastecimiento.

El C-TPAT permite a la aduana y las empresas participantes que por medio de una revisión colaborativa de los perfiles de seguridad establecidos por el programa, se establezca una mecánica operativa para implementar y ejecutar de manera efectiva las medidas de seguridad correspondientes al perfil de la empresa. Actualmente participan activamente dentro del territorio de los EUA: importadores, agentes aduanales, consolidadores de carga, autoridades portuarias y operadores de terminales marítimas, transportistas (aéreo, marítimo y terrestre), entre otros participantes de las cadenas de suministros.

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

17

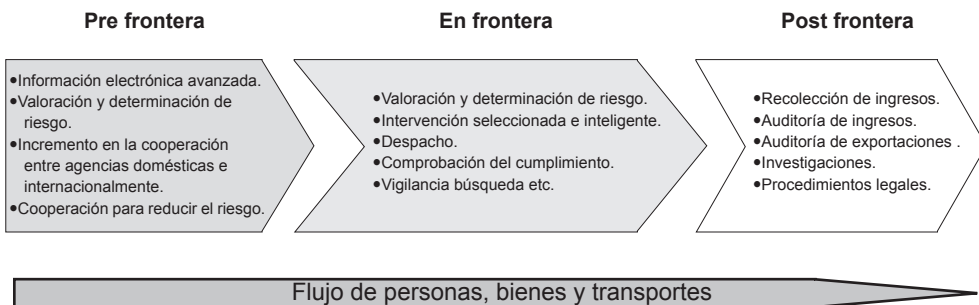
B. NUEVA ZELANDA

El Servicio Aduanero de Nueva Zelanda utiliza el “Sistema Administrativo de Frontera” para llevar a cabo su tarea en materia de seguridad nacional. Este sistema se basa en intervenciones pre-frontera, en la frontera y post-frontera. Utiliza los principios de la administración de riesgos y la gestión de información ligada dentro de las Aduanas y a lo largo de otras agencias gubernamentales, dando lugar a la administración de amplias capacidades de dirección en frontera.

La Aduana Neozelandesa ha pasado de un reforzamiento reactivo en la frontera a la prevención, investigación y facilitación al inicio o al final en la cadena de suministro. Dentro de sus objetivos están:

- Facilitar el comercio y flujo de pasajeros de una forma legal y de bajo riesgo.
- Enfocar los recursos en mercancías y personas identificadas de alto riesgo.
- Coordinarse con otros departamentos del Gobierno que tengan intereses en la frontera y desempeñarse correctamente para alcanzar los logros del Gobierno.

MODELO DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO DE FRONTERA



Fuente: World Customs Organization. “WCO Special Report: Integrated Border Management”
 February 2006, Núm. 49, p. 16.

4.- EL CONVENIO DE KYOTO PARA LA SIMPLIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE LOS REGÍMENES ADUANEROS.

4.1.- ANTECEDENTES.

Desde su nacimiento en 1952, el Consejo de Cooperación Aduanera (CCA), denominada a partir 1994 Organización Mundial de Aduanas (OMA), ha creado diversos convenios aduaneros con el fin de alcanzar sus objetivos, siendo administrados casi todos por esta Organización, excepto algunos, que si bien son promovidos por la misma, son administrados por la Organización Mundial de comercio (OMC), como el Acuerdo de Valoración Aduanera y el Acuerdo sobre Normas de Origen. Dentro de los instrumentos jurídicos alcanzados por la OMA se destacan los siguientes:

- a) Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convenio de Kyoto), en vigor el 25 de septiembre de 1974, y la Versión Revisada del Convenio de Kyoto de junio de 1999, en vigor a partir del 3 de febrero de 2006.
- b) Convenio del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, con entrada en vigor el 1º. de enero de 1988.
- c) Convenio internacional relativo a la importación temporal (Convenio de

Estambul), con entrada en vigor el 27 de noviembre de 1993.

- d) Convenio que establece documentos aduaneros de uso internacional (Convenio para la Admisión Temporal de Mercancías con Cuadernos ATA), con entrada en vigor el 30 de julio de 1963.
- e) Convenio para la importación temporal de equipo científico, con entrada en vigor el 5 de septiembre de 1962.
- f) Convenio para la importación temporal de equipo profesional, con entrada en vigor el 1º. de julio de 1962.
- g) Convenio relativo a las facilidades para la importación temporal de materiales para ferias, exhibiciones y eventos similares, con entrada en vigor el 13 de julio de 1962.
- h) Convenio para facilitar la importación de muestras comerciales y material de publicidad (Carnets ECS),³ con entrada en vigor el 3 de octubre de 1957.
- i) Convenio aduanero relacionado con material de salud de los marineros,⁴ con entrada en vigor el 11 de diciembre de 1965.

³ *Exchantillons Commerciaux-Comercial Samples.*

⁴ *Customs convention concerning welfare material for seafarers.*

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

19

- j) Convenio para la importación relativo sobre la importación temporal de envases, con entrada en vigor el 15 de marzo de 1962.
- k) Convenio Internacional sobre asistencia mutua administrativa para la prevención, investigación y represión de infracciones aduaneras (Convenio de Nairobi) con entrada en vigor el 21 de mayo de 1980.
- l) Convención Internacional de asistencia administrativa mutua en asuntos aduaneros (Convención de Johannesburgo) hecho el 27 de junio de 2003, no ha entrado en vigor.
- m) Convenio aduanero relativo al tránsito internacional de bienes (Convenio ITI), hecho el 7 de junio de 1971, no ha entrado en vigor.
- n) Convenio aduanero sobre contenedores, con entrada en vigor el 6 de diciembre de 1972.
- o) Convenio sobre el Valor en Aduana de las Mercancías (DVB), entró en vigor el 28 de julio de 1953.
- p) Acuerdo de Valoración Aduanera, publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 30 de diciembre de 1994.
- q) Acuerdo sobre Normas de Origen, publicado en el DOF el 30 de diciembre de 1994.
- r) Acuerdo sobre Normas de Origen, publicado en el DOF el 30 de diciembre de 1994.

Por otra parte, dentro de este marco de convenios aduaneros internacionales, cabe señalar que México se adhirió en el año de 1988 a la Organización Mundial de Aduanas, lo cual entre otros acontecimientos como la adjunción al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1986, marcó la inserción del país ante un nuevo esquema de apertura comercial lo cual trajo consigo un vertiginoso cambio en la legislación aduanera, y con ello la necesidad de alcanzar y mantener la modernización de las aduanas mexicanas.

Bajo este modelo de apertura comercial, basado en el fomento a las exportaciones, se vio la necesidad de abrogar, derogar o modificar, diversos instrumentos jurídicos, así como crear nuevas leyes y reglamentos, además de que las dependencias del gobierno federal relacionadas con el comercio exterior y aduanero, se vieron afectadas por la aplicación del nuevo modelo económico, pero especialmente todavía más por la entrada en vigor del TCLAN el 1º. de enero de 1994.

Mientras tanto, bajo este marco dado en el país, en el año de 1988 la OMA reconoció en su Declaración de Washington la necesidad de “emprender una acción global estructurada y coordinada en materia de simplificación, normalización y armonización de los regímenes aduaneros”. En base a esta declaración, como lo comenta Ricardo Hortal López, ello se conside-

ró como el auténtico motor de arranque de la revisión del *Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros* (Convención de Kyoto), iniciándose los trabajos que llevaría finalmente la adopción de la *Convención Internacional de simplificación y armonización de procedimientos aduaneros*,⁵ conocida mundialmente como la “Versión Revisada del Convenio de Kyoto”, realizada en Bruselas el 26 de junio de 1999.

4.2.- EL CONVENIO DE KYOTO DE 1974.

El Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros o Convenio de Kyoto, adoptado el 18 de mayo de 1973 entró en vigor el 25 de septiembre de 1974. No obstante que México nunca se adhirió al Convenio de Kyoto, éste sirvió de base para redactar la Ley Aduanera publicada en el DOF el 30 de diciembre de 1981, en vigor el 1o. de julio de 1982, misma que abrogó el Código Aduanero de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el DOF el 31 de diciembre de 1951.

Este Convenio nació como un instrumento internacional tendiente a disminuir las divergencias existentes entre los regímenes aduaneros de los

distintos países, que pudieren obstaculizar el comercio internacional. En tal sentido, las normas contenidas en dicho Convenio fueron orientadas a alcanzar un alto grado de simplificación y armonización de los regímenes aduaneros a nivel mundial, de tal forma que desde su entrada en vigor jugó un papel fundamental en la facilitación de los procedimientos aduaneros y del crecimiento del comercio internacional, así como del desarrollo económico de los países del mundo, bajo la premisa de que las aduanas y los procesos aduaneros no deben ser utilizados como barreras al comercio internacional y crecimiento de los países.

4.3.- VERSIÓN REVISADA DEL CONVENIO DE KYOTO.⁶

El vertiginoso desarrollo tecnológico, así como la urgente necesidad de establecer aduanas más competitivas y modernas, con esquemas de eficiencia y procedimientos informáticos que satisfagan las necesidades de los usuarios de las aduanas, dieron lugar a la necesidad de revisar los métodos y procedimientos aduaneros tradicionales. En 1995 vislumbraba ya la imperante necesidad de actualizar las disposiciones del Convenio de Kyoto de 1974 a fin de incorporar técnicas y prácticas aduaneras más modernas, así como la constatación de ciertas

⁵ Hortal López, Ricardo. La Revisión del Convenio de Kyoto. Cuadernos Aduaneros, Serie Naranja: Cuestiones Internacionales (Coord. Jorge Enrique Loera). Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional, México, 2000, p. 17.

⁶ Para un estudio más a fondo véase la interesante obra de Hortal López, Ricardo. Op. Cit.

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

21

deficiencias del mismo en relación a aspectos que formaban parte de sus objetivos principales, por lo que dichas circunstancias determinaron el inicio de un proceso de revisión global de dicho instrumento internacional.

Así las cosas, la OMA revisó y puso al día el Convenio de Kyoto para asegurar las demandas presentes de comercio internacional, adoptando la Versión Revisada del Convenio de Kyoto de junio de 1999, como nuevo prototipo de procedimientos modernos y eficaces de las aduanas en el siglo XXI. Esta Versión Revisada del Convenio, después de un poco más de seis años y medio de haber sido realizada, por fin entró en vigor el 3 de febrero del 2006, tres meses después de que las 40 Partes Contratantes de la Convención de Kyoto (1974) firmaran el «Protocolo de Enmienda» sin reserva de ratificación (o depositado sus instrumentos de ratificación o aprobación).⁷

Por tanto, hoy por hoy la Versión Revisada del Convenio de Kyoto se convierte en una herramienta para asistir el desarrollo de los procedimientos de las aduanas del mundo, mediante el establecimiento de principios y conceptos modernos. Éstos incluyen la aplicación de modernas tecnologías, la implementación de filosofías nuevas sobre el control aduanero. Otro de los principios de la versión revisada del Convenio es el compromiso de las Administraciones de las aduanas de los países miembros de

proveer transparencia y seguridad de los procedimientos aduaneros relacionados con el comercio internacional.

Adicionalmente, establece el compromiso de las Administraciones de aduanas de adoptar el uso y manejo de técnicas de riesgo, cooperar con otras autoridades competentes y organismos internacionales, así como implementar normas modernas apropiadas internacionales relacionadas con la materia aduanera. La Versión Revisada del Convenio de Kyoto también contiene reglas modernas y obligatorias para su aplicación que deben ser aceptadas sin reservas por todos los países contratantes.⁸

La Versión Revisada del Convenio de Kyoto prevé en sus Anexos General y Específicos, la promoción de la facilitación del intercambio comercial en los diferentes territorios aduaneros. Dichos Anexos detallan la aplicación de procedimientos simples y eficaces a fin de dar el máximo nivel de facilitación a las operaciones aduaneras de mercancías y de pasajeros. El Anexo General del Convenio revisado recomienda los siguientes principios que una Administración de Aduanas moderna debe llevar a cabo, dentro de los que destacan:⁹

- a) La estandarización y simplificación de procedimientos;

⁸ Organización Mundial de Aduanas, "The Kyoto Convention: Custom contributing to the development of international trade", página red: www.wcoomd.org/ie/En/Conventions/, julio de 2002.

⁹ Organización Mundial de Aduanas. Op. cit.

⁷ La Parte Contratante número 40 fue la India, misma que depositó su instrumento el 3 de noviembre de 2005.

- b) Desarrollo continuo y mejora de las técnicas de control aduanero;
- c) Máximo uso de tecnología de la información; y
- d) Complementación entre las aduanas y el comercio internacional.

Igualmente, los elementos importantes de la Versión Revisada del Convenio que deben ser aplicados por las Administraciones de aduanas modernas son:

- a) El máximo uso de sistemas automatizados;
- b) Técnicas de manejo de riesgo (incluyendo análisis y selección de controles de riesgo);
- c) El uso de información previa al arribo de embarques;
- d) El uso de transferencia electrónica de fondos;
- e) Actuación coordinada con otras agencias;
- f) Publicación de la información y requisitos aduanales, leyes, reglas y demás regulaciones, fácilmente disponibles para los usuarios; y
- g) Proveer un sistema de medios de defensa o revisiones en materia aduanera.

La Versión Revisada del Convenio de Kyoto prevé el establecimiento

de la implementación de guías para asegurar que los principios de simplificación y modernización contenidos en el Convenio sean aplicados en forma efectiva por las Administraciones Nacionales de Aduanas. Estas líneas sobre simplificación, a través del uso de técnicas de control y automatización efectivas, incluyen ejemplos prácticos que han sido desarrollados para cada procedimiento y puesta en práctica de los Anexos General y Específicos del Convenio.

Por otro lado, a efecto de que el Convenio funcione adecuadamente es importante que las Administraciones nacionales de aduanas trabajen unidas, a fin de consolidar los objetivos buscados por el Convenio revisado en beneficio del comercio internacional, pues aunque el Convenio de Kyoto de 1974 no tuvo originariamente una aceptación general en términos del número de Partes contratantes adheridas al mismo, es bien conocido el hecho de que hay muchos países que, aún no habiendo accedido a este Convenio, basan sus normas aduaneras nacionales en lo dispuesto por lo mismo, lo que ha dado como resultado que muchos tengan sus legislaciones aduaneras “*Kyotizadas*”.

Por ello el contenido de los anexos del Convenio revisado y el de sus diferentes capítulos no sólo hacen hincapié en cuestiones que no se contemplaban antes, pues habiendo ya existido, ahora han sido relacionadas con los regímenes aduaneros y el procedimiento aduanero bajo el principio de simplificación y armonización, y porque además ahora si se les reco-

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

23

noce la importancia que se merecen, dentro de la llamada “facilitación del comercio”, donde encontramos la transmisión y presentación electrónica de datos, así como la posibilidad de presentar declaraciones provisionales o incompletas.

Igualmente, sobresale entre las normas del Convenio de Kyoto revisado, entre otros muchos aspectos, que la legislación nacional determinará las condiciones en las que una persona queda autorizada para actuar como declarante, y también que cualquier persona con derecho a disponer de las mercancías será autorizada para actuar como declarante. Esto significa por un lado, que el declarante no tiene que ser necesariamente el propietario de las mercancías, pues pueden serlo el transportista, consignatario destinatario, un agente aduanal o en general cualquier poseedor legitimado; y por otra parte, que no se puede negar al propietario la posibilidad de encomendar la declaración a cualquier tercero, y no obligatoriamente a uno determinado, como puede ser al agente aduanal, a condición de que haya cedido a éste el derecho de disposición de las mercancías.

Sobre este último punto, se ha observado en la práctica que los monopolios generan conductas irregulares y abusos olvidando el fin para el cual el Estado les otorgó la patente aduanal a los agentes aduanales. A decir del Maestro Jorge Enrique Loera, México no se ha adherido al Convenio de Kyoto, ya que establece como obligatorio, entre de otros aspectos importantes, como se ha señalado, la utilización

opcional del agente aduanal por parte de los importadores y exportadores, lo que obligaría a reestructurar los procedimientos para el aforo de las mercancías de comercio exterior, pero sobre todo porque el despacho aduanero se encuentra completamente supeditado a la utilización del Sistema Automatizado Aduanero Integral (SAAI), y éste a su vez con los agentes aduanales, quienes actúan como intermediarios responsables directos y solidarios ante la autoridad aduanera.

5.- ¿UN NUEVO CÓDIGO ADUANERO?

Con todo lo señalado anteriormente ahora la pregunta que debo responder es: ¿el Sistema Aduanero de México se requiere de una nueva Ley Aduanera? De entrada, debo señalar que nuestro sistema aduanero desde el punto de vista de infraestructura, uso de tecnologías de la información y equipo, es uno de los más modernos del mundo, empero el concepto de *aduanas modernas* es mucho más amplio, ya que no sólo se limita a los aspectos de mejoras informáticas, de automatización, actualización tecnológica o de infraestructura y equipamiento, sino que debe incluir además elementos jurídicos que garanticen su actuación de facilitación, de competitividad, de capacitación constante del personal, despacho inteligente, armonización y simplificación de procedimientos, respeto a los derechos humanos de los usuarios, buena relación

con los sectores privados, cooperación y coordinación con los servicios aduaneros de otros países, concesión de ciertas funciones no sustantivas aduaneras y la utilización optativa del agente aduanal¹⁰ a través de nuevas figuras optativas para los importadores a fin de promover otro tipo de servicios aduaneros integrales, entre otros factores relevantes, como la correcta y científica aplicación de la gestión de riesgo y sistemas de preliberación, políticas aduaneras sólidas transexenales y la erradicación de la corrupción.

Lo anterior no sirve de mucho en las aduanas si no se regula su aplicación en una legislación aduanera moderna y articulada, por ello la adhesión de México a la Versión Revisada del Convenio de Kyoto (Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros), desde mi punto de vista, es el instrumento ideal para modernizar y consolidar en un **código adua-**

nero único a la legislación aduanera del país, misma que se encuentra como una red de telaraña muchas veces duplicada, confusa y con antinomias en tratados, leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, reglas generales, circulares, etcétera; y de esta manera aprovechar la participación que como Miembro tiene México en la Organización Mundial de Aduanas, combinada con el establecimiento de autoridades aduaneras únicas, esto es, la eliminación de la dispersión de autoridades que actualmente existen en materia aduanera y de comercio exterior, incluyendo las facultades aduaneras que tiene la Secretaría de Economía y otras dependencias federales.

El siguiente cuadro muestra los principales ordenamientos jurídicos nacionales vigentes que regulan el comercio exterior y las operaciones aduaneras en nuestro país, comparados con los Anexos Específicos de la Versión Revisada del Kyoto (VRCK):

¹⁰ El Código Aduanero de 1951 establecía en su artículo 33 la utilización de los agentes aduanales como una opción para los importadores.

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

Tabla 1. Anexos específicos de la VRCK y la legislación mexicana.

25

ANEXO / CAPÍTULO	DENOMINACIÓN	FIGURA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA (*Régimen Aduanero)	PRINCIPALES ORDENAMIENTOS
Anexo A			
	Llegada de las mercancías a un territorio aduanero		
Capítulo 1	Formalidades previas a la presentación de la declaración de mercancías	La legislación nacional no define este supuesto pero encontramos disposiciones similares en los Títulos Primero y Segundo de la LA y Primero y Segundo del RLA, así como en las Unidades Segunda y Tercera del MOA.	LA, RLA, CFF, LCE, LFD, RCGMCE, MOA
Capítulo 2	Depósito temporal de mercancías	Depósito ante la aduana.	LA, RLA, CFF, RCGMCE, MOA
Anexo B Importación			
Capítulo 1	Despacho a consumo	*Régimen de importación definitiva.	LA, LIGIE, LFD, RLA, RCGMCE, MOA
Capítulo 2	Reimportación en el mismo estado	*Régimen de exportación temporal para retornar al país en el mismo estado.	LA, LFD, RLA, RCGMCE, MOA
Capítulo 3	Franquicia de derechos e impuestos a la importación	Exenciones.	LA, RLA, CFF, TIGIE, LIVA, RCGMCE, RMF MOA
Anexo C Exportación			
Capítulo 1	Exportación definitiva	*Régimen de exportación definitiva.	LA, LIGIE, LIVA, LFD, RLA, RCGMCE, RCCMCE, MOA

Seminario de Comercio Exterior

26

Tabla 1. Continúa.

ANEXO / CAPÍTULO	DENOMINACIÓN	FIGURA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA (*Régimen Aduanero)	PRINCIPALES ORDENAMIENTOS
Anexo D	Depósitos aduaneros y zonas francas		
Capítulo 1	Depósitos aduaneros.	*Régimen de depósito fiscal. Adicionalmente, este régimen tiene las siguiente modalidades: - <i>Duty free.</i> -Para exposiciones internacionales de mercancías. -Para industria automotriz terminal.	LA, LIGIE, CFF, LFD, RLA, LGOAAC, LGTOC, TLC's, RCGMCE, RCCMCE, MOA
Capítulo 2	Zonas francas.	No existe esta figura en la legislación nacional, lo que más se aproxima a las características de ésta es el régimen de recinto fiscalizado estratégico —el cual no se prevé en el Convenio de Kyoto—, que fue instituido en la LA con el propósito de sustituir a las zonas libres o francas.	No existe.
Anexo E	Tránsito		

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

27

Tabla 1. Continúa.

ANEXO / CAPÍTULO	DENOMINACIÓN	FIGURA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA (*Régimen Aduanero)	PRINCIPALES ORDENAMIENTOS
Capítulo 1	Tránsito aduanero.	*Régimen de tránsito de mercancías (interno e internacional).	LA, LFD, RLA, RCGMCE, MOA
Capítulo 2	Transbordo.	Transbordo.	LA, RLA, RCGMCE, MOA
Capítulo 3	Tráfico de cabotaje.	Tráfico de cabotaje.	LN, RLA, MOA
Anexo F Perfeccionamiento			
Capítulo 1	Perfeccionamiento activo.	Este régimen se asemeja con tres modalidades previstas en la legislación aduanera nacional: *Régimen de importación temporal para elaboración, transformación o reparación en programas de maquila o de exportación. *Régimen de elaboración, transformación o reparación en recinto fiscalizado. *Régimen de recinto fiscalizado estratégico.	LA, LIGIE, RLA, CFF, LFD, LCE, RCGMCE, RCCMCE, MOA, TLC's, LIVA, LISR, Decreto IMMEX
Capítulo 2	Perfeccionamiento pasivo.	*Régimen de exportación temporal para elaboración, transformación o reparación.	LA, LIGIE, LFD, RLA, CFF, RCGMCE, RCCMCE, MOA, LIVA

Seminario de Comercio Exterior

28

Tabla 1. Continúa.

ANEXO / CAPÍTULO	DENOMINACIÓN	FIGURA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA (*Régimen Aduanero)	PRINCIPALES ORDENAMIENTOS
Capítulo 3	<i>Drawback.</i>	Devolución de impuestos de importación.	CFF, LCE, Decreto <i>draw-back</i> , TLC's, RCGMCE, RCCMCE,
Capítulo 4	Transformación para despacho a consumo.	No existe este régimen como tal en la legislación nacional, lo que más se aproxima a las características de éste es el régimen de recinto fiscalizado estratégico el cual no se prevé en el Convenio de Kyoto.	No existe
Anexo G Importación temporal			
Capítulo 1	Importación temporal.	*Régimen de importación temporal para retornar al extranjero en el mismo estado.	LA, LFD, RLA, RCGMCE, MOA
Anexo H Infracciones			
Capítulo 1	Infracciones aduaneras.	Infracciones y sanciones.	CPEUM, LA, RLA, CFF, LCE, LSAT, LIF, RISAT, LFDC, LAM, LFPCA, RCFF, RCGMCE, MOA
Anexo J Procedimientos especiales			
Capítulo 1	Viajeros.	Pasajeros.	LA, LIGIE, CFF, RLA, RCGMCE, MOA
Capítulo 2	Tráfico postal.	Vía postal.	LA, LIGIE, CFF, RLA, RCGMCE, MOA

El derecho procesal administrativo

Alberto Fernández Madrazo*

Sumario: 1.- El Derecho Procesal Administrativo. 2.- De los Tribunales Administrativos. 3.- Del Juicio Federal. 4.- De su Procedencia. 5.- Del Sobreseimiento. 6.- De la Naturaleza e Integración del Tribunal. 7.- De la Sala Superior. 8.- Del Nombramiento de los Magistrados. 9.- De los Magistrados Instructores. 10.- De los Magistrados Supernumerarios. 11.- Del Pleno y sus Facultades. 12.- Del Presidente del Tribunal. 13.- De las Secciones de la Sala Superior. 14.- De la Competencia de las Secciones. 15.- De la Designación de los Presidentes de las Secciones. 16.- De las Salas Regionales. 17.- De la Competencia de las Salas Regionales. 18.- De la Designación de los Presidentes de las Salas Regionales. 19.- Del Recurso de Reclamación. 20.- Del Recurso de Revisión. 21.- Del Juicio de Amparo. 22.- Del Juicio de Amparo Indirecto. 23.- Del Juicio de Amparo Directo.

Resumen: El Derecho Procesal Administrativo tiene por objeto y fin la protección de los administrados frente a la Administración Pública, así como mantener la eficacia del Derecho Administrativo a través de la función jurisdiccional. De modo que, salta a la vista la importancia jurídica, política y social de la función jurisdiccional administrativa, porque mediante ella, el Estado cumple en última instancia, con la obligación de administrar justicia, sin la cual la sociedad no puede subsistir, ni mucho menos desarrollarse. Por lo tanto, el juicio contencioso administrativo o, también llamado juicio de nulidad se convierte en el medio de control jurisdiccional por excelencia, sobre actos y resoluciones ilegales de la Administración Pública.

* Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho. Publicaciones. Teoría del Delito, Editorial UNAM. Actividad Profesional. Servidor Público y Abogado Litigante. Colaborador. Diarios y Revistas.

1.- EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO.

El Derecho Procesal Administrativo tiene por objeto y fin la protección de los administrados frente a la Administración Pública, así como mantener la eficacia del Derecho Administrativo a través de la función jurisdiccional, es decir, el Derecho Procesal Administrativo como disciplina jurídica es un conjunto de normas, debidamente ordenadas, sistematizadas, y jerarquizadas cuyo objeto específico es el ejercicio de la función jurisdiccional administrativa. La emisión de un acto o una resolución administrativa que se considera contraria a derecho, en primera instancia faculta a los afectados a utilizar como medios de impugnación los denominados recursos administrativos de carácter no jurisdiccional. Sin embargo, estos recursos administrativos son del conocimiento de la propia autoridad que emitió el acto o la resolución administrativa. La emisión de un acto o una resolución administrativa que considere contraria a derecho, en primera instancia faculta a los afectados a utilizar como medios de impugnación los denominados recursos administrativos de carácter no jurisdiccional. Sin embargo, estos recursos administrativos son del conocimiento de la propia autoridad que emitió el acto o la resolución en cuestión, o en su caso de su superior jerárquico, quienes en la mayor parte de los casos no actúan con la imparcialidad y justicia debida. Por lo tanto, el juicio contencioso administrativo o, también llamado juicio de

nulidad se convierte en el medio de control jurisdiccional por excelencia, sobre los actos y resoluciones ilegales de la Administración Pública.

De modo que, salta a la vista la importancia jurídica, política, y social de la función jurisdiccional administrativa, porque mediante ella, el Estado cumple en última instancia, con la obligación de administrar justicia, sin la cual la sociedad no puede subsistir, ni mucho menos desarrollarse. Dicha importancia queda de manifiesto en la Constitución Federal, en la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y en el Reglamento de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, las cuáles definen y delimitan perfectamente el Proceso Administrativo, establece los órganos correspondiente para su ejercicio, y señala los recursos en contra de sus resoluciones, incluyendo al juicio de amparo que es el medio de control constitucional por excelencia.

Así pues, antes de comenzar la elaboración de éste trabajo, debe distinguirse perfectamente entre Procedimiento Administrativo y Proceso Administrativo. El Procedimiento Administrativo es el conjunto de actos en los cuáles se materializa la acción de la Administración Pública para la satisfacción de los intereses y los fines particulares; la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal en su artículo 2º, f. XXII, establece el procedimiento administrativo es el conjunto de trámites y formalidades jurídicas que preceden a todo acto administrati-

El derecho procesal administrativo

37

vo como su antecedente y fundamento, los cuales son necesarios para su perfeccionamiento, condicionan su validez y persiguen un interés general. Por el contrario, el Proceso Administrativo es una serie de actos que tienen como fin primordial y específico el que el órgano jurisdiccional administrativo declare la verdad jurídica correspondiente entre las partes. Siendo incontrovertible que el Proceso Administrativo es un verdadero proceso, su naturaleza jurídica es la misma que la del Proceso Civil, Penal, Mercantil.

Para Eduardo García de Enterría, el Procedimiento Administrativo, se singulariza en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativos, es decir, es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación de la Administración Pública para la realización de los intereses y los fines de los administrados. Por el contrario, el Proceso Administrativo tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes, mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el Juez o Tribunal según la legislación vigente en cada país. Es decir, la ley regulará el Procedimiento Administrativo a través del cual pueden producirse los actos administrativos, garantizado cuando proceda, el derecho de audiencia del interesado, y en todo caso, está forma peculiar de gestión de los asuntos públicos, por estar sometida al principio de legalidad, exige, el cumplimiento de determinadas formalidades que, permitirán después

el control jurisdiccional, mediante el Proceso Administrativo.” (García de Enterría Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, 2001, Madrid, p. 437).

Con otras palabras, producido un Acto Administrativo a través del Procedimiento Administrativo correspondiente, el orden jurídico reconoce a sus destinatarios la posibilidad de impugnarlo, bien ante la propia Administración Pública de quien el acto procede, bien ante Tribunales Administrativos. Existen, pues, en principio una dualidad de recursos administrativos y jurisdiccionales, una doble garantía a disposición de los gobernados que se ven afectados en su persona o en su patrimonio por los actos y resoluciones de la Administración Pública. La Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal en su artículo 2º, f.I, establece: Para los efectos de la presente ley, se entenderá por acto administrativo, la declaración unilateral de voluntad, externa, concreta y ejecutiva, emanada de la administración Pública del Distrito federal, en el ejercicio de las facultades que le son conferidas por los ordenamientos jurídicos.

La Ley Federal de Procedimiento Contenciosos Administrativo en el artículo 3, establece: Son elementos y requisitos del acto administrativo: I. Ser expedidos por órgano competente a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo; II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de

tiempo y lugar, y previsto por la ley; III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos; IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición; V. Estar fundado y motivado; VI. (Se deroga); VII. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento prevista en esta Ley; VIII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto; IX. Ser expedido sin que medie dolo violencia en su emisión; X. Mencionar el órgano del cual emana; XI. (Se deroga); XII. Ser expedido sin que medie error a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas; XIII. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión; XIV. Tratándose de actos administrativos deben notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y pueda ser consultado el expediente respectivo; XV. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y XVI. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley. Por su parte, el artículo 8 de la misma Ley, establece: El acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.

Asimismo, la Ley de Procedimientos Administrativos del D.F., en el artículo 108, establece el recurso de inconformidad: Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas podrán a su elección interponer el recurso de inconformidad previsto en esta ley o intentar el juicio de nulidad ante el Tribunal. El recurso de inconformidad tendrá por objeto que el superior jerárquico de la autoridad emisora confirme, modifique, revoque o anule el acto administrativo recurrido. Por su parte el artículo 2, f. XXIV de la misma ley, establece: La Resolución Administrativa es el acto administrativo que pone fin a un procedimiento de manera expresa, o presunta en caso de silencio de la autoridad administrativa competente, que decide todas y cada una de las cuestiones planteadas por los interesados o previstas por las normas. Por su parte, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo en su artículo 2, establece: El juicio contenciosos administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Asimismo, procede dicho juicio contra los actos administrativos, decretos y acuerdos de carácter general, diversos a los reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación. Las autoridades de la Administración Pública Federal tendrán acción para controvertir una resolución administrativa favorable a

El derecho procesal administrativo

39

un particular cuando estime que es contraria a la ley.

2.- DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.

La Constitución Federal establece en relación a los Tribunales Administrativos en sus artículos 73, XXIX-H; artículo 116-V; artículo 122, apartado C, BASE QUINTA. El Congreso tiene facultad: Para expedir leyes que instituyen Tribunales de lo Contencioso Administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias, que se susciten entre la Administración Pública Federal y los Particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones. Las Constituciones y leyes de los Estados podrán instituir Tribunales de lo Contencioso Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases: BASE QUINTA. Existirá un Tribunal de lo Contenciosos Administrativo, que tendrá plena autonomía para dirimir las controversias entre los particulares y las autoridades

de la Administración Pública Local del Distrito Federal. Se determinarán las normas para su integración y atribuciones, mismas que serán desarrolladas por su Ley Orgánica (la cual será expedida por la Asamblea Legislativa).

Ahora nos ocuparemos del Juicio Federal. De su procedencia. Del sobreseimiento. De la naturaleza e integración del tribunal. De la Sala Superior. Del nombramiento de los Magistrados. De los Magistrados Instructores. De los Magistrados Supernumerarios. Del pleno y sus facultades. Del presidente del tribunal. De las secciones. De la competencia de las secciones. De la designación de los presidentes de las secciones. De las salas regionales. De la competencia de las salas regionales. De la designación de los presidentes de las salas regionales. Del recurso de reclamación. Del recurso de revisión. Del juicio de amparo. Del juicio de amparo indirecto. Del juicio de amparo directo.

3.- DEL JUICIO FEDERAL

Los juicios que se promueven ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se regirán por las disposiciones que establece la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de los que México sea parte. A falta de disposición expresa se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimiento Civiles, siempre que la disposición de este último ordenamiento no contravenga las que regulan el juicio contencioso

administrativo federal que establece la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Cuando la resolución recaída a un recurso administrativo, no satisfaga el interés jurídico del recurrente, y éste la controvierta en el juicio contencioso administrativo federal, se entenderá que simultáneamente impugna la resolución recurrida en la parte que continúa afectándolo, pudiendo hacer valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso. Asimismo, cuando la resolución a un recurso administrativo declare por no interpuesto o lo deseche por improcedente, siempre que la Sala Regional competente determine la procedencia del mismo, el juicio contencioso administrativo procederá en contra de la resolución recurrida en la parte que continúa afectándolo, pudiendo hacer valer conceptos de la impugnación no planteados en el recurso. Asimismo, cuando la resolución a un recurso administrativo declare por no interpuesto o lo deseche por improcedente, siempre que la Sala Regional competente determine la procedencia del mismo, el juicio contencioso administrativo procederá en contra de la resolución objeto del recurso, pudiendo en todo caso hacer valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso.”¹.

4.- DE SU PROCEDENCIA.

El juicio contencioso administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Asimismo, procede dicho juicio contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación. Las autoridades de la Administración Pública federal, tendrán acción para controvertir una resolución administrativa favorable a un particular cuando estime que es contraria a la ley.”². La Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal denomina procedimiento de lesividad, al procedimiento incoado por las autoridades administrativas del Distrito Federal ante el Tribunal, solicitando la declaración de nulidad de resoluciones administrativas favorables a los particulares, por considerar que lesionan a la administración pública o al interés público.”³.

5.- DEL SOBRESEIMIENTO.

Procede el sobreseimiento: I. Por desistimiento del demandante. II. Cuando durante el juicio aparezca o sobrevenga alguna de las causas de

¹ ARTICULO 1, LFPCA.

² ARTICULO 2, LFPCA.

³ ARTICULO 2, f. XXIII. LPADF.

El derecho procesal administrativo

41

improcedencia. III. En el caso de que el demandante muera durante el juicio si su pretensión es intransmisible o, si su muerte, deja sin materia el proceso. IV. Si la autoridad demandada deja sin efecto la resolución o acto impugnados, siempre y cuando se satisfaga la pretensión del demandante. V. Si el juicio queda sin materia. VI. En los demás casos en que por disposición legal haya impedimento para emitir una resolución en cuanto al fondo. El sobreseimiento del juicio podrá ser total o parcial.”⁴.

6.- DE LA NATURALEZA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un tribunal de lo contencioso-administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con la organización y atribuciones que la Ley establece. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se integra por: I. La Sala Superior; (que actuará en Pleno y en dos Secciones). II. Las Salas Regionales, y III. La Junta de Gobierno y Administración”⁵.

7.- DE LA SALA SUPERIOR

La Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se compondrá de trece Magistrados

especialmente nombrados para integrarla, de los cuales once ejercerán funciones jurisdiccionales y dos formarán parte de la Junta de Gobierno y Administración, durante los periodos que señala esta Ley. La Sala Superior del Tribunal actuará en Pleno o en dos Secciones. Los dos Magistrados de Sala Superior que formen parte de la Junta de Gobierno y Administración del Tribunal, no integrarán el Pleno ni las Secciones por el tiempo que dure su encargo en dicha Junta, salvo en los casos previstos en las fracciones I, I, III, IV y V del artículo 18 de esta Ley.”⁶.

8.- DEL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS.

El Presidente de la República, con la aprobación de la Cámara de Senadores, nombrará a los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En los recesos de la Cámara de Senadores, los nombramientos de Magistrados que haga el Presidente de la República serán sometidos a la aprobación de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. Los Magistrados de la Sala Superior serán nombrados por un periodo de quince años improrrogables, los que se computarán a partir de la fecha de su nombramiento. Los Magistrados de Sala Regional y los Magistrados Supernumerarios de Sala Regional serán nombrados

⁴ ARTICULO 9, LFPCA.

⁵ ARTICULO 1 LOTFJA.

⁶ ARTICULO 16, LOTFJA.

por un periodo de diez años, los que se computarán a partir de la fecha de su nombramiento. Las personas que hayan concluido el periodo para el que fueron nombradas como Magistrados de Sala Regional, podrán ser consideradas para nuevos nombramientos. Las personas que hayan concluido el periodo para el que fueron nombradas como Magistrados Supernumerarios de Sala Regional, no podrán ser nombradas nuevamente para ocupar dicho encargo.”⁷.

9.- DE LOS MAGISTRADOS INSTRUCTORES.

Los Magistrados instructores tendrán las siguientes atribuciones: 1. Admitir, desechar o tener por no presentada la demanda o su ampliación, si no se ajustan a la ley; 2. Admitir o tener por no presentada la contestación de la demanda ó de su ampliación o, en su caso, desecharlas; 3. Admitir o rechazar la intervención del tercero; 4. Admitir, desechar o tener por no ofrecidas las pruebas; 5. Sobreseer los juicios antes de que se cierre la instrucción, cuando el demandante se desista de la acción o se revoque la resolución impugnada, así como en los demás casos que establezcan las disposiciones aplicables; 6. Admitir, desechar y tramitar los incidentes y recursos que les competan, formular los proyectos de resolución, de aclaraciones de sentencia y de resoluciones de queja rela-

cionadas con el cumplimiento de las sentencias, y someterlos a la consideración de la Sala; 7. Dictar los acuerdos o providencias de trámite necesarios para instruir el juicio, incluyendo la imposición de las medidas de apremio necesarias para hacer cumplir sus determinaciones, acordar las promociones de las partes y los informes de las autoridades y atender la correspondencia necesaria, autorizándola con su firma; 8. Formular el proyecto de sentencia definitiva y, en su caso, de cumplimiento de ejecutorias; 9. Dictar los acuerdos y providencias relativas a las medidas cautelares provisionales en los términos de la Ley Federal de Procedimientos Contencioso Administrativo, así como proponer a la Sala el proyecto de resolución correspondiente a la medida cautelar definitiva que se estime procedente; 10. Las demás que les correspondan conforme a las disposiciones legales aplicables.”⁸.

10.- DE LOS MAGISTRADOS SUPERNUMERARIOS.

El tribunal contará con cinco Magistrados Supernumerarios de Sala Regional, que cubrirán las faltas de los Magistrados de Sala Regional en los casos previstos en esta Ley, y sustituirán a los dos Magistrados de Sala Regional que se integren a la Junta de Gobierno y Administración, durante su encargo. Los Magistrados Supernumerarios, durante el tiempo que

⁷ ARTICULO 4-5, LOTFJFA.

⁸ ARTICULO 38, LOTFJFA.

El derecho procesal administrativo

43

no cubran las faltas señaladas en el párrafo anterior, deberán desempeñar las tareas que les encomiende el Pleno de la Sala Superior.”⁹.

11.- DEL PLENO Y SUS FACULTADES

El Pleno estará integrado por el Presidente del Tribunal y por diez Magistrados de Sala Superior. Son facultades del Pleno, las siguientes: I. Elegir de entre los Magistrados de Sala Superior al Presidente del Tribunal; II. Aprobar y expedir el Reglamento interior del Tribunal en el que se deberán incluir entre otros aspectos, las regiones, sede y número de Salas Regionales, así como las materias específicas de competencia de las Secciones de la Sala Superior o de las Salas Regionales y los criterios conforme a los cuales se ejercerá la facultad de atracción; III. Expedir el Estatuto de Carrera a que se refiere el párrafo segundo del artículo 10 de esta Ley; IV. Elegir a los Magistrados de Sala Superior y de Sala Regional que se integrarán a la Junta de Gobierno y Administración conforme a lo previsto por el artículo 40 de esta Ley; V. Aprobar y someter a consideración del Presidente de la República la propuesta para el nombramiento de Magistrados del Tribunal, previa evaluación de la Junta de Gobierno y Administración; VI. Fijar y, en su caso, cambiar la adscripción de los Magistrados de las Secciones; VII. Designar al Secretario General de Acuerdos, a los

Secretarios Adjuntos de las Secciones y al Contralor Interno, a propuesta del Presidente del Tribunal; VIII. Resolver todas aquellas situaciones que sean de interés para el Tribunal y cuya resolución no esté encomendada a algún otro de sus órganos; IX. Establecer, modificar y suspender la jurisprudencia del Tribunal conforme a las disposiciones legales aplicables, aprobar las tesis y los rubros de los precedentes y ordenar su publicación en la Revista del Tribunal; X. Resolver los juicios con características especiales, en términos de las disposiciones aplicables, incluidos aquéllos que sean de competencia especial de las Secciones; XI. Dictar sentencia interlocutoria en los incidentes y recursos que procedan en contra de los actos emitidos en el procedimiento seguido ante el Presidente del Tribunal para poner en estado de resolución un juicio competencia del Pleno, inclusive cuando se controvierta la notificación de los actos emitidos por éste, así como resolver la aclaración de sentencia, la queja relacionada con el cumplimiento de las resoluciones y determinar las medidas que sean procedentes; XII. Ordenar que se reabra la instrucción, cuando se amerite en términos de las disposiciones aplicables; XIII. Resolver sobre las excusas, excitativas de justicia y recusaciones de los Magistrados del Tribunal y respecto a los Magistrados de Sala Regional designar de entre los Secretarios a quienes deban sustituirlos; XIV. Dictar sentencia definitiva en los juicios promovidos por los Magistrados del Tribunal, en contra de sanciones impuestas por la Junta de Gobierno y Administra-

⁹ ARTICULO 9, LOTFJFA.

ción, en aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y someter a la consideración del Presidente de la República la destitución de un Magistrado, en los términos del artículo 7 de esta Ley; XV. Las que se funden en un Tratado o Acuerdo Internacional para evitar la doble tributación o en materia comercial, suscrito por México, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor alguno de los referidos Tratados o Acuerdos; XVI. Las demás que establezcan las leyes¹⁰.

12.- DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

El Presidente del Tribunal será electo por el Pleno de la Sala Superior en la primera sesión del año siguiente a aquél en que concluya el periodo del Presidente en funciones. Durará en su cargo tres años y no podrá ser reelecto para el periodo inmediato siguiente. Serán elegibles los Magistrados de Sala Superior cuyos nombramientos cubran el periodo antes señalado. En caso de falta temporal, el Presidente será suplido alternativamente, cada treinta días naturales, por los Presidentes de las Secciones, siguiendo el orden alfabético de sus apellidos. Si la falta es definitiva, el Pleno designará nuevo Presidente para concluir el periodo del Presidente faltante.

¹⁰ ARTICULO 17-18, LOTFJFA.

El Magistrado designado para concluir el periodo no estará impedido para ser electo Presidente en el periodo inmediato siguiente.”¹¹.

13.- DE LAS SECCIONES DE LA SALA SUPERIOR.

Las Secciones estarán integradas por cinco Magistrados de Sala Superior, adscritos a cada una de ellas por el Pleno. El Presidente del Tribunal no integrará Sección, salvo cuando sea requerido para integrarla ante la falta de quórum, en cuyo caso presidirá las Secciones, o cuando la Sección se encuentre imposibilitada para elegir su Presidente, en cuyo caso el Presidente del Tribunal fungirá provisionalmente como Presidente de la Sección, hasta que se logre la elección.”¹².

14.- DE LA COMPETENCIA DE LAS SECCIONES

Son facultades de las secciones las siguientes: I. Dictar sentencia definitiva en los juicios que traten las materias señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior, a excepción de aquellos en los que se controvierta exclusivamente la aplicación de cuotas compensatorias; II. Resolver los juicios con características especiales, en términos de las disposiciones aplicables;

¹¹ ARTICULO 28-29, LOTFJFA.

¹² ARTICULO 22, LOTFJFA.

El derecho procesal administrativo

45

III. Dictar sentencia interlocutoria en los incidentes y recursos que procedan en contra de los actos emitidos en el procedimiento seguido ante el Presidente de la Sección para poner en estado de resolución un asunto competencia de la propia Sección, inclusive cuando se controvierta la notificación de los actos emitidos por ésta, así como resolver la aclaración de sentencias, la queja relacionada con el cumplimiento de las resoluciones y determinar las medidas que sean procedentes; IV. Ordenar que se reabra la instrucción, cuando se amerite en términos de las disposiciones aplicables; V. Dictar sentencia definitiva en los juicios promovidos por los Secretarios, Actuarios y demás personal del Tribunal, en contra de sanciones impuestas por la Junta de Gobierno y Administración, en aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; VI. Establecer, suspender y modificar la jurisprudencia de la Sección y apartarse de ella, conforme a las disposiciones legales aplicables, aprobar las tesis y los rubros de los precedentes y ordenar su publicación en la Revista del Tribunal; VII. Resolver los conflictos de competencia que se susciten entre las Salas Regionales, y VIII. Resolver los demás asuntos que establezcan las leyes.”¹³.

15.- DE LA DESIGNACIÓN DE LOS PRESIDENTES DE LAS SECCIONES.

Los Presidentes de las Secciones serán designados por los integrantes de la Sección correspondiente en la primera sesión de cada año, la cual será privada. Durará en su cargo un año y no podrán ser reelectos para el periodo inmediato siguiente. En el caso de faltas temporales de los Presidentes, serán suplidos por los Magistrados de la Sección siguiendo el orden alfabético de sus apellidos. Si la falta es definitiva, las Sección designará Presidente para concluir el periodo del Presidente faltante. El Magistrado designado para concluir el periodo no estará impedido para ser designado Presidente en el periodo inmediato siguiente.”¹⁴.

16.- DE LAS SALAS REGIONALES

El Tribunal tendrá Salas Regionales, con jurisdicción en la circunscripción territorial que les sea asignada, integradas por tres Magistrados cada una. Las Salas Regionales conocerán de los juicios que se promuevan en los supuestos señalados en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con excepción de los que corresponda resolver al Pleno o a las Secciones de la Sala Superior. Para los efectos del artículo 31 de esta Ley, el territorio

¹³ ARTICULO 23, LOTFJFA.

¹⁴ ARTICULO 26, LOTFJFA.

nacional se dividirá en regiones con los límites territoriales que se determinen en el Reglamento Interior del Tribunal, conforme a los estudios y propuesta de la Junta del Gobierno y Administración, con base en las cargas de trabajo y los requerimientos de administración de justicia. En cada una de las regiones a que se refiere el artículo anterior habrá el número de Salas que establezca el Reglamento Interior del Tribunal, en el que también se determinará la sede, su circunscripción territorial, la distribución de expedientes, la fecha de inicio de funciones y, en su caso, su especialidad”¹⁵.

17.- DE LA COMPETENCIA DE LAS SALAS REGIONALES

Las Salas Regionales conocerán de los juicios por razón de territorio, atendiendo al lugar donde se encuentre el domicilio fiscal del demandante, excepto cuando: I. Se trate de personas morales que: a) Formen parte del sistema financiero, en los términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, o, b) Tengan el carácter de controladoras o controladas, de conformidad con la Ley del Impuesto sobre la Renta, y determinen su resultado fiscal consolidado. II. El demandante resida en el extranjero y no tenga domicilio fiscal en el país. III. Se impugnen resoluciones emitidas por la Administración General de Grandes Contribuyentes del Servicio de Administración Tributaria o por

las unidades administrativas adscritas a dicha Administración General. En los casos señalados en estas fracciones, será competente la Sala Regional de la circunscripción territorial en que se encuentre la sede de la autoridad que hay dictado la resolución impugnada y, siendo varias las resoluciones impugnadas, la Sala Regional de la circunscripción territorial en que se encuentre la sede de la autoridad que pretenda ejecutarlas. Cuando el demandante resida en territorio nacional y no tenga domicilio fiscal, se atenderá la ubicación de su domicilio particular. Si el demandante es una autoridad que promueve la nulidad de alguna resolución administrativa favorable a un particular, será competente la Sala Regional de la circunscripción territorial en que se encuentre la sede de la autoridad actora. Se presumirá que el domicilio señalado en la demanda es el fiscal salvo que la parte demandada demuestre lo contrario. Los asuntos cuyo despacho competa a las Salas Regionales serán instruidos por turno por los Magistrados que integren la Sala de que se trate.”¹⁶.

18.- DE LA DESIGNACIÓN DE LOS PRESIDENTES DE LAS SALAS REGIONALES.

Los Presidentes de las Salas Regionales serán designados por los Magistrados que integren la Sala en primera sesión de cada ejercicio, dura-

¹⁵ ARTICULO 31-32-33, LOTFJFA.

¹⁶ ARTICULO 34, LOTFJFA.

El derecho procesal administrativo

47

rán en su cargo un año y no podrán ser reelectos para el periodo inmediato siguiente. En el caso de faltas temporales, los Presidentes serán suplidos por los Magistrados de la Sala en orden alfabético de sus apellidos. Si la falta es definitiva, la Sala designará nuevo Presidente para concluir el periodo del Magistrado faltante. El Magistrado designado para concluir el periodo no estará impedido para ser electo Presidente en el periodo inmediato siguiente.”¹⁷.

19.- DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN

El recurso de reclamación procederá en contra de las resoluciones del Magistrado Instructor que admitan, desechen o tengan por no presentada la demanda, la contestación, la ampliación de ambas o alguna prueba; las que decreten o nieguen el sobreseimiento del juicio antes del cierre de instrucción; aquéllas que admitan o rechacen la intervención del tercero. La reclamación se interpondrá ante la Sala o Sección respectiva, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación de que trate.”¹⁸.

Interpuesto se ordenará correr traslado a la contraparte por el término de cinco días para que exprese lo que a su derecho convenga y sin más trámite dará cuenta a la Sala para que

resuelva en término de cinco días. El magistrado que haya dictado el acuerdo recurrido no podrá excusarse.”¹⁹. Cuando la reclamación se interponga en contra del acuerdo que sobresea el juicio antes de que se hubiera cerrado la instrucción, en caso de desistimiento del demandante, no será necesario dar vista a la contraparte.”²⁰. Como único caso de excepción, las sentencias interlocutorias que concedan o nieguen la suspensión definitiva, podrán ser impugnadas mediante la interposición del recurso de reclamación ante la Sección de la Sala Superior en turno del Tribunal, mediante escrito que se presente ante la Sala Regional que haya dictado la sentencia, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación respectiva. Interpuesto el recurso en los términos señalados en el párrafo anterior, la Sala Regional ordenará correr traslado a la contraparte por el término de cinco días para que exprese lo que a su derecho convenga. Una vez transcurrido dicho plazo, la Sala Regional remitirá a la Sección de la Sala Superior que por turno corresponda, dentro de las veinticuatro horas siguientes, copia certificada del escrito de demanda, de la sentencia interlocutoria recurrida, de su notificación y del escrito que contenga el recurso de reclamación, con expresión de la fecha y hora de recibido. Una vez remitido el recurso de reclamación en los términos antes señalados, se dará cuenta a la Sala Superior que por turno corres-

¹⁷ ARTICULO 36, LOTFJFA.

¹⁸ ARTICULO 59, LFPCA.

¹⁹ ARTICULO 60, LFPCA.

²⁰ ARTICULO 61, LFPCA.

ponda para que resuelva en el término de cinco días.”²¹.

20.-DEL RECURSO DE REVISIÓN.

Las resoluciones emitidas por el Pleno, las Secciones de la Sala Superior o por las Salas Regionales que decreten o nieguen el sobreseimiento, las que dicten en términos de los artículos 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, así como las que dicten conforme a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y las sentencias definitivas que emitan, podrán ser impugnadas por la autoridad a través de la unidad administrativa encargada de su defensa jurídica o por la entidad federativa coordinada en ingresos federales correspondiente, interponiendo el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente en la sede del Pleno, Sección o Sala Regional a que corresponda, mediante escrito que se presente ante la responsable, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación respectiva, siempre que se refiera a cualquiera de los siguientes supuestos: I. Sea de cuantía que exceda de tres mil quinientas veces el salario mínimo general diario del área geográfica correspondiente al Distrito Federal, vigente al momento de la emisión de la resolución o sentencia. En

el caso de contribuciones que deban determinarse o cubrirse por periodos inferiores a doce meses, para determinar la cuantía del asunto se considerará el monto que resulte de dividir el importe de la contribución entre el número de meses comprendidos en el periodo que corresponda y multiplicar el cociente por doce. II. Sea de importancia y trascendencia cuando la cuantía sea inferior a la señalada en la fracción primera, o de cuantía indeterminada, debiendo el recurrente razonar esa circunstancia para efectos de la admisión del recurso. III. Sea una resolución dictada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Servicio de Administración Tributaria o por autoridades fiscales de las Entidades Federativas coordinadas en ingresos federales y siempre que el asunto se refiera a: 1) Interpretación de leyes o reglamentos en forma tácita o expresa. 2) La determinación del alcance de los elementos esenciales de las contribuciones. 3) Competencia de la autoridad que haya dictado u ordenado la resolución impugnada o tramitado el procedimiento del que deriva o al ejercicio de las facultades de comprobación. 4) Violaciones procesales durante el juicio que afecten las defensas del recurrente y trasciendan al sentido del fallo. 5) Violaciones cometidas en las propias resoluciones o sentencias. 6) Las que afecten el interés fiscal de la Federación. IV. Sea una resolución dictada en materia de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. V. Sea una resolución dictada en materia de comercio exterior. VI. Sea una

²¹ ARTICULO 62, LFPCA.

El derecho procesal administrativo

49

resolución en materia de aportaciones de seguridad social, cuando el asunto verse sobre la determinación de sujetos obligados, de conceptos que integren la base de cotización o sobre el grado de riesgo de las empresas para los efectos del seguro de riesgos del trabajo o sobre cualquier aspecto relacionado con pensiones que otorga el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. VII. Sea una resolución en la cual, se declare el derecho a la indemnización, o se condene al Servicio de Administración Tributaria, en términos del artículo 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria. VIII. Se resuelva sobre la condenación en costas o indemnización previstas en el artículo 6º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. IX. Sea una resolución dictada con motivo de las reclamaciones previstas en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. En los juicios que versen sobre resoluciones de las autoridades fiscales de las entidades federativas coordinadas en ingresos federales, el recurso podrá ser interpuesto por el Servicio de la Administración Tributaria, y por las citadas entidades federativas en los juicios que intervengan como parte. Con el escrito de expresión de agravios, el recurrente deberá exhibir una copia del mismo para el expediente y una para cada una de las partes que hubiesen intervenido en el juicio contencioso administrativo, a las que se les deberá emplazar para que, dentro del término de quince días, comparezcan ante el Tribunal Colegiado de Circuito que conozca de la revisión

a defender sus derechos. En todos los casos a que se refiere el artículo 63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del plazo de quince días contados a partir de la fecha en la que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste. Este recurso de revisión deberá tramitarse en los términos previstos en la Ley de Amparo.²² Si el particular interpuso amparo directo contra la misma resolución o sentencia impugnada mediante el recurso de revisión, el Tribunal Colegiado de Circuito que conozca del amparo resolverá el citado recurso, lo cual tendrá lugar en la misma sesión en que decida el amparo.²³

La Constitución en el artículo 104, fracción 1-B, establece: Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer de los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo a que se refiere la fracción XXIX-H del artículo 73, de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en con-

²² ARTICULO 63, LFPCA.

²³ ARTICULO 64, LFPCA.

tra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso al alguno.

21.- DEL JUICIO DE AMPARO.

El Juicio de Amparo es el máximo medio de control constitucional a cargo de un órgano jurisdiccional: Juez de Distrito, Tribunal Unitario, Tribunal Colegiado, Suprema Corte, y tiene por objeto la protección de los gobernados en los casos señalados en los artículos 103 y 107 constitucionales, restituyéndolos en el pleno goce de las garantías individuales violadas, y restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, es decir, obligando para ello a las autoridades responsables a respetar y cumplir las garantías individuales de que se trate. Los fundamentos del Juicio de Amparo se encuentran en los artículos 103 y 107 constitucionales, el primero norma el fin del Juicio de Amparo, y el segundo su estructura; la Ley de Amparo es reglamentaria de dichos preceptos. En un principio el Juicio de Amparo tenía como finalidad el constituir un medio superior para garantizar la supremacía y la observancia de la Constitución Federal contra cualquier ley o acto de autoridad violatorios de garantías individuales, hoy no sólo es un medio de control constitucional de leyes y actos que violen dichas garantías, sino también de la constitucionalidad de los reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general que por su sola

entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación causen perjuicio al quejoso, así como de los tratados internacionales, a través de la garantía de legalidad consagrada en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.

22.- DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO

El amparo se pedirá ante el Juez de Distrito:

- I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejosos;
- II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo;

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos

El derecho procesal administrativo

51

que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

III.- Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido;

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso;

Lo anterior será aplicable en materia de extinción de dominio.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desapruében;

IV.- Contra actos en el juicio, que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;

Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de terceraía;

VI.- Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los

casos de las fracciones II y III del artículo 1º de esta Ley.

VII.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.”²⁴

23.- DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO

El Juicio de Amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por Tribunales Judiciales, Administrativo o del Trabajo, respecto de los cuales no procede ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicadas.

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el Juicio de Amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por

²⁴ ARTICULO 114, LA.

Tribunales Civiles, Administrativos o del Trabajo, cuando sean contrarias a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales del derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa. Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o solución que ponga fin al juicio.”²⁵

Abril de 2011.

LEGISLACIÓN

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.(CPEUM).
- 2.- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. (LOTFJFA).
- 3.- Ley Federal de Procedimiento Administrativo. (LFPA).
- 4.- Código Fiscal de la Federación. (CFF).
- 5.- Reglamento de la Ley Administrativa. (RLOTFJFA).
- 6.- Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. (LFPCA).
- 7.- Ley de amparo. (LA)

²⁵ ARTICULO 158, LA.

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

Tabla 1. Continúa.

29

ANEXO / CAPÍTULO	DENOMINACIÓN	FIGURA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA (*Régimen Aduanero)	PRINCIPALES ORDENAMIENTOS
Capítulo 3	Medios de transporte de uso comercial.	Las disposiciones contenidas en este capítulo se incorporan en la legislación aduanera en la parte del régimen de importación temporal para retornar al extranjero en el mismo estado.	LA, CFF, RLA, RCGMCE, MOA
Capítulo 4	Provisiones.	Abastecimiento de mercancías de rancho o uso económico y <i>duty free</i> . (Las disposiciones contenidas en este capítulo se incorporan en la parte de exenciones y depósito fiscal de la legislación aduanera).	LA, CFF, RLA, LIVA, RCGMCE, MOA
Capítulo 5	Envíos de socorro.	La legislación nacional no establece alguna definición en este sentido, sin embargo las disposiciones contenidas en este capítulo se reflejan en la parte de exenciones.	LA, CFF, RLA, LIVA, RCGMCE, RMF MOA

Seminario de Comercio Exterior

30

Tabla 1. Continúa.

ANEXO / CAPÍTULO	DENOMINACIÓN	FIGURA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA (*Régimen Aduanero)	PRINCIPALES ORDENAMIENTOS
Anexo K	Origen		
Capítulo 1	Reglas de origen.	Reglas de origen.	LCE, RLCE, LA, RLA, LIGIE, CFF, TLC's, RCCMCE, Reglas de TLC's, Acuerdo p/ determinación de país de origen.
Capítulo 2	Pruebas documentales de origen.	Pruebas documentales de origen.	LCE, RLCE, LA, RLA, LIGIE, CFF, TLC's, RCCMCE, Reglas de TLC's, Acuerdo p/ determinación de país de origen.
Capítulo 3	Control de las pruebas documentales de origen.	Procedimientos para verificar el origen.	LCE, RLCE, LA, RLA, LIGIE, CFF, TLC's, Reglas de RCCMCE, TLC's, Acuerdo p/ determinación de país de origen.

Abreviaturas (ordenamientos jurídicos):

Acuerdo p/ determinación de país de origen = Acuerdo por el que se establecen las normas para la determinación del país de origen de mercancías importadas y las disposiciones para su certificación, en materia de cuotas compensatorias*

CFF = Código Fiscal de la Federación

CPEUM = Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Decreto draw back = Decreto que establece la devolución de impuestos de importación a los exportadores**

Decreto IMMEX = Decreto para el fomento de la industria manufacturera, maquiladora y de servicios de exportación

LA = Ley Aduanera

LAM = Ley de Amparo

LCE = Ley de Comercio Exterior

LFD = Ley Federal de Derechos

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

31

Abreviaturas (continúa):

LFDC = Ley Federal de los Derechos del Contribuyente

LFPCA = Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

LGOAAC = Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

LGTOC = Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

LIF = Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2011

LIGIE = Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación y sus Notas Explicativas.

LISR = Ley del Impuesto sobre la Renta

LIVA = Ley del Impuesto al Valor Agregado

LN = Ley de Navegación

LSAT = Ley del Servicio de Administración Tributaria

MOA = Manual de Operación Aduanera

RCCMCE = Acuerdo por el que la Secretaría de Economía emite reglas y criterios de carácter general en materia de Comercio Exterior, y sus Anexos***

RCFF = Reglamento del Código Fiscal de la Federación

RCGMCE = Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior

RISAT = Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria

RLA = Reglamento de la Ley Aduanera

RLCE = Reglamento de la Ley de Comercio Exterior

RMF = Resolución Miscelánea Fiscal

TLC's = Tratados o acuerdos de libre comercio

* Publicadas en el DOF el 30 de agosto de 1994.

** Publicado en el DOF el 11 de mayo de 1995.

*** Publicado en el DOF el 6 de julio de 2007. Véase también sus Anexos.

Así, tenemos datos de que el gobierno federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la propia Administración General de Aduanas, en los años recientes se ha visto obligado a realizar una importante modernización y transformación a efecto de hacer más competitivas a las aduanas, inclusive con acciones y propuestas legislativas que han dado lugar a numerosas reformas de la Ley Aduanera, en vigor a partir del 1º de abril 1996 y misma que hasta el 2 de febrero de 2006 ha sufrido 8 modificaciones (sin que en el presente sexenio presidencial haya sido modificada

a la fecha de elaboración este ensayo), propiciando con dichas reformas que la legislación mexicana en materia aduanera, la cual si bien funciona, lo cierto es que también ha motivado que la misma presente problemas de obsolescencia y desarticulación como se ha demostrado aquí, toda vez que ha quedado superada por los requerimientos de la dinámica contemporánea del comercio internacional y por la actividad aduanera. Esto sumado a que el Congreso de la Unión sólo ha realizado modificaciones parciales a las leyes relacionadas con el comercio exterior, que a manera de parches se

van realizando según se van presentando necesidades imperantes de actualización a dicha legislación.

6.- CONCLUSIONES

Se ha comentado que la dinámica del comercio exterior y como consecuencia, la vertiginosa transformación modernizadora de las aduanas en nuestro país, especialmente a partir de 1994 cuando entra en vigor el TLCAN y continuando esta tendencia con la suscripción de otros tratados o acuerdos comerciales, así como por los atentados terroristas ocurridos el 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos y la entrada de China el 11 de diciembre de 2001 a la Organización Mundial de Comercio (OMC), esto aunado a los problemas de introducción ilegal de mercancías a México, sobre todo por esquemas de triangulación y subvaluación de los importadores; hacen necesario que el gobierno federal y las autoridades aduaneras en conjunto con los sectores productivos del país, busquen consolidar el equilibrio armónico entre la facilitación y eficiencia aduanera con el control y fiscalización de las mercancías, bajo normas estandarizadas internacionalmente.

Sin embargo y en oposición a la generación de esta serie de fenómenos contemporáneos, la legislación mexicana en materia de comercio exterior, y en lo particular, la materia aduanera, presenta problemas de obsolescencia, toda vez que ha quedado superada por los requerimientos de la

dinámica del comercio internacional y de la actividad aduanera, efectuándose sólo modificaciones a la misma en forma parcial, según se van presentado necesidades imperantes de reforma a la legislación aplicable. De igual forma, la investigación científica aduanera y de comercio exterior es muy escasa en las universidades del país, especialmente la relacionada con el Derecho Aduanero.

Por tal motivo, y en virtud de que México no se ha adherido al Convenio Revisado de Kyoto y de que no se observa un claro interés del gobierno federal para adherirse al mismo, pese a que representa un área de oportunidad para consolidar los avances de modernización registrados en la operación aduanera de México. Por lo que insisto, -como le he dicho en otras publicaciones- en que nuestro país debe adherirse al mismo, ya que ello permitirá dar lugar al nacimiento de una nueva legislación aduanera articulada, innovadora y acorde a los requerimientos exigidos por los importadores, exportadores, transportistas, agentes y apoderados aduanales y demás usuarios de las aduanas, así como por los sectores productivos y comerciales del país, dentro de un marco de globalización e integración regional, que tienda a mejorar la logística y competitividad comercial, fortaleciendo la creación de una administración aduanera integral. Considero si la Administración General de Aduanas realiza bien su trabajo en cuanto a una correcta aplicación de la tecnología mediante el correcto análisis de riesgo y eliminación de la corrupción, no se debe temer en adhe-

Modernización de las aduanas y ¿un nuevo código aduanero?

33

irse a dicho Convenio y modernizar la legislación aduanera y de comercio exterior del país mediante la aprobación de un **código aduanero** único.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS. "Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global". Junio de 2005.

7.- FUENTES CONSULTADAS.

PATÍÑO MANFFER, Ruperto (Coordinador). "Temas de Actualidad. Régimen de Comercio Exterior". Porrúa-UNAM, México, 2010.

ALADI. "Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros", página red: www.aladi.org.

REYES ALTAMIRANO, Rigoberto. "Manual Aduanero. Consultas Básicas y sus Respuestas" Diccionario Tomos I y II. Tax Editores, 2004.

CARVAJAL CONTRERAS, Máximo. "Derecho Aduanero". Porrúa, S.A. de C.V., 14a. edición, México, 2007.

RODHE PONCE, Andrés. "Derecho Aduanero Mexicano". T. 1 y 2. Ediciones Fiscales ISEF, México, 2000.

CARVAJAL CONTRERAS, Máximo. "Tratados y Convenios Aduanero y de Comercio Exterior" *Aduanero*. Porrúa, México, 2009.

SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel. "Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico". Porrúa-Instituto Internacional del Derecho y del Estado, México, 2005.

HORTAL LÓPEZ, Ricardo. "La Revisión del Convenio de Kyoto. Cuadernos Aduaneros", Serie Naranja: Cuestiones Internacionales (Coord. Jorge Enrígue Loera). Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional, México, 2000.

SIERRA, Carlos J. y MARTÍNEZ VERA Rogelio. "Historia y Legislación Aduanera de México", México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Prensa, Memoria, Bibliotecas y Publicaciones, 1973.

MORENO VALDEZ, Hadar y Luis E. NAVARRO CHAVARÍA. "Materia Aduanera. Procedimientos Administrativos y Penales, Infracciones, Delitos y sus Medios de Defensa". Porrúa, México, 2007.

SILVA JUÁREZ, Ernesto. "Ley Aduanera Comentada". Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, México, 2008.

TREJO VARGAS, Pedro. "Aduanas: Régimen Jurídico y Facilitación". Porrúa, México, 2008.

TREJO VARGAS, Pedro. "El Sistema Aduanero de México. Práctica de las Importaciones y Exportaciones". Tax Editores, 3ra. Ed. México, 2007.

TREJO VARGAS, Pedro; Jorge A. MORENO CASTELLANOS y Hadar MORENO VALDEZ. "Comercio Exterior sin Barreras. Todo lo que Usted Necesita Saber en Materia Aduanera y de Comercio Exterior". Tax Editores, 3ra. Ed. México, 2007.

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

José Barroso Figueroa*

Sumario: 1. Introducción. 2. El interés prevalente en la adopción. 3. Recepción en el ámbito internacional de la adopción homogenérica. 4. Estudio crítico y estrictamente jurídico de la regulación en el Distrito Federal de la adopción por pareja homosexual. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Solamente unas breves palabras sobre el matrimonio homosexual: el problema que plantea la recepción legal del matrimonio homosexual, debe considerarse, en última instancia, como un tema de libertad. Nos parece claro que la decisión de cada quién de constituir una comunidad de vida con otra persona – sea del mismo o diferente sexo – constituye un derecho inalienable, personalísimo, que por tanto no puede ser afectado. Se trata de un derecho que evidentemente se inscribe dentro de los fundamentales del ser humano y que en el ámbito legislativo nacional queda claramente encuadrado dentro de lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución Política Federal, cuyo texto prohíbe toda discriminación motivada, entre otras causas, por “las preferencias” del individuo, entre las cuales, obviamente, está la sexual. En opinión de Martínez Morales, el párrafo tercero en cita, al prohibir cualquier clase o variante

* Profesor titular “C” tiempo completo y Secretario General de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

de discriminación, está reiterando la parte inicial del mismo artículo 1º, que consagra para todo individuo, el goce de las garantías que otorga la Constitución.¹

Concordantemente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de 10 de diciembre de 1948), de la cual México es parte, establece en su artículo 16.1 que los “hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin **restricción alguna** por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”; aunque la parte final del texto transcrito se refiere a restricciones derivadas de motivos específicos, al iniciar la disposición refiriéndose a “los hombres y las mujeres” y señalar que no puede serles restringido el derecho a casarse, lo que está consagrado en el fondo es la más amplia libertad para la persona de contraer matrimonio con quién mejor le parezca².

Dos cuestiones a las que vale la pena hacer alguna referencia, son las que a continuación referiremos.

La primera, es que la denominación **matrimonio** cuando se adjudica a la unión de personas del mismo sexo, suele generar una reacción de instintivo o más bien irreflexivo rechazo, por parte de amplios sectores de la sociedad contemporánea, que si bien

no tendrían empacho en aceptar tales uniones como parte de la realidad social, en cambio abominan que se les llame precisamente matrimonio. Y es que tal vocablo se ha referido desde siglos atrás a la unión de pareja hombre–mujer. De asomarnos al Derecho Romano percibiremos que las definiciones de matrimonio más connotadas, lo caracterizan como una unión heterosexual; así lo hacen, por ejemplo, tanto Modestino como Justiniano³.

Y es que la palabra matrimonio lleva implícito un sentido femenino: “La palabra **matrimonium** se usaba normalmente para referirse a mujeres (por ejemplo, **in matrimoium dare** – o **ducere** o **collocare** – **filiam suam** ‘dar a su hija en matrimonio’), de un hombre, la expresión usual (para decir ‘casarse, tomar una esposa’) era **uxorem ducere** ‘conducir a una mujer’⁴.”.

³ Según Modestino (D. 23.2) “**Nuptiae sunt coniunctio et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio**. ‘el matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos’. En las Institutas de Justiniano (Inst. 1.9.2.): **Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens**. ‘nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer que lleva en sí un régimen inseparable de vida’”. Ambos conceptos están tomados de VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*. Decimocuarta edición. Editorial Porrúa. México. 1997. Pp. 129 y 130.

⁴ “GÓMEZ DE SILVA, Guido. *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. El Colegio de México. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. P. 444.

¹ Cfr. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Quinta Edición. Oxford, University Press. México. 2009. P. 1.

² La cuestión se reduce a este planteamiento: ¿constituye o no una facultad de todos individuo, la de formar una comunidad de vida con cualquiera persona de su agrado?

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

55

No podía ser de otra manera, ya que etimológicamente la palabra matrimonio está unida a la idea de madre (**mater**), que a su vez proviene del tema **matr**, mismo de la palabra matriz (**matriz, el útero**), tema al que se añade **ix**, terminación de sustantivos y adjetivos femeninos⁵, y es que el complemento **monium**, se ha entendido como carga o según decían las Partidas (Ley 2ª, del Título 2º, Libro IV) "**Matris, et munium**, son palabras del latín, de que tomó nome matrimonio que quier dezir tanto en romance, como officio de madre"⁶. Parece incongruente que se utilice la palabra matrimonio para aludir a la unión de dos varones, ninguno de los cuales, evidentemente, posee matriz.

En realidad el desacuerdo podría ser superado simplemente cambiando la denominación de matrimonio por alguna otra, cualquiera que ésta fuera. Empero, si hay empecinamiento por parte de los grupos homosexuales en que quede precisamente el concepto matrimonio, es porque el asunto no es puramente terminológico: detrás de él hay una amplia gama de consecuencias derivadas de la calidad de cónyuges que adquieren los miembros de la pareja al casarse y que se dan en los campos de la Seguridad Social, del

Derecho Agrario, del Laboral y otros más, incluido el Familiar, para diferentes efectos, incluso el que tiene que ver con la adopción.

La segunda cuestión, es que en el caso particular de México, la materia aparece contaminada por ciertos matices políticos, pues el partido que ha promovido y promueve los intereses de los grupos homosexuales, según la opinión generalizada, lo que pretende finalmente es atraerse el voto de dicho sector, lo cual podría ser definitorio en el caso de una elección cerrada en extremo, como lo fue la presidencial del 2006 (la ventaja del candidato vencedor fue menor al 1%, algo así como 250,000 votos). Es inadmisibles que eventuales intereses políticos desplacen a los fines socio-jurídicos de una institución de Derecho.

2. EL INTERÉS PREVALENTE EN LA ADOPCIÓN

Una cuestión fundamental para el tema que nos ocupa, representa la siguiente interrogante: ¿Qué interés debe considerarse como preponderante para la adopción?. Modernamente parece no existir controversia al respecto; es sin duda el del menor o, en su caso, del incapaz (en el Distrito Federal, pueden ser adoptados mayores incapacitados. Art. 390 del Código Civil). Pero no siempre ha sido así.

En la antigüedad, allí donde se admitía la adopción, el interés prevalente de manera casi exclusiva, o sin el casi, era el del adoptante. De este

⁵ GÓMEZ DE SILVA, Guido. Op. Cit. Pp. 428 y 444.

⁶ Cfr. ARIAS, José. *Derecho de Familia*. Editorial Guillermo Kraf Limitada. Buenos Aires. Argentina, 1952. P. 76. Y se agrega: "E la razón porque llaman Matrimonio al Casamiento, e non Patrimonio es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre".

modo ocurría en las culturas clásicas, lo mismo entre los hindúes que entre los griegos y los romanos; la explicación de ello es sencilla: la figura de la adopción tenía por objeto asegurar la persistencia del culto doméstico a los antepasados, a los penates. Había que garantizarle al fallecido una feliz estancia en el más allá.

Por lo anterior, resultaba indispensable la procreación. Había necesariamente que tener hijos, porque únicamente ellos estaban legitimados para rendir el banquete fúnebre. Para lograr este propósito, la religión solía acudir a diversas soluciones: la impotencia masculina era impedimento matrimonial y la esterilidad de la mujer causa de divorcio; se tenía la obligación de contraer matrimonio y si el esposo fallecía, el pariente más próximo – vg. el hermano del difunto – se encargaba de fecundar a la viuda para que el muerto tuviera descendencia. En último caso quedaba la adopción, con la cual alguien podía hacer suyo al hijo ajeno⁷.

Los hindúes sentían profunda preocupación por venerar a sus antepasados. Explica Ralph Tuner que en la antigua India “en todas partes se temía y reverenciaba a los espíritus de los antepasados”⁸

En el antiquísimo Código de Manú (circa 1500 A.C.) se disponía: “Al que

la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres”. Y es que al indo le afligía en extremo que concluyese un culto familiar; se lee en el **Bhagavad – Gita** (I, 40) “Ojalá nazcan siempre en nuestra descendencia hijos que nos ofrezcan el arroz, la leche y la miel... (por que la) extinción de una familia produce la ruina de la religión de esta familia; privados los antepasados de las ofrendas, caen en la mansión de los desgraciados.”⁹

En síntesis, podemos afirmar que teleológicamente la adopción estaba dirigida, como un último remedio, al beneficio del adoptante carente de descendencia, para que hubiera quien le ofrendara **post mortem**, el culto que haría su felicidad tras el fallecimiento. Los intereses del adoptado para nada contaban.

De igual manera ocurría en la comunidad panhelénica. En cuanto a este punto, el pensamiento griego guardaba una estrecha simetría con el hindú.

También entre los helenos el origen de la religión fue el culto a los muertos, según informa Justo Sierra, quienes habían traído esta práctica de culturas mesoasiáticas, particularmente de la indoeuropea aria¹⁰. Debía pues reflejarse, igualmente, esta creencia, en la urgente necesidad de perpetuar dicho culto.

⁷ Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. *Obras maestras*. Barcelona, España. 1965. P. 67.

⁸ TURNER, Ralph. *Las grandes culturas de la humanidad*. Fondo de Cultura Económica, II. Los imperios clásicos. Cuarta impresión. México. 1985. P. 723.

⁹ Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 62.

¹⁰ Cfr. SIERRA, Justo. *Historia de la Antigüedad*. Obras completas X. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984. P. 139.

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

57

Quien perpetuara el culto necesariamente debía ser un hijo. Pero no cualquier hijo; por ejemplo, no le correspondía al **notos** (bastardo, al que los latinos llamaron **spurius**); era imprescindible que se tratara del hijo fruto de matrimonio religioso¹¹. A falta de este descendiente, podía recurrirse a la adopción, donde nuevamente su justificación reposaba en el interés del adoptante.

A un cierto individuo, en Atenas, se le disputaba su legitimidad de hijo adoptivo. Su defensor no argüía el interés de su defendido sino el del adoptante, el fallecido padre: Meneclis, decía el defensor, “no quiso morir sin hijos; deseaba dejar tras de sí alguien para que lo enterrase y le tributase después las ceremonias del culto fúnebre”¹². Relata el defensor a continuación, las graves consecuencias que para el fallecido traerá consigo la omisión de ese culto, las penurias que le deparará la anulación de la adopción. Aun fallecido, el interés de Meneclis es el prioritario; así lo enfatiza el hijo enjuiciado. “Si anulais mi adopción, hareis que Meneclis haya muerto sin dejar hijo tras de sí, y, en consecuencia, nadie celebrará los sacrificios en su honor, nadie le ofrecerá las comidas fúnebres, y, en fin, quedará sin culto”¹³.

Que la adopción era en interés del adoptante se reitera en numerosos

ejemplos. Sólo podía adoptar quien careciera de hijos, porque se adoptaba para perpetuar el culto y no por otra razón. La celebre controversia de Demóstenes contra Leocares, así lo demuestra¹⁴.

Cambiando de escenario, advertimos que también en Roma la adopción tenía por objeto beneficiar al adoptante, si bien hubo ahí una cierta evolución que permitió la adopción por parte de quien ya había procreado hijos. Originalmente, al parecer, era requisito para que procediera la adopción, la ausencia de hijos¹⁵, lo cual parece no ser requerido en tiempos de Gayo. En contraste, en los de Cicerón aparentemente la falta de descendencia biológica resultaba insoslayable premisa; en un cierto discurso Cicerón expresa: “¿Cuál es el derecho que regula la adopción? ¿No es preciso que el adoptante se encuentre en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos?. Adoptar es pedir a la religión y a la ley lo que no se ha podido obtener de la naturaleza”¹⁶. Es el verbo elocuente de Cicerón impugnando la adopción de Clodio, fundándose en que la persona que lo adoptó había procreado ya un hijo y que por tanto esa adopción es contraria al Derecho Religioso.

¹⁴ Referencia hecha por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 68.

¹⁵ Cfr. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BIALOSTOSKY, Sara. Así lo expresan, sin distinguir épocas, en su *Compendio de Derecho Romano*. Editorial Pax – México. Librería Carlos Cesarman, S.A. México. 1973. P. 40.

¹⁶ Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. P. 68.

¹¹ Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 64.

¹² Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Op. Cit. P. 67.

¹³ Citado por FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. Loc. Cit.

Fuera de los derechos griego y romano, en Occidente la adopción fue una institución de escasa difusión. Así en España, cuya legislación es antecedente necesario de la nuestra colonial, muy pocas son las noticias que se tienen de la etapa prerromana en cuanto a la adopción, por lo que no caben afirmaciones categóricas respecto a ella. Aun sobrevenida la dominación romana, no se conserva al presente “ninguna fuente de esta época que aluda directa o indirectamente a la adopción, pues en las inscripciones no aparece el menor indicio sobre su existencia.”¹⁷ En la época visigótica tuvo mayor relevancia, aun cuando la legislación aragonesa, la más genuinamente española, la reguló con características *sui generis*. No la encontramos tampoco en el Código de Eurico ni el de Leovigildo (llamado Fuero Juzgo, en su versión romance)¹⁸. Empero, la circunstancia de que la adopción, raramente practicada, apareciera en la península como derivación y según el esquema del Derecho Romano, nos inclina a asumir que el interés del adoptado continuó relegado.

Tiene gran importancia el hacer referencia a la adopción en el Derecho Francés, concretamente por la gran influencia que este Derecho ejerció sobre nuestra legislación de los siglos XIX y XX. “El establecimiento de la adopción en Francia, durante la Revolución, fue una especie de resu-

rección”, escribe Planiol¹⁹. En efecto, la institución que nos ocupa, de facto había desaparecido de largo tiempo atrás, tanto en las provincias consuetudinarias como en el sur. Fue reintroducida por una decisión de la Asamblea Legislativa que ordenó, en 1792, se le incorporara en su plan general de leyes civiles. La Comisión redactora del Código no la introdujo en su Proyecto (redacción del año VIII); se incluyó a petición del Consejo de Estado, por instigación de Napoleón²⁰, “que pensaba verosímilmente en asegurarse una descendencia por medio de la adopción”²¹; afirmaba el entonces Primer Cónsul: “El hijo adoptivo debe ser como el de la carne y los huesos”. Muy

¹⁹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil II*. Cárdenas Editos y Distribuidor. México, D.F. 1991. P. 220.

²⁰ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Loc. Cit.

²¹ MAZEAUD Henri, León y Jean. *Leciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1959. P. 549. Nota del autor: Mitad leyenda, mitad realidad, corre la versión de que Bonaparte deseaba fundar una dinastía que permanecería en el poder un milenio (recuerda al sueño de A. Hitler de instaurar un Estado Nacional Socialista cuya vigencia sería también de mil años). Pero esta aspiración tropezaba con la convicción del propio Napoleón, de que no podía engendrar hijos, por lo cual la única salida posible era la adopción. Su convicción provenía de que su consorte Josefina (Joséphine Beauharnais) había demostrado su aptitud física para concebir, pues de su primer matrimonio con Alexandre tenía la “parejita”, pero de su relación con el Gran Corzo, nada.

¹⁷ GAMBOA ALIX, Germán. *La adopción*. José Ma. Bosch. Barcelo. 1960. P. 9.

¹⁸ Cfr. GAMBOA Alix, German. Op. Cit. P. 11.

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

59

lejos estuvo el texto legal resultante de esa pretensión, texto que redujo esta figura a un mero modo de “transmitir el apellido y la fortuna, mucho más que un modo de crear una filiación”²². Debió sin embargo Bonaparte, tener el firme propósito de adoptar, pues incluso se conoce quién era el elegido.²³

De todas formas es de apreciarse que hasta este momento histórico la adopción no había cobrado la finalidad que ahora tiene, la de ser un instrumento jurídico para la protección de los menores desamparados (o de los incapacitados si es el caso). El interés de quien iba a ser adoptado no contaba mínimamente. En realidad, la finalidad protectora no se hizo evidente en Francia sino hasta después de la Gran Guerra, como se denominó a la primera Guerra Mundial: “Luego de la guerra de 1914 a 1918, se pensó en hacer de la adopción una **institución caritativa**, susceptible de aportar un sostén a los huérfanos de guerra. La Ley del 19 de junio de 1923 transformó con esa finalidad la adopción... Los resultados de esta Ley fueron muy ventajosos: las adopciones pasaron, de un centenar por año, a un millar”²⁴

En cuanto al Distrito Federal, la adopción fue una figura desconocida por la legislación decimonónica; ni el Código Civil de 1870 ni el de 1884 la incluyen. Aparece por vez primera en el artículo 221 y siguientes de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Es curioso advertir que no obstante que la adopción constituye una novedad aportada a la legislación nacional por esa Ley y a pesar de que ésta incluye una exposición de motivos (“Considerando”, dice textualmente la parte relativa, al abordar de manera panorámica la explicación de las disposiciones legales contenidas), no se razona ni explica el por qué se introduce una figura tan importante como es la de la adopción²⁵; siendo así, resulta difícil la certidumbre acerca de si esta última fue adicionada con el propósito de beneficiar al adoptado o bien de satisfacer para el adoptante sin hijos, su natural anhelo de tenerlos; la parte final del párrafo octavo del “Considerando”, se limita a expresar: “...la adopción, cuyo establecimiento es una novedad entre nosotros, no hace más

²² MAZEAUD Henri, León y Jean. Loc. Cit.

²³ Cfr. CARBONNIER Jean. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II. Bosch. Barcelo. 1960. P. 376. Explica este autor que Bonaparte “tenía el propósito de adoptar a Eugène de Beauharnais y, en los grabados de la época, se le representa brindando a Josefina el título ‘De la Adopción’.”

²⁴ MAZEAUD Henri, León y Jean. Loc. Cit.

²⁵ En realidad, había una gran confusión en torno a ésta, entonces, novedosa institución. Una circular de 27 de julio de 1917, emitida por la Secretaría de Gobernación, reconoce que “se carece de la práctica necesaria para levantar las actas relativas en los libros del Registro Civil.” Y vaya solución la que se asumió para evitar esas dificultades: “Que los jueces del Estado Civil asienten las actas de adopción en los libros destinados a las de reconocimiento de los hijos naturales. Cfr. *Ley sobre Relaciones Familiares*. Ediciones Andrade, S.A. Segunda Edición. México. 1964. P. 10.

que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación, que, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia, muy noble”.

El propósito de proteger mediante la adopción a infantes en situación de desamparo, se hizo patente ya entrando el siglo XX. Cabe señalar que la preocupación por asegurar a todo niño, en general, condiciones adecuadas para su conveniente desarrollo, fue un fenómeno global, que en el siglo pasado arraigó profundamente en la conciencia universal, como lo demuestran diversos instrumentos internacionales signados por prácticamente la totalidad de los países, para ese efecto.

Quizá el instrumento internacional más remoto dentro del género, sea la **Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores** de 30 de septiembre de 1921 (reemplazada por la de 21 de marzo de 1950, de la que México es parte), seguida por la **Declaración de los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en el párrafo segundo de su Principio 7, coloca al “interés superior del niño”, como el principio rector en cuanto a la educación y orientación del niño; es claro que este convenio denota la preocupación internacional por procurar a los menores, las mejores condiciones para su adecuada formación física, intelectual y emocional.

Es interesante recordar también la **Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los**

Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 3 de diciembre de 1986. Se reitera en este documento, el propósito de ubicar como prioritario el interés del infante, ubicado en una familia que no es la de su origen: “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular la necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuo, deben ser la consideración fundamental”, añadiéndose en el artículo 14, que “Al considerar distintas posibilidades de adopción, los encargados de la colocación deberán elegir el medio más adecuado para el niño”.

Una nueva **Convención sobre los Derechos del Niño**, fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas treinta años más tarde, en 1989, también un 20 de noviembre. México se adhirió a este convenio mediante el instrumento de ratificación cuyo depósito efectuó en el mes de agosto de 1990, con lo cual, al ser parte del mismo, está obligado a cumplirlo. También en este pacto, se coloca al interés del menor en materia de adopción, expresamente, por encima de cualquier otro; en efecto, el artículo 21 expresa: “Los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

Es crecido el número de instrumentos internacionales que de una u otra

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

61

manera se ocupan de atender los intereses de la infancia, por lo cual resultaría prolijo en exceso hacer referencia en un estudio de la naturaleza del presente, a cada uno de ellos; empero, es insoslayable la referencia a dos importantes convenciones de las que México es parte, la **Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores** (adoptada el 24 de mayo de 1984) y la **Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional** (adoptada el 29 de abril de 1993). En ambos instrumentos se coloca como interés primordial el del menor. México se adhirió al primero de estos instrumentos el 12 de junio de 1986 y lo promulgó en el D.O.F. de 21 de agosto de 1987; el segundo lo ratificó el 14 de septiembre de 1994 y promulgó esa ratificación en el D.O.F. de 24 de octubre del mismo año.

Ahora bien, es claro que en ninguno de ellos se exige la diferencia de sexo entre los adoptantes, es decir, que se trate de un varón y de una mujer, pero también lo es que ello va implícito, es decir, se trataba no de un requisito sino de un presupuesto, o sea que se daba por supuesto que cuando se hablara de adoptantes cónyuges o concubenarios, la referencia estaba obviamente dirigida a una unión integrada por dos personas de diverso sexo, que era en esa época la única posible.

Todo lo anterior, es decir, la interrogante en torno a cuál es el interés prevalente en materia de adopción, va dirigida a la siguiente conclusión: con frecuencia se aduce que si la pareja

homosexual llena los requisitos legales, como aparentemente ocurre (sólo aparentemente) en el Código Civil del Distrito Federal, por qué se le va a privar del derecho que tiene a adoptar y, por tanto, de enriquecer su vida familiar con la presencia de un hijo, lo cual, podríamos decir genéricamente, anhe-la todo matrimonio (obviamente, el de homosexuales ahora lo es).

Pero, no, no, no; ese es un enfoque equivocado. Se está invirtiendo la cuestión: el punto, el centro de ella, es si tal adopción conviene o no a quien va a ser adoptado. El interés de los que pretenden adoptar es secundario... y hasta intrascendente.

Así planteado el dilema, deriva directamente a la pregunta; ¿en verdad conviene al menor (prescindamos, por ahora, de cualquier referencia al raro supuesto de cuando el adoptado es un mayor incapacitado) su adopción por pareja homosexual?

Ante todo, alejémonos de esa frecuente tendencia a la imitación extralógica, particularmente de modelos ajenos a nuestro medio e idiosincracia nacional. No nos dejemos arrastrar por aquello de que “hay que modernizar el Derecho de Familia” o bien actúemos bajo el deslumbramiento de que países presuntamente más cultos que el nuestro, “países de vanguardia”, ya admiten el tipo de adopción que nos ocupa. Modernizar no significa cambiar por cambiar, aunque el camino elegido sea errado, así como tampoco conviene la imitación irracional e irreflexiva de soluciones creadas para realidades ajenas a la nuestra, que nos conducirán a una nefasta parodia. Pre-

guntémonos, simplemente, si el modo de vivir de la sociedad norteamericana, que reiteradamente vemos en la televisión y que cada vez influye más en el comportamiento de la nuestra, se ha traducido en ascenso o decadencia de la moral, de la noción de ética orientadora de las costumbres que hasta hace unas décadas nos eran propias.

¿Será que al interés del menor conviene que tenga dos papás o dos mamás?. ¿Es formativo para el menor el contemplar a dos varones o dos mujeres besándose o prodigándose de las caricias propias de los amantes? ¿le es constructivo ver esos deliquios amorosos entre dos personas del mismo sexo?. Lo menos que se puede decir, es que le sobrevendrá una confusión que bien se puede traducir en pérdida de identidad de género, pues la niña o el niño suelen identificarse para fortalecer esa identidad connotativa, con el padre o con la madre, respectivamente. Hay que recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 8.1 dispone. “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad...”, identidad que obviamente incluye también la sexual. Tengamos presente que conforme al artículo 133 de la Constitución Política Federal, este Convenio, que México ratificó en agosto de 1990, por ese solo hecho está por encima de cualquier código civil local, ya que como tratado es “Ley Suprema de toda Unión”.²⁶

²⁶ El proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 146 del Código Civil

para el Distrito Federal, en su primera parte denominada “Motivaciones y Justificación” concretamente en el párrafo 70, bajo el rubro “Evidencias empíricas sobre la crianza homoparental”, dice que “la evidencia científica” es en el sentido de que “los niños criados por padres heterosexuales no difieren de los criados por madres lesbianas” nótese que no se alude a niños adoptados por lesbianas, sino por madres lesbianas, lo cual hace presumir que el niño fue criado por su madre de esa tendencia, y no por una que conjuntamente con otra también lesbiana, lo adoptó. El lazo de filiación biológica, evidentemente, introduce una diferencia harto significativa. La alusión, además, sólo habla de madres, es decir de mujeres, pero nada se dice respecto de adopciones por varones homosexuales.

En seguida, de manera harto críptica que hace prácticamente imposible la corroboración, en tanto que las fuentes se mencionan pero sin ofrecer datos específicos, se añade siempre hablando de “familias de madres lesbianas”, lo siguiente: “Por ejemplo, en el estudio de Inglaterra, en las familias de madres lesbianas era más frecuente el juego de éstas con su prole, que en las familias heterosexuales (Golombok *et al* 2003)”. Adviértase que lo que se anota es que tales madres **jugaran** más con sus hijos que los padres heterosexuales, ¿y qué tanta relevancia tiene, de ser cierto este hecho, que jugaran más?; en verdad sí es importante que los padres jueguen con sus hijos, pero la formación de éstos, es más, mucho más, que el aspecto lúdico. A continuación, en el mismo párrafo se agrega que “en el estudio de Pennsylvania (Flaks *et al.*, 1995) las madres lesbianas tuvieron más habilidades de crianza que las heterosexuales”; bueno, y ¿qué?; en todo caso que las mujeres lesbianas posean “más habilidades” para la crianza califica a éstas (habría que ver los estratos sociales o el grado de educación de las mujeres contrastadas),

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

63

Es claro que la adopción por pareja homosexual, también llamada “homoparental” u “homogénica”, constituye una interferencia en el proyecto de vida de un menor, ya que lo conduce a una situación que evidentemente no es la regular (no lo es el tener dos madres o dos padres, en lugar de un padre y una madre, como normalmente acontece). Cada quien tiene derecho a formular su proyecto de vida y los pequeños no son la excepción. La Ley de los Dere-

pero nada nos dice de resultados, específicamente de si los infantes sufrieron problemas de identidad genérica, de cómo fueran acogidos en su medio social, etc. El párrafo aludido concluye afirmando: “en el estudio de Bélgica los niños de familias heterosexuales presentaron niveles más altos de conducta agresiva en comparación con los niños de familias homoparentales (Vanfraussen *et al*, 2002)”; este dato, puede ser revelador de que los niños criados por familias homosexuales (percíbase que no se aclara si se trata de familias de varones o de lesbianas, por lo que asumimos que se trata de éstas últimas), son apocados, tímidos, lo cual los hace menos aptos para sobrevivir en una sociedad tan competitiva como la contemporánea; quizá los aplaste la repulsa general, la tendencia (que no compartimos, pero que es una realidad innegable) a ridiculizar a los homosexuales, eternamente ridiculizados en los medios (a lo que por cierto ellos contribuyen, al presentarse en los desfiles que seguido organizan, vistiéndose los varones con atuendos de bailarinas y descomunales pestañas). Bueno, pues este minúsculo y oscuro alegato, es a lo que la exposición de motivos del Proyecto llama, pomposamente, “evidencia científica”; resulta inconcuso que de existir, en efecto, una evidencia científica sólida y atendible, hubiera sido exhibida por los autores del Proyecto, lo cual no ocurre.

chos de las Niñas y los Niños (publicada el 31 de enero de 2000) en la fracción X de su artículo 60, establece como derecho de los menores acogidos en inclusas, “conocer su situación legal en todo momento y a participar en la elaboración de su proyecto individual de vida”.

Generalmente son dados en adopción niños muy pequeños que no tienen conciencia de que les aguarda un futuro, de ahí que la tarea de una elección afortunada deba corresponder a la autoridad. Preguntémonos, si de estar en condiciones de elegir (esto es, de tener la capacidad suficiente para discernir lo que mejor le conviene), ¿alguien puede suponer que el menor preferiría una pareja homosexual a otra regular, o sea de mujer y hombre?.

¿Será conveniente para un niño tener dos papás o dos mamás y no, como es lo ordinario, una y uno?, ¿le conviene ser blanco de la burla de sus compañeros de primaria o secundaria (los pequeños y los adolescentes, por inconsciencia, suelen mofarse muy cruelmente de sus condiscípulos) o, al menos, de sus observaciones mal intencionadas?

Suele afirmarse de que si bien por ahora hay resistencia de los diversos sectores sociales para la práctica del tipo de adopción que comentamos, con el paso del tiempo dichos sectores se acostumbrarán y la situación se verá como normal. Aun suponiendo que esto pudiera ser así, ¿cuánto tiempo debería transcurrir para ello?, ¿qué número de menores tendrían que sufrir la desagradable experiencia antes de que sucediera como se dice?.

Es inconcuso que nada, nada, nos autoriza a arrogarnos el derecho de experimentar con vidas ajenas, sobre todo de seres indefensos como son los niños; un solo caso de padecimiento, de angustia o aflicción de un pequeño, desbarataría cualquier argumento esgrimido en contrario.

Por otro lado, si una niña o un niño van a ser puestos en contacto, en condiciones de absoluta privacidad, con personas que sabidamente sufren desviaciones sexuales, ¿no constituirá ello exponerlas extremadamente a atentados, ya que en su caso no existe siquiera la barrera de la sangre?

También suele aseverarse de manera inconsulta, lo siguiente: “esos pobres niños que tanto abundan por las calles, criaturas abandonadas que carecen de familia, de no tener ninguna a tenerla aunque sea de homosexuales, ¿no es preferible?”.

Este argumento es falaz. Esos pequeños que vemos por las calles, limpiando el parabrisas de los autos, vestidos de payasitos haciendo actos de acrobacia o de malabarismo, o efectuando alguna otra actividad de ese jaez, sí tienen padres (que a veces los explotan y otras la iniciativa de llevar a cabo tales tareas procede del encomiable propósito de los mismos jóvenes, de contribuir a los gastos domésticos de una numerosa familia), y jurídicamente no pueden ser separados de ellos sin que medie su consentimiento o resolución judicial.

En cuanto a los menores acogidos en inclusas, muy pocos son auténticos candidatos a la adopción. Contra una creencia muy generalizada, que

supone una gran cantidad de infantes esperando a un “alma caritativa” que se compadezca de alguno de ellos y lo adopte, lo cierto es que constantemente hay una gran cantidad de solicitantes y muy pocos niños susceptibles de ser adoptados, pues aunque las casas de cuna se encuentran ordinariamente cerca de su máxima capacidad, la mayoría de los ahí acogidos lo están temporalmente, pues fueron encomendados por la madre ya sea soltera y escasa de recursos, o que está internada en algún nosocomio o presa en el interior de la república o atraviesa alguna otra situación análoga, o también, pueden haber sido confiados por el padre viudo o separado que, por el momento, no puede atenderlos. Si el pequeño en esas condiciones, es entregado en adopción, ello conllevaría grave responsabilidad para el titular de la institución. Quienes hemos laborado para instituciones dedicadas, entre otras tareas, al resguardo y adopción de menores, sabemos de las situaciones que hay que evitar y prever con extremo cuidado.²⁷

²⁷ El autor fungió como Jefe del Jurídico de la Casa Cuna de la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez (IMAN), cuando presidía esta Institución la señora Doña Guadalupe Borja de Díaz Ordaz. Al iniciarse el siguiente sexenio, el IMAN quedó bajo la Presidencia de Doña María Esther Zuno de Echeverría, quien lo designó Director Jurídico de toda la Institución, que más tarde con la fusión del INPI, pasó a ser el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

65

3. RECEPCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LA ADOPCIÓN HOMOGÉNICA

La respuesta al tema planteado al rubro debe ser asumida con extrema cautela, distinguiendo con claridad dos situaciones que con frecuencia se presentan. Una primera, donde el hijo biológico de uno de los miembros de la pareja homosexual es adoptado por el otro, de modo que ambos acaban siendo padres del infante: uno por el hecho de la naturaleza, el otro por decreto de la ley. Y una segunda donde, por permisión legal, un niño es susceptible de ser adoptado por una pareja homosexual, ninguno de cuyos integrantes tiene originalmente vinculación de parentesco con él. Esta segunda situación es la que ahora nos interesa y ocupará en adelante.

Cabe también una precisión. Desde luego la pareja adoptante debe constituir una unión, ya sea de hecho (concubinaria) o de Derecho (matrimonio o algún tipo de unión de las genéricamente llamadas “civiles”), reconocida por la ley, de modo que quede clara la posición del legislador, en el sentido de permitir que un infante crezca y conviva como hijo, con una pareja formada por dos personas un mismo sexo, que cohabitan maritalmente.

Estamos en el caso de adopciones homogenéricas que no necesariamente deban efectuarse por **matrimonios**, en el sentido jurídico de la palabra, sino incluso por otro tipo de uniones, a las que se les dan diversas denominaciones, pero que al fin y al cabo se

refieren a la comunidad de vida entre individuos del mismo género.

Sin entrar al detalle que sin duda requeriría de un prolijo estudio, lo cual escapa a las pretensiones de un artículo como el presente, es dable afirmar, con reservas, que es legal la adopción llevada a cabo por pareja homosexual en Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Israel, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay y también en algunos estados de la Unión Americana. Hemos dicho que con reservas, porque dentro de algunos de los países citados la franquicia para la adopción aparentemente es clara, pero en otros casos sólo parece deducirse del texto legal, siguiendo una interpretación cuestionable (como es el caso de México, que analizaremos más adelante), según acontece en algunos Estados norteamericanos.

No está por demás hacer la aclaración de que no siempre la admisión por la ley del matrimonio homosexual conlleva la de la adopción; un ejemplo inmediato de ello, es el de la legislación de Portugal, que consintiendo lo primero, rechaza lo segundo²⁸. De la observación de las diversas legislaciones, se aprecia que en ellas, generalmente, la manera de autorizar la adopción homogenérica es consagrando la plena equiparación de los efectos que

²⁸ En efecto, el artículo 3º. de la Ley Num. 9/2010 de 31 de mayo del presente año, expresa: “Artigo 3.o. Adopcao. 1. As alteracoes introduzidas pela presente lei nao implicam admissibilidade legal de adopcao, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com conyuge do mesmo sexo”.

produce la unión homosexual y los que genera la de personas heterosexuales.

Al parecer, fue España el primer país que consagró la igualdad anotada, al introducir por la Ley 13/2005, de 1º de julio de 2005, el ahora párrafo segundo del artículo 44 del Código Civil (contenido en el Título IV del Libro I del Código Civil, intitulado “De los requisitos del matrimonio”), que expresamente dispone:

“Art. 44. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y **efectos** cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

Correlativamente con lo anterior, advertimos que el artículo 175 del mismo ordenamiento, en su párrafo 1, establece:

“Art. 175. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”.

Se advierte inmediatamente que en el país antes citado, la facultad para adoptar reconocida a las uniones homosexuales se produce por vía de consecuencia, es decir considerando matrimonios a las mismas, con lo que se entiende satisfecho el requisito legal para el supuesto de que la adopción se efectúe por más de una persona. Esto, porque si revisamos cuidadosamente el capítulo que regula la adopción (Capítulo V, Sección Segun-

da, del Título VII, Libro I, del Código Civil) no vamos a encontrar precepto alguno que consagre, expresamente, la posibilidad que es objeto de nuestra atención, es decir, que los matrimonios formados por personas del mismo sexo puedan adoptar.

Sin embargo, es de destacarse que en el Código Civil Español, a diferencia del mexicano para el Distrito Federal, se esclarece la **voluntas legislatoris**, cuando en el artículo 44 antes transcrito, se precisa que el matrimonio producirá en todo caso los **mismos efectos**, ya se trate de que haya diferencia o identidad de sexos de ambos miembros de la pareja.

Otro tanto acontece con el Código Civil Argentino, que es el que más recientemente ha dado cabida al matrimonio homosexual, tras la aprobación de la reforma al mismo, que diera lugar una enconada discusión (treinta y tres votos a favor, veintisiete en contra y tres abstenciones), el día 15 de julio retropróximo.

El párrafo segundo del artículo 172 del citado Código, quedó de la siguiente manera:

“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y **efectos**, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

El artículo 312, en su párrafo primero expresa:

“Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente salvo que los adoptantes sean cónyuges”.

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

67

También en el caso argentino, la facultad de adoptar por parte de un matrimonio homosexual no se establece expresamente en la ley, pero difiriendo de lo que acontece con la legislación mexicana, de manera categórica se dispone que el matrimonio entre contrayentes del mismo o diferente sexo, produce “los mismos...efectos”, obviamente entre ellos el consistente en la posibilidad de adoptar. Tampoco adolece de otras anomalías como las que señalaremos más adelante cuando revisemos lo relativo a la legislación del Distrito Federal sobre la materia.

Finalmente, cabría la reflexión de que la voluntad manifestada en la ley por los cuerpos parlamentarios (cuyos miembros entre sí suelen tener enconadas diferencias), no necesariamente refleja la de la comunidad a la que representan, sino muy frecuentemente se inclinan bajo la presión de minorías combativas que imponen su interés utilizando variados medios de presión.

Asímismo, a nadie se oculta que, frecuentemente, los legisladores no actúan bajo el influjo de su particular arbitrio, sino con sujeción a las directrices que les marca el partido político al cual pertenecen, partido que suele actuar guiado no por razones altruistas o jurídicas, sino meramente electorales. En el Distrito Federal, la Asamblea Legislativa está dominada por un solo Partido, que tiene la mayoría absoluta, y cuyos asambleístas son altamente disciplinados.

4. ESTUDIO CRÍTICO Y ESTRUCTAMENTE JURÍDICO DE LA REGULACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL DE LA ADOPCIÓN POR PAREJA HOMOSEXUAL

Analicemos ahora el aspecto netamente jurídico. El tema es: ¿realmente el Código Civil admite la posibilidad de que la pareja homosexual pueda adoptar a un menor?, ¿llena esa pareja los requisitos que hacen procedente la adopción?

Sostenemos que la recta interpretación de la legislación vigente conduce a una solución negativa.

Examinemos la cuestión. El artículo 391 del Código Civil vigente requiere que cuando la adopción se lleve a cabo por más de una persona, se trate de cónyuges o concubinarios. Este precepto no se tocó en la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre de 2009. Por otro lado, el artículo 146 del mismo ordenamiento, antes de la citada reforma definía al matrimonio como “la unión libre **de un hombre y una mujer...**”; el texto modificado del artículo expresa que el matrimonio es “la unión libre de dos personas...”, es decir, suprime la aclaración relativa a la diferencia de sexo. Así, con la nueva redacción del precepto, aparentemente queda superado el obstáculo que impedía la adopción por parejas de homosexuales. Decimos que **aparentemente**, por que tal interpretación es, al propio tiempo, simplista y amañada.

Como el Código Civil en vigor tiene su antecedente inmediato en el de

1928 (vigente a partir de 1932), conviene recordar cómo estaba redactado el artículo 391 en este último ordenamiento.

La redacción original del artículo 391 del Código Civil (es decir, la que tuvo a su promulgación), expresaba: “El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo”. Aunque durante la vigencia de dicho Código fue reformado en dos ocasiones (D.O.F. de 17/II/70 y de 28/V/98), mantuvo la referencia a “el marido y la mujer”, al aludir a los posibles adoptantes. Obviamente, a las personas no unidas conyugalmente les estaba vedado adoptar.

Al ser asumido, mediante un procedimiento harto irregular, el Código Civil de 1928 como Código Civil del Distrito Federal (promulgado el 25 de mayo de 2000 y vigente a partir del 1º de junio siguiente), el nuevo texto del artículo 391 expresó: “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo... etc.”. Debe tenerse en cuenta que en ese momento, el matrimonio sólo podía celebrarse entre varón y mujer. En cuanto a la adición, en el sentido de que los concubinarios (que no concubinos, pues en el idioma español el plural se hace a partir del género masculino) también pueden adoptar, se hizo con el propósito de fortalecer al concubinato y no alteró en absoluto lo que concierne al sexo de los adoptantes, pues aquel también suponía la diferencia de género, ya que debía estar formado por una concubina y un concubinario, como se

advierde de la simple lectura del Capítulo XI del Título Quinto, Libro Primero, del Código Civil y, particularmente, del texto del artículo 291 Ter²⁹

Nos parece incontrovertible la afirmación de que, cuando aparece el Código Civil de 1928, la redacción del artículo 391 no fue pensada suponiendo que en algún momento posterior, el matrimonio podría celebrarse entre dos personas del mismo sexo³⁰; todo lo contrario, se hizo tomando en cuenta la inveterada condición propia del matrimonio (y también del concubinato), consistente en estar integrado por dos personas de sexo diferente. Reiteremos, no se elaboró el artículo 391 concernido, para ser aplicado a una situación como la que vino a

²⁹ El artículo 291 Ter, dispone: “Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables”.

³⁰ Si bien el Código Civil de 1928 nunca definió al matrimonio, es evidente que daba por supuesto que sólo podía celebrarse entre personas de diferente sexo, como se deduce de la multitud de preceptos que aluden al “marido” y “la mujer”. Fue el Código de 2000 el que introdujo, en su artículo 146, una definición, en los siguientes términos: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos, de manera libre, responsable e informada”. Se trata de una definición infortunada por deficiente, debido a que la expresión “unión libre”, se ha opuesto tradicionalmente a la noción de matrimonio, que se entiende como una unión formal; lo que se quiso decir, seguramente, es que se trata de una unión libremente pactada, no de una unión libre.

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

69

resultar ahora, es decir, para el caso de que la adopción se lleve a cabo por una pareja homosexual. Por lo tanto, querer valerse de tal redacción para interpretarlo aseverando llanamente que puesto que dos homosexuales varones o dos lesbianas pueden ser matrimonio, les está permitido adoptar. Esta interpretación, como aseveramos antes, es mañosa y antijurídica, pues cada disposición debe interpretarse de acuerdo al contexto legal vigente al momento en que fue creada³¹, para

³¹ Llamamos especialmente la atención sobre lo siguiente: **NO** nos referimos al contexto social sino al legal. No desconocemos que existen diferentes escuelas históricas de la interpretación que sostienen diversos criterios para proceder a ésta, tales como la Escuela Exegética (que representa la postura clásica: búsqueda de la voluntad del legislador), la Histórica (que fue reacción contra el legalismo; supone que la ley no contiene la voluntad del legislador sino la del pueblo, por lo cual una vez creada se independiza de aquel y queda sujeta a todas las mutaciones que sufre la sociedad y que se reflejan en ella), la Histórico- evolutiva (según la cual, la ley esta hecha para ser vivida por la sociedad, y por ello la interpretación debe amoldarse **en lo posible**, al ritmo progresivo de esa sociedad), la Teleológica, (cuyo expositor, quizá único, sea Vander Eycken, según la cual el juzgador debe dirigir su interpretación de la ley hacia el fin social de la institución de que se trate) y otras más, que presentan diferentes enfoques. Pero aquí no nos estamos refiriendo a la interpretación de la norma en cuanto a su contexto social, sino en cuanto a su contexto legal, es decir, que debe ser interpretada en armonía con las demás disposiciones del ordenamiento legal donde se ubica y que le es o fue contemporáneo.

no incurrir en casos como éste, en una interpretación extralógica.

La adopción es una figura jurídica que ha estado sujeta a cambios, pero el conjunto de normas que la regulan debe ser interpretada en armonía con el contexto legal prevaleciente al momento de su creación, a efecto de respetar los elementos lógico³² y sistemático³³ de la interpretación. Si los

³² El elemento lógico "opera por medio de razonamientos... compara el texto legal con otros relativos al mismo objeto. Sigue un proceso de descomposición del pensamiento inspirador de la ley para establecer las relaciones existentes entre los distintos elementos que la integran" (Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. México. 1960. Pág. 183). Para Soto Sobreira y Silva una sana e integral teoría de la norma de Derecho, "no puede prescindir de los aspectos y consideraciones sustantivas que deriven de la concepción filosófica del autor", debiendo evitarse caer en una concepción que desemboque en enunciado o explicación de situaciones formales (cfr. Teoría de la norma Jurídica. Editorial Porrúa. México. 1997. P.89). Este autor nos proporciona la idea de que las normas deben ser entendidas en atención a la idea que ilumina al conjunto de ellas y no proceder a su mera aplicación formal, por tanto. Cada institución jurídica es un todo armónico y con esta base debe procederse a la interpretación de las normas que la integran.

³³ "El elemento sistemático, escribe Savigny, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad. Este plexo se halla lo mismo en el contexto histórico que en la mente del legislador; y, por consiguiente no conocemos por completo su pensamiento, si no esclarecemos la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo en que ella debe intervenir eficazmen-

preceptos reformados se aplican a rajatabla según su texto actual, queriendo vincularlos con otros vigentes de antiguo, se obtienen soluciones aberrantes, equiparables a esos rompecabezas que se pretenden “armados”, cuando las piezas utilizadas en realidad no embonan. Veamos si no es así, utilizando no otra figura jurídica, sino la de la propia adopción.

A nuestro entender, las principales consecuencias de la adopción en su articulación contemporánea, son: el surgimiento de la obligación recíproca entre el adoptado y el adoptante y sus ascendientes, de proporcionar alimentos, y la asunción de la patria potestad sobre el menor, por parte del adoptante y, en su ausencia, de los abuelos, ya paternos ya maternos. Veamos ahora las disposiciones que específicamente regulan ambas cuestiones y percibamos que aplicadas las mismas textualmente conducen a soluciones insatisfactorias.

Partamos de que el artículo 293, párrafo tercero, del Código Civil equipara al parentesco surgido de la adopción con el de la consanguinidad, dice “como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”. Por cierto, como se trata no de una especie de consanguinidad, sino de otra figura que se le **equipara**, habría que preguntarse hasta dónde

llega la equiparación, debiéndose responder a tal interrogante, que la equiparación perdura hasta en tanto no exista una norma expresa que la frene. El artículo 410 A reitera que el “adoptado en adopción plena se **equipara** al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio”³⁴, y agrega que “El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo”

Veamos ahora qué encontraríamos de aplicar la normatividad vigente para la adopción, de manera irreflexi-

³⁴ Alguien podría alegar aunque sin razón, que el artículo 410 A ya no tiene aplicación, puesto que ahora no existe un tipo de adopción que denomine “plena”, toda vez que a la fecha ya sólo existe un tipo de adopción, por lo cual ha desaparecido la anterior distinción entre adopción simple y adopción plena. Por otro lado, fue un nuevo error establecer que los efectos de la adopción se prolongan hasta los impedimentos matrimoniales, pues es claro que el hijo procreado por el adoptante podría querer casarse con su “hermana” o “hermano” adoptado (con el cual carece de parentesco biológico) y al no existir posibilidad de dispensa o revocación de la adopción, se condenaría a la pareja que seguramente no desistiría de su amor, a convivir extramatrimonialmente; incluso, la relación amorosa pondría surgir entre adoptante y adoptada o adoptado, según el caso, y mediante la revocación de la adopción (que ahora está vedada, lo que anteriormente no acontecía) bien podrían unirse matrimonialmente, lo cual es preferible a una unión, que por su imposibilidad de legitimación mediante matrimonio, resultaría clandestina (del latín **clām**: secreto, encubierto, furtivo).

te en el mismo” (citado por Rafael de Pina. Op. Cit. Pp.183 y 184). Es claro que toda norma pertenece a un sistema y cuando se interpreta a una figura perteneciente a ese sistema, debe ser desentrañado su significado atendiendo a la ideología y tendencias que informen ese sistema; sacarla de contexto es desvirtuarla.

La adopción efectuada por matrimonio homosexual

71

va e inflexible, es decir, con estricto apego al texto y sin considerar lo que el sentido común aconseja.

En lo atinente a la obligación de ministrar alimentos entre consanguíneos, advertimos que conforme a lo dispuesto en los artículos 303 y 304 del Código Civil del Distrito Federal, esa obligación se extiende a los padres y demás ascendientes, así como, en su caso, a los hijos y ulteriores descendientes. En cambio, en el supuesto de la adopción la obligación se da únicamente entre adoptante y adoptado, según dispone el artículo 307. No vale alegar aquí lo que señalan los artículos **genéricos** como el 410-A, pues es bien sabido que de entreverse alguna antinomia, debe prevalecer la norma específica (la creada para el caso de que se trata) sobre la general, siendo la específica para los alimentos en tratándose de adopción, el artículo 307, mismo cuyo texto es categórico y no establece distinciones.

Desde luego que la anterior solución no obstante ser técnicamente fundada, es incorrecta. Y lo es, porque cuando el artículo 307 aparece en el Código de 1928, con un texto idéntico al actual, se generó para ser aplicada en armonía con la regulación entonces existente de la adopción, que limitaba los efectos de la misma a adoptante y adoptado. En todo caso, esta norma se aplica para las adopciones “simples”, pero no así a las “plenas”, introducidas al Código Civil por Decreto publicado en el D.O.F de fecha 28 de mayo de

1998³⁵. Por eso en el momento actual, es perfectamente sostenible la tesis de que el artículo 307, no obstante que no hace distinción o aclaración alguna, no es de aplicarse en el supuesto de las adopciones ahora celebradas, pues no fue creado para regirlas, ya que cuando se creó la situación era otra, en tanto que existía únicamente un tipo de adopción, por lo cual la disposición legal sólo podía referirse a ese tipo, que ahora ha desaparecido (salvo la excepción contemplada en el artículo 410 D), para ser reemplazada por un nuevo concepto de adopción, al cual el artículo 307 es totalmente ajeno. Así pues, entendemos que en cuanto a las adopciones efectuadas en nuestro tiempo, la obligación recíproca de proporcionarse alimentos se extiende a los ascendientes del adoptante y a los descendientes del adoptado.

Algo semejante ocurre en cuanto a la patria potestad. El artículo 414, párrafo segundo, prescribe que “A falta de ambos padres o por cualquiera otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado... etc.”, es decir, los abuelos. Empero, en cuanto a la adopción existe un dispositivo especial, el artículo 419, cuyo texto expresa: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las

³⁵ Hoy ha desaparecido del Código Civil, la distinción entre adopciones simples y plenas, no subsistiendo sino un solo tipo de adopción que vendría a corresponder a la segunda, pero las adopciones efectuadas hasta antes de mayo de 1998 deben continuar regidas por su legislación contemporánea.

personas que lo adopten". Aplicada según su letra la anterior norma, que tampoco hace distinciones o aclaraciones, excluiría del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes del adoptado, puesto que ellos no lo adoptaron y la titularidad de tal ejercicio se reserva "únicamente" a quienes si lo hayan hecho. Ofrecer esta solución sería una notoria equivocación, por las mismas razones aludidas en el caso de los alimentos, que resultaría reiterativo repetir.

Nos preguntamos primeramente, ¿qué quedaría de la adopción según su concepción actual, si segregamos de ella la obligación entre los ascendientes del adoptante y el adoptado de proporcionarse alimentos, y la facultad de ejercer la patria potestad por parte de los ascendientes del adoptante (en ausencia de éste) sobre el adoptado menor de edad?. Pues muy poco, sólo una adopción muy cercana a la anteriormente conocida como "simple".

Pero, en segundo lugar, también inquirimos, ¿Por qué habría de procederse de esta manera en los dos citados supuestos (esto es, considerando su contexto histórico y sistemático) y no así para el caso de la adopción?. No encontramos razón alguna que lo justifique.

5. CONCLUSIONES

Primera. El problema relativo a la unión homosexual es simplemente un problema de libertad: cada quien

es absolutamente libre de crear una comunidad de vida con quien le apetezca y nadie puede legítimamente reprocharlo o tan siquiera inmiscuirse de cualquier manera en esta decisión.

Segunda. La palabra matrimonio, por razones sociológicas, legales (como en el caso de la adopción) y aun semánticas, no es la adecuada para denominar a las uniones homosexuales.

Tercera. El interés prevalente en toda adopción es invariablemente el del adoptado. Cualquier otro tiene un valor secundario y debe subordinarse.

Cuarta. La recta interpretación de la normatividad que en su conjunto regula la adopción dentro del Código Civil, conduce a la solución de que los matrimonios formados por personas del mismo género, no están autorizados para llevar a cabo la adopción de un menor.

Quinta. En virtud de que los menores a quienes se adopta, por razón de su edad, sobre todo si son muy pequeños, no están en aptitud de elaborar su proyecto de vida (a lo que la ley les da derecho), corresponde a la autoridad actuar enérgicamente, para asegurar a los pequeños las condiciones adecuadas para su desarrollo, en un familia como las ordinariamente existentes.

Sexta. Toda adopción es tan buena como se aproxime a la surgida de la procreación natural: con un padre y una madre (como todas las de los demás niños que serán contemporáneos del menor adoptado y sus compañeros de estudios, juegos y aventuras).

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional al juicio de amparo

(Artículos 103 y 107 constitucionales)

Luciano Silva Ramírez*

Sumario: Introducción.- I. Reforma constitucional al amparo.- II. Artículo 103 constitucional.- III. Artículo 107 constitucional.- 1) El Interés Legítimo en el Amparo.- 2) La Declaratoria General de Inconstitucionalidad.- 3) Amparo Directo Adhesivo.- 4) Supresión o Restricción del Amparo Directo.- 5) La Apariencia de buen derecho.- 6) Los Plenos de Circuito.- 7) Cumplimiento o Ejecución de las Sentencias de Amparo.- Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Es dable mencionar que en nuestro país después de la Virgen de Guadalupe, la figura, la institución más querida y arraigada por el pueblo mexicano es el juicio de amparo; ya que tutela los derechos fundamentales más preciados para el ser humano, como la vida, la libertad, el patrimonio, y la seguridad jurídica, cuando son violados por normas generales y cualquier acto de autoridad; de ahí, que las reformas a la Constitución y a la Ley Reglamentaria deben realizarse para mejorar y perfeccionar el juicio de garantías en favor de los gobernados, para lograr un amparo ágil, sencillo, de pronta tramitación, más social y accesible al grueso de la población, no un juicio de garantías costoso, tardado en su trámi-

* Presidente del Colegio de Profesores de Garantías y Amparo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Profesor titular de las materias de “Garantías individuales y sociales”, “Juicio de Amparo” y “Practica Forense de Amparo”.

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

74

te, lleno de tecnicismos y vericuetos en donde se pierde no tan sólo las partes, sus abogados, sino los propios tribunales de amparo, mejora que en nuestra opinión no acontece con la reforma constitucional a nuestra institución, ya que esta implica un grave retroceso al juicio de garantías en perjuicio de los gobernados, por los motivos a que haremos mérito en algunos de los puntos que consideramos trascendentales en dicha reforma.

Al respecto es de hacer notar que los tratadistas, la práctica judicial y la jurisprudencia siguen hablando de defensa de la Constitución, de justicia constitucional, de derecho procesal constitucional, siendo expresiones erróneas, porque a la Constitución ¿qué le defendemos?, ¿se le hará justicia a la Constitución?, incluso confundiendo el procedimiento con los mecanismos de control de la constitucionalidad, cuando lo que se tiene que hacer es controlar, limitar el ejercicio del poder; situación que perdieron de vista los hacedores de la reforma; toda vez que lo correcto es hablar de control de la constitucionalidad, ya que tiene por objeto el poder político, y como propósito verificar la consonancia de ese poder con la Constitución, si el ejercicio del poder es conforme a la Constitución la manifestación del poder será válida, si no es acorde con la Constitución hay que declararlo inválido por inconstitucional; también el control de la constitucionalidad implica hablar de los mecanismos de control de la constitucionalidad, ya que carecería de objeto, de nada serviría una Constitución escrita, rígida, supre-

ma, con todo un catálogo de Derechos Fundamentales en su parte dogmática, con las disposiciones que rigen la organización y atribuciones de los poderes públicos constituidos en su parte orgánica, si no contáramos con los mecanismos para controlar, limitar el ejercicio del poder, para que los poderes públicos constituidos actúen dentro del marco competencial que les asigna la Norma Fundamental, de acuerdo a las reglas constitucionales plasmadas por el Constituyente originario en la Constitución, en nuestro país con el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad; así también, el control de la constitucionalidad implica hablar del órgano facultado para conocer de esos mecanismos de control de la constitucionalidad, el Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación; por lo que resulta de singular importancia y trascendencia una reforma a la Constitución sobre el control de la constitucionalidad del poder, por la complejidad y consecuencia que ello encierra; lo que necesariamente requiere de la especialización y conocimiento profundo no tan sólo del texto de la Constitución, o sea, sus 136 artículos y su parte transitoria, sino que además de las decisiones político-fundamentales, principios y reglas que constituyen la Ley Suprema de un Estado, para que cuando se efectúe una reforma constitucional ésta se haga con solvencia, con técnica jurídica y de manera integral; es decir, no tan sólo a los artículos 103 y 107, sobre el juicio de amparo, mecanismo de control de la constitucionalidad de

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

75

normas generales y actos de autoridad que violen garantías constitucionales, como acontece en la reforma aludida, sino que también debieron de reformarse los otros mecanismos de control de la constitucionalidad del poder que tenemos hoy en México, como son las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad contempladas en las fracciones I y II del artículo 105 de la Carta Federal; además, una reforma a la Carta Magna debió también hacerse al órgano facultado para conocer de esos mecanismos de control de la constitucionalidad, a la Suprema Corte de Justicia; porque de no ser así de nada servirá, será infructuoso que mejoremos uno de los mecanismos de control aludidos, incluso todos ellos, sino se reestructura el Alto Tribunal de la República, que hoy en día debido a las nuevas condiciones políticas, sociales, económicas, culturales y hasta morales, a la grave crisis de estructura e inseguridad por las que atraviesa el país, hacen urgente una Suprema Corte independiente, que se consolide como Tribunal Constitucional.

I. REFORMA CONSTITUCIONAL AL AMPARO

En torno al juicio de garantías, el 13 de diciembre de 2010 en la Gaceta Parlamentaria del Senado de la República número 197, se publicó la minuta que contiene el dictamen del proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposi-

ciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, la reforma constitucional al juicio de amparo¹, el cual en el momento de elaborarse esta monografía se encuentra circulando en las legislaturas de los Estados para los efectos del artículo 135 constitucional*. La reforma constitucional al amparo, motivo de esta monografía, en su apartado II denominado "Contenido de la Minuta", refiere, entre otros aspectos, a los siguientes:

"A) Se propone ampliar el objeto del juicio de amparo integrando a su ámbito de protección a los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Otra de las propuestas se refiere a la posibilidad para resolver en amparo, además de controversias suscitadas por normas generales, omisiones en que incurra la autoridad. Y se precisa que la protección de derechos fundamentales es independiente de su carácter individual o social.

¹ Cabe hacer notar que la mayoría de las disposiciones contenidas en la reforma referida, ya fueron contempladas y propuestas por el autor de este artículo, en mi obra *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, primera edición de 21 de enero de 2008.

* En el inter en que se encontraba en prensa la presente monografía se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011 la Reforma Constitucional al Juicio de Amparo materia de este estudio.

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

76

B) Asimismo, se precisa la necesidad de armonizar el juicio de amparo con las transformaciones de varias instituciones jurídicas siguiendo la serie de reformas que históricamente ha sufrido hasta llegar a su estado actual.

En este sentido, es claro que la independencia y autonomía de los tribunales estatales es un requisito fundamental de cualquier reforma que pretenda mejorar la administración de justicia, a fin armonizar las competencias federal con las locales y así lograr su complementariedad.

C) La propuesta además establece la figura del amparo adhesivo dando la posibilidad a la parte que haya obtenido sentencia favorable y a la que tenga interés, en que subsista el acto de promover el amparo con el objeto de mejorar las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio que determina una solución favorable a sus intereses.

Se impone al quejoso o a quien promueva el amparo adhesivo la carga de invocar todas aquellas violaciones procesales que estime puedan violar sus derechos cometidos en el procedimiento de origen. Se pretende con esto que en un sólo juicio queden resueltas las violaciones procesales que puedan aducirse respecto de la totalidad del proceso y no a través de diversos amparos como ahora sucede.

D) También se propone introducir la figura del interés legítimo permitiendo que se constituya como quejoso en el

amparo, aquella persona que resulte afectada por un acto que violente un derecho reconocido por el orden jurídico o, no violentando directamente el derecho, se afecte la situación jurídica derivada del propio orden jurídico.

E) Igualmente, se propone otorgar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de emitir una declaración general en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que se establezca jurisprudencia por reiteración y se determine la inconstitucionalidad o la interpretación conforme de una norma general respecto a la Constitución.

F) En lo que se refiere a las contradicciones de tesis entre los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito, se propone la creación de un nuevo órgano para su resolución: los Plenos de Circuito. Esta modificación está encaminada a homogeneizar los criterios hacia adentro de un Circuito previniendo así que tribunales diversos pertenecientes a la misma jurisdicción emitan criterios contradictorios.

En estos casos, la Suprema Corte de Justicia mantendría la competencia para conocer de: a) Las controversias entre plenos de distintos circuitos; b) entre Plenos en materia especializada de un mismo Circuito, o c) entre tribunales de un mismo Circuito con distinta especialización. Esto asegura que sea la Suprema Corte el órgano terminal para establecer las interpretaciones, evitando así una potencial dualidad y oposición entre la interpretación constitucional y la legal.

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

77

G) En materia de suspensión del acto reclamado, se propone establecer el marco constitucional bajo un sistema equilibrado que permita cumplir con el fin protector y, asimismo, cuente con mecanismos para evitar abusos que desvíen su objetivo natural. Se privilegia la discrecionalidad de los jueces, consagrando expresamente como elemento para otorgar la suspensión la apariencia de buen derecho.

Para su correcta aplicación se establece la obligación del juez de realizar un análisis ponderado entre la no afectación del interés social, el orden público y la apariencia de buen derecho.

H) Uno de los temas más complejos es el relativo a la ejecución de las sentencias de amparo. La propuesta es eliminar el requisito de declaración de procedencia para que la Suprema Corte pueda separar a la autoridad y consignarla ante el juez de distrito en caso de incumplimiento no justificado de sentencias de amparo o repetición de actos reclamados.²

No obstante la importancia de la reforma constitucional de mérito, por la extensión sugerida para esta monografía se hará de manera breve un análisis, en los puntos que implicarán cambios substanciales al fundamento constitucional del amparo, de su procedencia (artículo 103); así como de los principios constitucionales que rigen el

trámite del juicio de garantías (artículo 107); por lo que al respecto, podemos decir que la reforma constitucional de marras, en ciertos puntos implica un avance y en otros un retroceso al juicio de amparo, en el control de la constitucionalidad de normas generales y actos de autoridad que violen los derechos fundamentales de los gobernados, por las consideraciones de hecho y de derecho siguientes:

II. ARTÍCULO 103 CONSTITUCIONAL

Este numeral es el fundamento jurídico constitucional del juicio de amparo, al establecer las bases constitucionales, los principios básicos del juicio de garantías; por lo que al establecerse en el artículo 103 el fundamento constitucional del amparo, por su trascendencia en el control de la constitucionalidad de normas generales y actos de autoridad que violen garantías fundamentales de los gobernados, dicho precepto constitucional debió ser reformado de fondo y con técnica jurídica; lo que no acontece en la reforma al multicitado 103, ya que por una parte, sólo cambia la denominación de leyes por las de normas de carácter general en sus fracciones; e introduce las omisiones de la autoridad que violen las garantías individuales (I), en tanto que en el amparo por invasión de esferas (II) no contempla las omisiones, solamente sustituye la expresión normas generales por leyes; lo que se corrobora de la lectura del

² Gaceta Parlamentaria del Senado de la República, No. 197, de 13 de diciembre de 2010.

referido precepto constitucional, cuya reforma está en ciernes, al expresar:

“Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen **los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;**

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

De la lectura de este precepto se advierte que restringe la tutela de los llamados derechos humanos, al referir con falta de técnica jurídica “I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, ASÍ COMO POR LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL ESTADO MEXICANO SEA PARTE”; como se observa, cae contradictoriamente, en la discursiva de las corrientes ius naturalista o posi-

tivista, al aludir a los derechos reconocidos u otorgados por la constitución, ya superada en nuestros días por los derechos fundamentales, contemplados en la norma suprema y tratados internacionales que no se opongan a la misma; además, los quejosos que vayan en demanda de garantías no podrán invocar los tratados internacionales que contemplen derechos humanos a su favor, cuando no sea parte de ellos el Estado Mexicano, lo que indudablemente restringe como ya se dijo dicha tutela, por lo que si se quiere realmente proteger dichos derechos, lo conveniente es referir a los derechos humanos establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales que no se opongan a la misma.

Independientemente, que los derechos humanos o derechos fundamentales ya se encuentran tutelados por la Constitución en el Título Primero, Capítulo primero, así como en los artículos 103, 107 y 133 de la Carta Federal, en relación a los artículos 14 y 16 del mismo ordenamiento supremo; por lo anteriormente manifestado, lo expresado en la minuta de la reforma en estudio es erróneo al afirmar “que se amplía el objeto del juicio de amparo integrando a su protección a los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por México”; por que como ya se dijo anteriormente, no se da esa tutela amplia de los derechos humanos, al contrario la restringe solo a aquellos tratados internacionales en que México sea parte, de tal manera que los quejosos no podrán invocar tratados que contemplen a su favor

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

79

derechos humanos que amplían o complementan los establecidos en la constitución, y que no se oponen a la misma, sino han sido celebrados por el Estado Mexicano.

Por otra parte, la reforma adolece de prestancia jurídica constitucional porque debió precisar en su primera parte, con mejor técnica “LOS TRIBUNALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” en virtud de que los tribunales de la Federación a que alude el artículo 103 actual y el correlativo de la reforma, no debe de entenderse en su sentido general, ya que hay tribunales de la Federación como por ejemplo el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, que son tribunales federales, sin embargo, no están facultados para conocer de aspectos de constitucionalidad, ya que ésta es facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación, de los Tribunales de dicho poder, Suprema Corte, en Pleno o Salas; Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y jueces de Distrito.

Así también, la reforma al artículo 103 referida, debió ocuparse con solvencia jurídica de cuestiones de fondo, como aquella de precisar que el juicio de amparo el mecanismo de control de la constitucionalidad para resolver las controversias a que alude dicho numeral, ya que ni el artículo 101 de la Constitución de 1857, ni el actual artículo 103 de la Constitución de 1917, mencionan cuál es el mecanismo de control de la constitucionalidad de normas generales y actos de autoridad que violen garantías individuales; igualmente, debió contemplar con mejor

técnica jurídica el amparo por invasión de esferas, la intromisión competencial de la Federación hacia los Estados o el Distrito Federal, o de éstos hacia la Federación, de las fracciones II y III de dicho precepto, aclarando que dicha invasión hará procedente el amparo cuando viole garantías constitucionales, porque de no darse esa violación a la esfera jurídica de los gobernados, por tratarse de un conflicto, de un litigio constitucional entre los entes de poder, entonces en este caso, no procederá el amparo, sino que esas diferencias entre dichos entes deberán ventilarse a través de los medios de control que contempla la Carta Federal y las leyes reglamentarias de la materia; inclusive, para no confundir al amparo con el otro mecanismo de control de la constitucionalidad del poder, el juicio de controversia constitucional contemplado en la fracción I del artículo 105.

Por lo que consideramos que una reforma al artículo 103, por la trascendencia e importancia, por ser el fundamento constitucional del mecanismo de control de la constitucionalidad de normas generales y actos de autoridad que violen los derechos fundamentales de los gobernados, debió efectuarse en los términos siguientes:

“Artículo 103. Los tribunales del Poder Judicial de la Federación resolverán a través del juicio de amparo toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen las garantías constitucionales y los derechos humanos establecidos en esta

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

80

Constitución y en los tratados internacionales que no se opongan a la misma.

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por leyes, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal

La invasión de competencias a que aluden las fracciones II y III harán procedente el juicio de amparo cuando violen las garantías constitucionales y derechos humanos establecidos en esta Constitución, así como en los tratados internacionales que no se opongan a la misma.”

III. ARTÍCULO 107 CONSTITUCIONAL

En el artículo 107 vigente, tenemos los fundamentos jurídico constitucionales que rigen la acción, el procedimiento, y las sentencias en el juicio de garantías, es decir, los principios constitucionales que rigen el trámite del amparo; principios que han permitido que el amparo sea accesible a cualquier gobernado que se vea afectado en sus garantías individuales por normas generales o cualquier acto de autoridad, por lo que en nuestro país se ha convertido en una verdadera acción popular, que permite que se respeten y se hagan efectivos sus

derechos fundamentales por parte del aparato estatal; igualmente, lograr que la Constitución tenga primacía jurídica y el resto de ordenamientos secundarios deben ajustarse a ella, manteniéndose el orden constitucional y la legalidad; consecuentemente, que se logre un verdadero Estado de Derecho en el país; por lo que una reforma al artículo 107 constitucional, al juicio de garantías, debió ser para mejorar nuestra institución, logrando un amparo ágil, sencillo, de pronta tramitación, más social y accesible al grueso de la población, que siga siendo una institución querida y arraigada para pueblo mexicano, un valuarte de defensa en contra de los actos arbitrarios del poder público; sin embargo, el artículo 107 cuya reforma está en ciernes, no logra ese cometido, al contrario, implica un retroceso, en nuestra opinión hacen más complejo, lleno de tecnicismos el juicio de garantías, por las razones de hecho y de derecho a que se hará mención más adelante; aclarando que por la extensión de esta monografía sólo analizaremos los puntos siguientes: 1) el interés legítimo en el amparo; 2) la declaratoria general de inconstitucionalidad; 3) amparo directo adhesivo; 4) supresión o restricción del amparo directo; 5) la apariencia de buen derecho; 6) los Plenos de Circuito; y 7) cumplimiento o ejecución de las sentencias de amparo.

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

81

1) EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO

Esta figura la introduce la reforma de mérito en la fracción I del artículo 107, apartado conducente, al expresar:

“Artículo 107. ...

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, *teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.*”

Por lo que hace a la figura interés legítimo en comento, esencialmente tiene el objeto de tutelar mediante el amparo los llamados derechos humanos de la tercera generación también denominados como derechos colectivos o difusos, porque atañen a todos, y no necesariamente su afectación producirá un daño, un perjuicio de manera directa en las personas, verbigracia los derechos del medio ambiente, los derechos de consumidores; para tal efecto, se sustenta tal tutela en el interés legítimo, o sea en una posición intermedia en la teoría del derecho subjetivo entre el interés jurídico, es decir el derecho tutelado por la norma del cual es titular el quejoso, que sustenta en la actualidad la procedencia del amparo y el

interés simple que no requiere que el afectado sea titular de un derecho, menos aún que resienta un daño de manera directa y personal en su esfera de derechos; de ahí, que el quejoso será el titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo; sin embargo, hay que reflexionar si esos derechos colectivos que requieren de una tutela rápida e inmediata se lograrían proteger mediante un juicio constitucional, un mecanismo de control de la constitucionalidad del poder, de normas y actos de autoridad que violan garantías individuales, cuyo trámite es tardado, costoso, estimamos que resultará contraproducente por la tardanza en el trámite del juicio de garantías, desde la presentación de la demanda, hasta que se dicte sentencia ejecutoria lleva un buen tiempo y en ese lapso quizás esos derechos ya se extinguieron, como sería el caso de preservar el medio ambiente; incluso, provocara presentaciones de demandas de amparo en cascada, provocando un carga excesiva expedientes, saturando la capacidad de los tribunales del poder judicial de la Federación, para atender todos los juicios que se entablen en base al interés legítimo; amén, de desnaturalizar un juicio constitucional que ha sido el medio más eficaz que tienen los gobernados contra los actos del poder público, para tutelar derechos fundamentales como la vida, la libertad, el patrimonio y la seguridad jurídica, es decir los derechos más preciados por el ser humano.

Además, debe considerarse que el Amparo es un mecanismo de control de la constitucionalidad del poder

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

82

público cuando viola garantías individuales con normas o cualquier acto de autoridad, cuestión esta que no toman en cuenta los hacedores de la reforma, porque caen en el error de considerar al Juicio de amparo como un medio de defensa más, de verlo en su aspecto meramente procesal, sin considerar su naturaleza genuinamente constitucional, de mecanismo de control de la constitucionalidad del ejercicio del poder cuando este se sale del marco de la Constitución y viola las garantías constitucionales de los gobernados; por lo que la reforma en cuestión, además de falta de técnica jurídica, también desnaturaliza nuestro juicio de amparo al convertirlo en un simple medio de defensa más; la solución, para la tutela de los derechos colectivos debe ser menos complicada, rápida y eficaz con otros medios que pueden contemplarse en la leyes secundarias de la materia, como ocurre en otros países, como en Estados Unidos, que para ello tienen las llamadas acciones colectivas o de clase³; máxime, que esos derechos ya están tutelados en el artículo 28⁴ constitu-

cional, párrafos 2º y 3º, que protege los derechos de los consumidores, y recientemente se adicionó un párrafo tercero al artículo 17⁵ constitucional en el que se faculta al Congreso de la Unión a expedir las leyes que regulen las acciones colectivas; a mayor abundamiento, que dichos derechos ya están protegidos mediante los recursos o procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio ante las autoridades competentes para ello y contra la resolución definitiva que les recaiga procederá el amparo.

tencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.”

⁵ Artículo 17. ...

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.”

³ Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles, Estados Unidos.

⁴ **Artículo 28.** ...

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la compe-

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

83

2) LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

condiciones en los términos de la ley reglamentaria.
...”

En la fracción II del artículo 107 se contempla como novedad la declaratoria general de inconstitucionalidad en los amparos en revisión contra normas generales, en los que se establezca jurisprudencia por reiteración, al señalar:

“Artículo 107.- ...

II. ...

Quando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Quando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y

En torno a otorgarle a la Suprema Corte la facultad de emitir una declaración general de inconstitucionalidad en las sentencias de amparo que versen sobre normas generales, podemos afirmar que dicha declaratoria resulta contradictoria, confusa, compleja y falta de técnica jurídica; en efecto, por una parte en el contenido de la minuta del dictamen respectivo refiere que desaparece el principio de relatividad de las sentencias de Amparo; sin embargo de la reforma del texto del artículo 107, la formula de Otero no desaparece del amparo, prácticamente quedo igual, ya que en la fracción II sólo substituye la redacción, permaneciendo los alcances particulares en las sentencias dictadas el juicio de garantías, contra todos aquellos actos de autoridad que no tengan el carácter de normas generales, como se acredita de la lectura de dicha fracción, que indica:

“Artículo 107.- ...

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.”

Por otra parte, de la transcripción de los párrafos 2 y 3 de la citada frac-

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

84

ción II, de forma incongruente y contradictoriamente refiere que dicha declaratoria tendrá lugar en amparos indirectos en revisión contra normas generales (tratados internacionales, leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general); sin embargo, más adelante el cuarto párrafo de la misma fracción expresa que la declaratoria no opera en normas generales en materia tributaria, como se corrobora de la lectura del ese párrafo, que señala: **“Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.”**; o sea que en esta materia, aun en normas generales sigue prevaleciendo la relatividad, la sentencia de Amparo que declare inconstitucional una ley fiscal, no la deroga sólo se le dejará de aplicar al quejoso que obtuvo la protección de la justicia federal.

De igual manera, la reforma pierde de vista que en nuestro sistema de derecho las contribuciones además de ser proporcionales y equitativas de acuerdo a la fracción IV del artículo 31 constitucional, deben establecerse en la ley; es decir en los ordenamientos de carácter general, abstractos, impersonales, permanentes, que formal y materialmente expide el Congreso de la Unión siguiendo el procedimiento legislativo del artículo 72 constitucional; por lo que al estar en la ley las contribuciones, en una norma general, es contradictorio que sean excluidas de la declaratoria general de inconstitucionalidad; máxime, que es precisamente en la materia tributaria en donde se ven más afectadas las garantías individuales de los gobernados, y que

en muchos de los casos no pueden acceder al amparo por su alto costo, por sus tecnicismos y complejidad que requieren de abogados especialistas en la materia.

Asimismo, de manera vaga y confusa, refiere en el párrafo segundo de la fracción II arriba transcrito, que “cuando los amparos indirectos en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general, por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte lo informará a la autoridad emisora”, sin mencionar, menos aún precisar para qué efectos se le informará a dicha autoridad, al tratarse de dos resoluciones, con qué objeto y para qué se le informará; lo anterior da margen a la incertidumbre e inseguridad jurídica; y en el párrafo tercero, señala con falta de técnica jurídica, que “cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración que determine la inconstitucionalidad de una norma, el Alto Tribunal lo notificará a la autoridad emisora y en 90 días si no es superado el problema de inconstitucionalidad procederá a hacer la declaratoria general de inconstitucionalidad en la cual se fijarán sus alcances y condiciones, requiriéndose su aprobación cuando menos con ocho votos”; como se observa, la reforma adolece de técnica jurídico constitucional, ya que por una parte, es únicamente el Pleno de la Corte quien tiene facultad para emitir jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de normas generales; y por la otra, al referir alcances y “condiciones” confunde los alcances con los efectos de la declaratoria

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

85

general de inconstitucionalidad, independientemente de que éstos deben precisarse en la Constitución, en la ley secundaria y no en la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la sentencia misma, debiéndose expresar si los alcances generales serán oponibles a todos los poderes públicos constituidos y a cualquier autoridad administrativa o jurisdiccional; en cuanto a los efectos, no “condiciones” como erróneamente y falta de técnica jurídica refiere, no dice si la declaratoria general de inconstitucionalidad tendrá efectos de manera total o parcial respecto del ordenamiento declarado inconstitucional; si tiene efectos *ipso facto* o *ipso iure*; *ex tunc* o *ex nunc*; máxime que el orden constitucional no está sujeto a condición alguna, debe observarse escrupulosamente, no depende de apreciaciones subjetivas, a condicionante alguna.

También resulta carente de técnica jurídica la reforma en cuestión porque la declaratoria general la adopta vía jurisprudencia por reiteración en los amparos indirectos en revisión; lo que resulta desafortunado porque de la deficiente técnica jurídica y redacción de este párrafo parece que se están dando alcances generales a la jurisprudencia, y ésta por su naturaleza no puede tener dichos alcances, porque la jurisprudencia no es la ley, es la interpretación de ésta judicialmente adoptada, al interpretar la Constitución, leyes, reglamentos federales y locales, así como tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano al resolver un asunto que versa sobre cuestiones judiciales sobre hechos

concretos; además, de la defectuosa redacción de la declaratoria referida, tal parece que el Poder Judicial estaría arrogándose facultades legislativas, al estar derogando leyes, facultad que sólo le compete al Poder Legislativo de conformidad con el artículo 72 constitucional. Por lo que para que el Poder Judicial no invada la competencia del Legislativo la reforma debió expresar que la declaratoria general de inconstitucionalidad se enviaría al Congreso, a las legislaturas de los Estados o Asamblea Legislativa del D.F. para que conforme al citado artículo 72 inciso f) y los correlativos de las constituciones de los Estados y del Estatuto de Gobierno del D.F. procedan a derogar el ordenamiento declarado inconstitucional y expidan uno nuevo siguiendo el procedimiento legislativo correspondiente, así como al presidente de la república, ejecutivos locales y del Distrito Federal tratándose de reglamentos; y de los tratados internacionales nada dice al respecto la referida declaratoria de inconstitucionalidad.

Como se observa, la reforma en este apartado es totalmente desafortunada, compleja y falta de prestancia jurídica; por lo que hubiese sido más práctico ampliar la obligatoriedad de la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte sobre la inconstitucionalidad de normas generales, no sólo para los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, federales o locales como actualmente lo establece el artículo 192 de la Ley de Amparo, sino también para las autoridades administrativas para que desapliquen normas que ya fueron declaradas inconstitu-

cionales por la jurisprudencia, las que incurrirán en responsabilidad sancionable con las penas establecidas en el Código Penal Federal para el delito de abuso de autoridad cuando no acaten la jurisprudencia, reformando y adicionando la ley de Amparo, título cuarto, capítulo único, de la jurisprudencia de la Suprema Corte y Tribunales Colegiados de Circuito, así como el Título Quinto, Capítulo II De las responsabilidades de las autoridades en el juicio de Amparo.

3) AMPARO DIRECTO ADHESIVO

Este amparo se contempla como novedad en la fracción III, inciso a) segundo párrafo del artículo 107, que es del tenor siguiente:

“Artículo 107

III. ...

a)

La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado. La ley determinará la forma y términos en que deberá promoverse.”

Cabe destacar que esta figura no es nueva, ya que la Comisión de Justi-

cia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la LVIII Legislatura del Congreso de la Unión elaboró un proyecto de decreto visible en la Gaceta Parlamentaria del 8 de abril de 2003⁶, en donde se propone adicionar las fracciones IV y V al artículo 77⁷ de la Ley de Amparo, y en el segundo párrafo de la fracción V, está contemplado el amparo directo adhesivo; o sea, que mediante este el contrario del quejoso, el tercero perjudicado, puede también vía adhesiva intentar este amparo de única instancia, lo cual es con el propósito, según la exposición de motivos, de evitar cadenas interminables

⁶ Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de 8 de abril de 2003.

⁷ “Artículo 77. ...

V. ...

Tratándose de amparo directo, la parte que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, estará legitimada para promover amparo en forma adhesiva dentro del plazo de quince días siguientes a partir de la fecha en que se corra traslado de la demanda principal, el cual se tramitará en el mismo expediente; su presentación y trámite se registrará, en lo conducente, por lo dispuesto para el amparo principal, y seguirá la misma suerte procesal.

Con la demanda de amparo adhesivo se correrá traslado a la parte contraria para que exprese lo que a su interés convenga.

La falta de promoción del amparo adhesivo producirá la preclusión del derecho de quien obtuvo sentencia favorable para alegar posteriormente las violaciones que se hayan cometido en su contra.

De igual manera se dará esa preclusión respecto de las violaciones procesales o formales que el quejoso en lo principal no hubiera hecho valer en su demanda.”

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

87

de amparos, y que en una sola sentencia se resuelvan todas las cuestiones y violaciones que se hubiesen dado en el procedimiento del que emanó el acto reclamado.

Por nuestra parte, estimamos que dicho amparo directo adhesivo contemplado en la reforma, atenta contra la naturaleza jurídica del juicio de amparo, que es un mecanismo de control de la constitucionalidad del poder, de normas generales y actos de autoridad transgresores de derechos fundamentales, no es un medio de defensa más, no es un recurso como equivocadamente se consideró en el dictamen respectivo, y contraría los principios constitucionales que rigen el juicio de garantías, el de instancia de parte agraviada, y el de existencia de agravio personal y directo; establecidos en el artículo 107 constitucional vigente, fracción I, y el artículo 4 de la Ley de Amparo, toda vez que de acuerdo a dichos principios el amparo no es de oficio, se sigue a instancia de parte, y sólo estarán legitimados para interponerlo los gobernados que resientan un daño, un perjuicio de manera directa, personal en sus garantías constitucionales por la norma general o el acto de autoridad; y en la especie, el que promueva el amparo adhesivo referido es el tercero perjudicado que se beneficia con la sentencia, laudo, reclamados por el quejoso en el amparo principal; por lo que el adhirente no resiente un daño, un perjuicio personal y directo en su esfera de derechos por la ley o el acto de autoridad, por lo tanto no puede promover amparo; incluso, propicia una desigualdad procesal entre

las partes, ya que el vencedor en el juicio natural, tendrá más y nuevas oportunidades de hacer valer lo que a sus intereses convenga a través del amparo adhesivo, en detrimento de su contraparte; máxime, que sólo son materia de adhesión los recursos, verbigracia, el de revisión que tiene por objeto revisar y en su caso reforzar la legalidad de las resoluciones judiciales, más no es materia de adhesión un juicio constitucional, un mecanismo de control de la constitucionalidad de normas generales y actos de autoridad que violen las garantías individuales, como es el amparo directo; ya que en éste las violaciones al procedimiento y en la sentencia misma se analizan a la luz de la Constitución, de las garantías individuales, no de la ley secundaria.

Pero además, si se pretende acabar con las cadenas de amparos sobre un mismo asunto, como se argumenta en el dictamen correspondiente, "...Se impone al quejoso o a quien promueva el amparo adhesivo la carga de invocar todas aquellas violaciones procesales que estime puedan violar sus derechos cometidos en el procedimiento de origen. Se pretende con esto que en un sólo juicio queden resueltas las violaciones procesales que puedan aducirse respecto de la totalidad del proceso y no a través de diversos amparos como ahora sucede..."⁸; no obstante, este amparo adhesivo no es el medio idóneo para tal fin, al contrario acrecentara el trabajo en los Tribunales Colegiados de Circuito, al tener que

⁸ Gaceta Parlamentaria del Senado, No. 197.

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

88

ventilarse prácticamente dos juicios, el amparo directo principal y el adhesivo, sobre un mismo asunto, los que multiplicados por cada negocio judicial que llegue a dichos tribunales, acarrearán una carga excesiva de trabajo; amén, de lo contradictorio e irónico de la reforma, ya que por un lado, se pretende limitar la procedencia del amparo directo contra las sentencias pronunciadas por los tribunales superiores de justicia de los estados, en aras de la autonomía de la justicia local, como se aprecia del contenido de la minuta, parte conducente, al señalar "...es claro que la independencia y autonomía de los tribunales estatales es un requisito fundamental de cualquier reforma que pretenda mejorar la administración de justicia, a fin armonizar las competencias federal con las locales y así lograr su complementariedad..."⁹; y por otro, multiplican los amparos, dos sobre un mismo negocio judicial; este objetivo de evitar cadenas de amparos sólo se logrará acabando con las sentencias de amparo para efectos, declarando lisa y llanamente la protección federal, sobre todo cuando se enderecen contra sentencias definitivas o laudos por violaciones in judicando.

4) SUPRESIÓN O RESTRICCIÓN DEL AMPARO DIRECTO.

La restricción del amparo se advierte del apartado marcado con el núme-

ro II, denominado del "Contenido de la Minuta" relativo al dictamen de reformas en estudio, que en su parte medular indica:

"En este sentido, es claro que la independencia y autonomía de los tribunales estatales es un requisito fundamental de cualquier reforma que pretenda mejorar la administración de justicia, a fin armonizar las competencias federal con las locales y así lograr su complementariedad."

De la lectura del dictamen que contiene la reforma de marras en sí mismo es contradictorio, incongruente, independientemente de su falta de prestancia jurídica, porque en su parte considerativa alude a la independencia y autonomía de los tribunales estatales para mejorar la administración de justicia, a fin de armonizar la competencia federal con la local y así lograr su complementariedad; lo que denota la posibilidad de proscribir, suprimir o imponer modalidades para la procedencia del juicio de garantías uniinstancial; sin embargo, en el texto del artículo 107 constitucional reformado, en sus fracciones V y VI relativas al amparo directo no se menciona tal situación; es decir, la supresión o restricción de la procedencia del amparo directo en aras de la justicia local, como se acredita del texto materia de la reforma en dichas fracciones, ya que sólo expresan:

⁹ Gaceta Parlamentaria del Senado, No. 197.

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

89

“Artículo 107.- ...

V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito **competente de conformidad con la ley**, en los casos siguientes:

VI. En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria señalará **el procedimiento** y los términos a que deberán someterse los Tribunales Colegiados de Circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dictar sus resoluciones;
...”

Com se advierte, en la Constitución no se contempla restricción, modalidad o condición alguna en tal sentido, de proscribir o limitar la procedencia del juicio de garantías directo, contra las sentencias definitivas de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo de las entidades definitivas, ya que en la fracción V refiere de que el juicio se promoverá ante el Colegiado conforme a la ley, y la VI sólo alude al procedimiento y términos a que debe sujetarse el tribunal para dictar su resolución; no obstante la reserva de ley establecida en la fracción V aludida, en la que existiera la posibilidad de que el Congreso estableciera alguna modalidad para la procedencia del amparo uniinstancial, en aras de la autonomía de la justicia local, ésta no puede llegar al extremo de establecer la supresión o restricción del juicio de garantías contra los fallos de aquellos tribunales locales, porque tal cuestión debe establecerse expre-

samente en la Constitución, no en la ley de Amparo; amén, de que para semejante mutilación no tan sólo debe reformarse y contemplarse expresamente ésta en el artículo 107 aludido, sino también en el artículo 117 constitucional, por lo que si sólo se reforma para tal efecto esta ley, se podrá impugnar por inconstitucional al ir más allá de la Norma Suprema.

Además, se estarían subordinando la supremacía de la Constitución, las cuestiones de constitucionalidad, a aquellas de mera legalidad, olvidando los hacedores de la reforma que en el amparo directo las violaciones al procedimiento y en la sentencia misma se analizan a la luz de la constitución, de las garantías individuales, no de la ley secundaria como acontece en los recursos.

Finalmente, otro inconveniente de que se reformara la Ley de Amparo, en el sentido de restringir la procedencia del amparo directo en aras de la autonomía de los fallos de los tribunales de los estados, también estarán restringiendo, cavando la tumba de la suspensión de los actos reclamados en el amparo directo, la que le compete conocer precisamente a dichos tribunales, al propio tribunal responsable que emitió la sentencia, laudo o resolución que ponga fin al juicio constitutivo del acto reclamado en el amparo directo atento a lo establecido por la fracción XI del artículo 107 constitucional, en relación al 170 de la ley de Amparo.

5) LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Esta figura en la suspensión de los actos reclamados, es abordada en la fracción X del artículo 107, de la reforma que nos ocupa, al señalar:

“Artículo 107.- ...

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley **reglamentaria**, para lo cual **el órgano jurisdiccional de amparo**, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la promoción del amparo, y en las materias civil, mercantil y administrativa, mediante garantía que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiere ocasionar al tercero interesado. La suspensión quedará sin efecto si éste último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;”

La apariencia de buen derecho como requisito de procedencia de la suspensión a petición de parte en el amparo indirecto, que contempla la

reforma constitucional en estudio, pugna con la naturaleza misma de la suspensión de los actos reclamados; en virtud de que el *fumus boni iuris* se cimenta en la teoría de las medidas cautelares, y la suspensión no puede considerarse como una simple medida cautelar; ya que estas tienen lugar en los juicios ordinarios, comunes, en los que se ventilan conflictos entre particulares, para preservar algún derecho de estos; en tanto que la suspensión no tan solo tiene como finalidad evitar que se consuman los actos reclamados en el amparo en perjuicio del quejoso, además que no se causen esos perjuicios a la sociedad, a terceros, al orden público, evitar con la suspensión las consecuencias que conlleva el que se ejecute una ley o el acto de autoridad, lo que permite que se analice su constitucionalidad con el amparo; por lo que la suspensión al igual que el amparo, que es un juicio constitucional, como parte de él, goza de esa misma naturaleza, tan es así que el Constituyente originario la elevó a rango constitucional en las fracciones X y XI del artículo 107; de ahí, que no compartamos que la suspensión sea una simple medida cautelar, consecuentemente la apariencia de buen derecho producto de la jurisprudencia, incorporada en la fracción X del artículo 107 de la reforma cuestionada, en esencia consiste en que el derecho legítimamente tutelado de quién pide la suspensión existe y le pertenece en apariencia; sin embargo, como ya vimos la suspensión no es una simple medida cautelar, por lo que no aplica en tratándose del con-

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

91

trol de la constitucionalidad del poder público, que exterioriza su voluntad a través de normas y actos de autoridad, con los que puede vulnerar la constitución y las garantías individuales, en donde no caben las probabilidades y verisimilitudes como en los juicios comunes, por lo que en base de meras probabilidades no pueden adelantarse la constitucionalidad de los actos de autoridad, estos serán materia del fondo, del principal, del amparo, una vez sustanciado, ofrecidas y rendidas las pruebas y alegatos de las partes; haciendo hincapié que la suspensión no decide sobre la constitucionalidad de la ley o el acto reclamado, esto le compete al Amparo; la suspensión no anula la ley o el acto reclamado, al contrario los preserva para que sea la sentencia de Amparo la que lo haga; por lo que la apariencia de buen derecho implica entrar al fondo, prejuzgando sobre la constitucionalidad del acto reclamado lo que está propiciando en la práctica que los juzgadores de garantías de inicio no tan solo estén negando suspensiones, sino que también prejuzgando ya consideren negar los amparos; lo anterior, va en contra de la naturaleza misma de la suspensión que solo tiene como finalidad preservar la materia del amparo, que no se consuman en perjuicio del quejoso los actos reclamados, en tanto en el amparo se decide su constitucionalidad; por lo que la materia de la suspensión difiere de la del fondo, así se ha establecido por jurisprudencia firme, visible en el apéndice de 1995, quinta época, T.VI, pag.806, jurisprudencia

1184, bajo el rubro “SUSPENSION MATERIA DE LA. DIFIERE DE LA DEL JUICIO”¹⁰.

6) LOS PLENOS DE CIRCUITO

Este nuevo órgano se contempla en el artículo 94, en relación a la fracción XIII del artículo 107 constitucional, motivo de la reforma en estudio, que expresan:

“Artículo 94. ...

Asimismo, mediante acuerdos generales establecerá Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de los Tribunales Colegiados que pertenezcan a cada Circuito. Las leyes determinarán su integración y funcionamiento.

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación **y los Plenos de Circuito** sobre la interpretación de la Constitución **y normas generales**, así como los requisitos para su interrupción **y sustitución.**”

“Artículo 107.- ...

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados **de un mismo Circuito** sustenten tesis contradictorias en los juicios de ampa-

¹⁰ Apéndice de 1995. Quinta Época, T. VII, p. 806, tesis de jurisprudencia 1184.

ro de su competencia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales **y sus integrantes, los Jueces de Distrito o las partes en los asuntos que los motivaron** podrán denunciar la contradicción ante el **Pleno del Circuito correspondiente**, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos de Circuito, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que deberá prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo cuyo conocimiento les compete, los ministros, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, los Jueces de Distrito, el Procurador General de la República o las partes en los asuntos que las motivaron, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, conforme a la ley regla-

mentaria, para que éste resuelva la contradicción.

Las resoluciones que pronuncien **el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos de Circuito conforme a los párrafos anteriores**, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;”

Por lo que hace a la creación del órgano denominado Plenos de Circuito para resolver las contradicciones de tesis, consideramos que más que lograr homogeneizar los criterios dentro un Circuito, propiciarán el caos, la incertidumbre jurídica, retardo y burocratización de la justicia; en efecto, la jurisprudencia, sobre todo el sistema por contradicción de tesis ha permitido no tan solo la integración, uniformidad del poder judicial, sino también de la justicia en México, por ello el constituyente originario solo facultó a la Suprema Corte, como máximo Tribunal de la República, cuyos fallos son inatacables, a emitir jurisprudencia por contradicción de criterios en términos de la fracción XIII aludida; así el Pleno de la Corte resolverá las contradicciones de tesis sustentadas entre las Salas en los juicios de amparo de su competencia, y estas dilucidan las contradicciones de tesis entre los tribunales colegiados de circuito, manteniendo así la uniformidad del poder judicial de la federación, como de la justicia en nuestro país; la cual

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

93

se quebranta al dejar esta facultad a un órgano que no fue creado por el Constituyente Originario, si no por un simple acuerdo, es el máximo tribunal, que no tendrá la jerarquía de la Suprema Corte para que sus actos no sean atacados, recurribles, en aras de la certeza jurídica que debe haber en el sistema de derecho de un país.

Igualmente, propicia el retardo en la impartición de justicia, al estar triangulando el trámite y resolución de la contradicción de criterios, porque lo que resuelva el Pleno de Circuitos al final de cuentas será revisado por el Suprema Corte, propiciando no tan sólo el retraso, sino también la burocratización de la justicia; independientemente de lo anterior, los plenos de circuito al estar integrados por un consejo de Magistrados, estará resolviendo criterios de sus pares y en un momento dado será Juez y parte, ya que ellos mismos resolverán las contradicciones de tesis que emitieron los Magistrados integrantes de los Tribunales Colegiados de Circuito que sustentaron las tesis materia de la contradicción.

Estimamos que en lugar de crear el órgano que se cuestiona, lo conveniente hubiese sido una reforma al sistema de jurisprudencia por contradicción de tesis para establecer un procedimiento en el que se precise el plazo para hacer la denuncia, como y ante quién se promoverá la contradicción, ampliar la legitimación para efectuarla, una etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas, las reglas a que se sujetará la Corte para resolver, modificando los efectos de reso-

lución que dilucide la contradicción, así como el recurso oponible contra la resolución que resuelva dicha contradicción; lo anterior, si representaría un avance en materia de jurisprudencia, porque actualmente solo se establece al respecto que la Suprema Corte dictará resolución en tres meses, sin contemplar procedimiento alguno para tal efecto.

7) CUMPLIMIENTO O EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO

En lo que respecta al cumplimiento de las ejecutorias de amparo, en la reforma de mérito, específicamente en la fracción XVI del artículo 107, se establece lo siguiente:

“Artículo 107.- ...

XVI. Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

94

si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo podrá ser solicitado por el quejoso al órgano jurisdiccional, o decretado de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando la ejecución de la sentencia afecte a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso, o cuando, por las circunstancias del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir la situación que imperaba antes de la violación. El incidente tendrá por efecto que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de daños y perjuicios al quejoso. Las partes en el juicio podrán acordar el cumplimiento sustituto mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.

No podrá archivarse juicio de amparo alguno, sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional;
...”

En torno a la ejecución de las sentencias en la reforma a la fracción XVI del artículo 107 constitucional, si bien es un acierto derogar la caducidad en los procedimientos tendientes a la ejecución de las sentencias, en nuestra opinión también le faltó técnica jurídica a la reforma en cuestión y representa un retroceso en el juicio de garantías; porque por una parte, en su primer párrafo, incurre en una grave omisión, al no contemplar el retardo en el cumplimiento de las sentencias como causa de responsabilidad constitucional y penal de las autoridades responsables; por otra parte, resulta incongruente lo manifestado en el contenido de la minuta del dictamen, respecto a que ya no se requerirá la declaración de procedencia del artículo 111 constitucional para la aplicación de la fracción XVI del artículo 107, a aquellas autoridades que gocen de inmunidad constitucional; sin embargo, la fracción XVI de la reforma nada dice al respecto, ni fue materia de reforma el artículo 112 citado, estas situaciones debieron contemplarse expresamente en el texto de la fracción XVI, así como en el artículo 112 constitucional que prevé los casos en que no se requerirá la declaratoria de procedencia de la Cámara de Diputados, y no en la ley secundaria, en la Ley de Amparo.

Por otro lado, sólo se concretó a substituir las palabras, las expresiones

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

95

de causa excusable e inexcusable en el incumplimiento de las sentencias, por las de incumplimiento justificado e injustificado; el orden constitucional, el cumplimiento de las sentencias de amparo por ser una cuestión de orden público no tienen causa justificada o injustificada, excusable e inexcusable, sino que debe de acatarse en forma lisa y llana; de igual forma, sólo se concretó a substituir las expresiones plazo prudente para el cumplimiento de las sentencias, por el de plazo razonable; además, ese plazo razonable podrá ampliarse a petición de las responsables, ¿por qué término sería la ampliación? Por lo que nuevamente, al igual que el párrafo primero de la fracción XVI vigente, propicia la inseguridad, la incertidumbre jurídica ¿por qué a que plazo razonable se quiso referir la reforma?, ya que en la Constitución debe establecerse de manera expresa, precisa y uniforme el término para cumplir los fallos de amparo, para que los gobernados, la sociedad tengan certeza de que los fallos de amparo serán cumplidos puntual y cabalmente, no burlados por las autoridades responsables.

En tanto que el segundo párrafo, de la fracción XVI implica un grave retroceso en el juicio de Amparo, en cuanto a que la autoridad que repita el acto reclamado será separada del cargo por la Suprema Corte y dará vista al ministerio Público, salvo que no hubiese actuado dolosamente la autoridad y deje sin efectos el acto repetitivo; lo anterior provocará que los fallos de amparo no sean cumplidos, menos aún serán acatados de manera cabal;

ya que a diferencia de la vigente fracción XVI, que en su primer párrafo contempla tanto el incumplimiento como la repetición del acto reclamado, y cuando no exista causa justificada incurrirán en responsabilidad las responsables, separándolas la Suprema Corte del cargo inmediatamente y consignándolas al juez de Distrito; en cambio, la reforma que nos ocupa fragmenta, divide en dos párrafos tales situaciones, e incongruentemente, con falta de técnica jurídica, en el caso de incumplimiento injustificado de la sentencia, en su primer párrafo, la Corte separará del cargo a la autoridad rebelde y la consignará directamente ante el Juez de Distrito; sin embargo, tratándose de la repetición del acto reclamado, en el segundo párrafo, inexplicablemente la Corte separará del cargo a la contumaz, y sólo se concreta a dar vista al Ministerio Público; cuando que en ambas conductas, incumplimiento de la sentencia o repetición del acto reclamado, estará incurriendo en responsabilidad la autoridad y lo que procede es que la Corte la separe del cargo y consignarla ante el Juez de Distrito para que la juzgue por tales conductas; lo anterior implica un grave retroceso a nuestro juicio de amparo, porque por un lado, está subordinando al Máximo Tribunal de la República, sus sentencias, sus decisiones, a un órgano de menor jerarquía, el que puede poner en tela de juicio lo decidido por la Corte puesto que es el que determinará si ejercita o no acción penal en contra de la rebelde, no obstante que el Alto Tribunal haya resuelto que hubo repetición del acto reclamado; independien-

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

96

temente, de las salidas de tipo legal o extralegal que tendrán las autoridades responsables ante el órgano persecutor de los delitos, propiciando que los fallos de amparo sean burlados, sobre todo cuando las responsables que en cumplimiento de las sentencias repitan el acto reclamado, sean parte de la administración pública, ya que su superior jerárquico será el Ejecutivo Federal, el Presidente de la República, de quien depende el Ministerio Público.

Más aún, la reforma que nos ocupa contraría lo dispuesto por el Constituyente originario, la decisión político fundamental, de otorgarle al Pleno de la Suprema Corte la facultad de consignar directamente a la autoridad responsable ante el juez de distrito y no el Ministerio Público, a las contumaces que hayan violado garantías individuales y que no cumplan cabalmente con los fallos de amparo para someterlas al marco de la Constitución, como excepción a la regla establecida en el artículo 21 constitucional. Por lo que, la reforma referida provocará que las sentencias de amparo no sean cabalmente cumplidas, al darle varias salidas a la autoridades rebeldes, ya que basta que argumenten que su actuar no fue dolo para que no incurran en responsabilidad; amén, que por su subjetividad será difícil que el quejoso demuestre si hubo dolo, o aún demostrándolo, basta que la autoridad deje sin efectos el acto cuya repetición se reclama, para que sea relevada de sanción alguna por su conducta indebida.

Finalmente, al permitir que los quejosos realicen convenios con las autoridades responsables para el pago de

daños y perjuicios, se está subordinando el interés general, el orden constitucional, a los intereses particulares, meramente patrimoniales; se cambian obligaciones de hacer por obligaciones de dar. Además, de que los quejosos serán presionados por las autoridades para lograr el cumplimiento sustituto de las sentencias cuando no logren acreditar la imposibilidad material y jurídica de dicho cumplimiento.

Por todo lo anterior, si queremos un mecanismo de control de la constitucionalidad de normas generales y actos de autoridad que violen los derechos fundamentales de los gobernados, ágil, sencillo, justiciero, más eficaz y accesible a la población se deben realizar reformas que reestructuren de fondo y de manera justiciera los principios constitucionales que rigen el trámite del juicio de garantías, la acción, el procedimiento y las sentencias de amparo; para tal fin, el artículo 107 debe ser reformado en los términos siguientes:

“Artículo 107.- Para la tramitación del juicio de amparo en las controversias a que alude el artículo 103, no se requerirá mayor formalidad a los procedimientos del orden jurídico que establece esta Constitución y la ley reglamentaria, de acuerdo a las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá a instancia de quien tenga un interés directo para reclamar la inconstitucionalidad de una norma general, la interpretación directa de un precepto de la Constitución o cualquier acto de autoridad;

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

97

II.

...

“en los asuntos en que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establezca jurisprudencia en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general respecto de esta Constitución, será obligatoria para todos los poderes públicos, organismos constitucionales autónomos, autoridades judiciales, administrativas, del trabajo, federales o locales y del Distrito Federal, la ley reglamentaria fijará los alcances, efectos de dicha obligatoriedad y determinará la declaratoria general de inconstitucionalidad de la norma, la que se comunicará al Congreso de la Unión o a la Comisión Permanente, legislaturas de los Estados o Asamblea Legislativa del Distrito Federal para que en un plazo de 90 días deroguen en forma total o parcial la ley en la parte que sea declarada inconstitucional y emitan la nueva disposición en los términos establecidos en el artículo 72 de esta Constitución, y los correlativos de las entidades federativas y el Estatuto de gobierno del Distrito Federal.”

....

....

....

IX. En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias pronunciadas por las Salas de la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución u omitan

decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, la Suprema Corte de Justicia en Pleno, conocerá de dicha revisión.

La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante los requisitos, condiciones y obligaciones que determine la ley reglamentaria; para lo cual se tomarán en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público, mediante garantía que otorgue el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiera ocasionar al tercero interesado. La suspensión quedará sin efecto, cuando la naturaleza del acto lo permita, si este último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediere el amparo y a pagar los daños y perjuicios consiguientes.

La ley reglamentaria determinará el procedimiento para el cumplimiento y obediencia de la suspensión.

La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado o que, en los casos que deba conocer del trámite de la suspensión, admita por mala fe o negligencia garantía o contragarantía que resulte ilusoria, insuficiente, o excesiva, será sancionada

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

98

penalmente conforme lo establecido en la ley.

XIII. Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros, los órganos que suscitaron los criterios, sus integrantes, los jueces de distrito, los tribunales militares, judiciales, administrativos y del trabajo, ya sean locales o federales, las partes en los asuntos que los motivaron, las dependencias jurídicas de los organismos públicos y las asociaciones de abogados con registro nacional podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda conforme a la ley reglamentaria, decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

La ley reglamentaria establecerá el procedimiento para la tramitación de las contradicciones de tesis.

...

XIV. La ley reglamentaria determinará las causales de improcedencia y las que impidan entrar al fondo de la cuestión planteada en el juicio de amparo; en ningún caso operará el sobreseimiento del juicio, ni la caducidad por inactividad procesal del órgano jurisdiccional o falta de promoción de parte interesada.

XVI. Si concedido el amparo la autoridad responsable repite el acto reclama-

do, retarda el cumplimiento o incumple la sentencia del Tribunal Federal, será inmediatamente separada del cargo y consignada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al juez de Distrito que corresponda.

Si la autoridad responsable que deba ser separada del cargo, gozare de fuero constitucional, para proceder conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, no se requerirá la declaratoria de procedencia que menciona el artículo 111 de esta Constitución.

No podrá archivarse ningún juicio de amparo sin que se haya cumplido totalmente la sentencia que otorgó la protección constitucional.

La ley reglamentaria establecerá el procedimiento a seguir ante la imposibilidad material y jurídica para el cumplimiento de la sentencia.

..."

BIBLIOGRAFÍA

Silva Ramírez, Luciano, "El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México", 2ª edición, Editorial Porrúa, México.

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional...

99

HEMEROGRAFÍA

Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Gaceta Parlamentaria del Senado de la República, No. 197, de 13 de diciembre de 2010.

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de 8 de abril de 2003.

Constitución de Francia

Diario Oficial de la Federación de 20 de mayo de 1986.

Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles, Estados Unidos de Norteamérica.

LEGISLACIÓN MEXICANA Y EXTRANJERA

JURISPRUDENCIA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Apéndice de 1995. Quinta Época, T. VII, p. 806, tesis de jurisprudencia 1184

Constitución Política de la República Mexicana de 1857

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales de inmunidad

Elisa Schiavo*

Sumario: 1.- El Estatuto de la Corte Penal Internacional. 1.1.- Antecedentes. 1.2.- Problemas en el funcionamiento de la Corte. 1.3.- Limitaciones *ratione materiae*. 1.4.- Limitaciones *ratione personae*. 1.5.- Condiciones para el ejercicio de la competencia. 2.- El artículo 98 del Estatuto de Roma. 2.1.- Principios fundamentales. 2.2.- Contenido del artículo 98. 3.- Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado. 4.- American Service-Members Protection Act. 5.- Acuerdos Bilaterales de Inmunidad. 5.1.- Sujetos protegidos. 5.2.- Incompatibilidad de los Acuerdos con el Estatuto.

Resumen: El artículo analiza las limitaciones en la aplicación de la normativa contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y la incompatibilidad con el mismo de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, que han sido ampliamente usados por los Estados Unidos de América para evitar una cabal aplicación del propio Estatuto de Roma en el territorio de ciertos Estados Partes.

* Profesora de la materia de 'Derecho Internacional Público' en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciada en Derecho por la Università degli Studi di Salerno, Italia; Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

1. – EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La justicia penal internacional tiene como fin el de determinar la responsabilidad penal de los individuos. La creación de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto ha entrado en vigor el 1° de julio de 2002, constituye un adelanto en materia de fijación de responsabilidades individuales, y ha permitido una primera e importante codificación de normas en materia de responsabilidad penal individual, en el ámbito internacional¹. La actual Corte se constituye así como el primer tribunal internacional permanente, con competencia para juzgar a individuos que hayan realizado las conductas tipificadas en su propio Estatuto².

El elemento de la complementariedad de su jurisdicción, respecto de las jurisdicciones nacionales, fue insertado en los artículos 1 y 17 del Estatuto, con la función de mitigar las preocupaciones expresadas por algunos Estados,

en los casos en que se concibió que el Tribunal pudiese enjerirse en asuntos propiamente internos, y violar de esta manera la soberanía de los países tanto partes como no partes del Estatuto. La redacción cautelosa del artículo 17 en mención, demuestra las limitaciones que frecuentemente encuentra la Corte en el ejercicio de su jurisdicción; el primer candado es representado por el hecho de que todo asunto será considerado inadmisibile a menos que el Estado que tenga jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no pueda realmente hacerlo. De manera sucesiva, se prevé la inadmisibilidad del asunto cuando la persona haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, o cuando el asunto no sea de 'gravedad suficiente' para justificar el inicio de la acción penal por parte de la Corte³.

³ Art. 17 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d)

¹ Hasta noviembre de 2010, se cuentan 114 Estados como partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

² Art. 1 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional. La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto".

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

103

1.1 - ANTECEDENTES

El surgimiento de un derecho penal internacional, que asigne responsabilidades a los individuos en materia de violaciones del derecho humanitario internacional, tiene fuertes antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, que se remontan a los finales de la Segunda Guerra Mundial. La constitución de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y de Tokio, en 1945, representa un importante antecedente en la implementación de medidas represivas individuales, para los casos de ciertas graves violaciones a los derechos humanos.

En épocas más recientes, la creación, por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de los Tribunales Especiales para Yugoslavia (en 1993) y Ruanda (en 1994), ha determinado la consolidación de importantes principios jurídicos en la materia del derecho humanitario internacional⁴.

En particular, el conjunto de tales actividades ha puesto en marcha la elaboración de los preceptos fundamentales en materia de justicia penal sustantiva, y ha fijado una relevante

referencia jurisdiccional para la reciente constitución de la Corte Penal Internacional. En el ámbito de competencia propia de tal tribunal, la delineación de los crímenes que recaen bajo su jurisdicción, ha sido realizada mayormente fuera de los foros convencionales internacionales, y ha sido producto de las elaboraciones doctrinales, jurisprudenciales y de derecho declarativo, existentes sobre la materia.

En el campo de la tutela de los derechos humanos, los principios fundamentales que caracterizan la materia, han progresivamente adquirido peso, y han sido aplicados, independientemente de la existencia de específicas obligaciones convencionales, y a través de la labor dogmático-teórica de instituciones internacionales y de actores no estatales, muchas veces en abierto contraste con la práctica actual de los Estados.

Dada la histórica y general ausencia de tratados o leyes internas que protejan efectivamente tales derechos, el derecho humanitario internacional ha sido frecuentemente clasificado en la categoría de la costumbre internacional; sin embargo, a falta de una práctica generalizada, tales disposiciones carecen de los elementos necesarios para poder ingresar a la categoría mencionada, y pertenecen, más bien, al campo del derecho declarativo.

En el ámbito específico de la protección a los derechos humanos, el surgimiento del concepto de responsabilidad individual, y la aplicación de la normatividad en materia, se ha ido realizando fuera de los foros convencionales tradicionales, y ha sido efec-

El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. (...)

⁴ Sin embargo, los Tribunales en mención se constituyeron después que los crímenes se cometieron, con una jurisdicción limitada en el tiempo y en el espacio, y a través de órganos de naturaleza política, y poco democráticos, como el Consejo de Seguridad, donde 5 países tienen el derecho de vetar las resoluciones del mismo.

tuado por organizaciones y actores no estatales, con independencia de lo previsto en los ámbitos nacionales, y de manera muchas veces contraria a la práctica efectiva de los Estados.

1.2 – PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

En la reciente constitución del tribunal, se han evidenciado una serie de dificultades, que amenazan con mermar decisivamente su autonomía y funcionamiento integral, representadas esencialmente por los persistentes problemas de ratificación del Estatuto, la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (o *Bilateral Immunity Agreements – B.I.A.*), por los poderes de veto reconocidos al Consejo de Seguridad de la O.N.U. (en el artículo 16 del Estatuto)⁵, por la previsión de ‘contribuciones voluntarias’ de los gobiernos en el financiamiento de las actividades del tribunal (en el artículo 116)⁶, y por

la absoluta falta de previsión de un cuerpo policíaco que dependa directamente del tribunal.

A todo esto deben añadirse las limitaciones *ratione materiae* y *ratione personae* previstas en el propio Estatuto, en cuanto a la competencia de la Corte.

1.3 – LIMITACIONES RATIONE MATERIAE

El área de competencia del tribunal, determinada por el mismo Estatuto en sus artículos de 5 a 8, resulta ser limitada a una serie de crímenes específicos, tales como el genocidio, la agresión, los crímenes de guerra y de lesa humanidad⁷.

Estas restricciones en el ejercicio de la jurisdicción del tribunal, demuestran como el derecho penal internacional esté aún lejos de constituirse como un cuerpo normativo uniforme y omni-compreensivo. En muchos foros se ha

⁵ Art. 16 del “Estatuto de la Corte Penal Internacional”: “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.”

⁶ Art. 116 del “Estatuto de la Corte Penal Internacional”: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115, la Corte podrá recibir y utilizar, en calidad de fondos adicionales,

contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios en la materia que adopte la Asamblea de los Estados Partes.”

⁷ Art. 5 del “Estatuto de la Corte Penal Internacional”: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: La corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión. (...)”

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

105

evidenciado la urgente necesidad de ampliación de las conductas penadas: solamente por citar algunas situaciones, podemos mencionar a los crímenes económicos, el tráfico de estupefacientes, el tráfico de personas, el blanqueo de capitales, y toda otra actividad delictiva que tenga la capacidad de traspasar las fronteras nacionales y afectar los intereses de la comunidad internacional en su conjunto.

La referencia contenida en los artículos 1, 5 y 17 del propio Estatuto hace un vago llamado al elemento de la 'gravedad' de la conducta; por ende, el instrumento ha terminado por tipificar y castigar solamente cierto tipo específico de conductas, consideradas arbitrariamente relevantes, a partir de su tipificación en los artículos de 5 a 8 del Estatuto, y sobre la base de evaluaciones de carácter subjetivo, que puedan otorgarles aquella característica de 'gravedad' a la cual hace referencia el mismo instrumento internacional.

1.4 — LIMITACIONES RATIONE PERSONAE

Alas limitaciones *ratione materiae*, deben añadirse las limitaciones *ratione personae*, a la competencia del Tribunal en cita, dado que, aunque el artículo 25 de su Estatuto fije, de manera novedosa, el principio de responsabilidad internacional individual,

mucho se discute aún acerca de los específicos sujetos individuales que puedan ser enjuiciados⁸.

Una correcta interpretación del articulado debería comprender, no solamente los "criminales de Estado", y los crímenes realizados por personal estatal en el ejercicio de sus funciones, sino también los cometidos por todo grupo de poder en el Estado, aunque no ejerza funciones estatales. El concepto de macro-criminalidad, en sentido restringido, se refiere a la criminalidad fortalecida por el Estado, al crimen colectivo políticamente condicionado, a los crímenes de Estado, toda vez que éstos constituyen simplemente la expresión de una criminalidad estatal interna, orientada hacia los propios ciudadanos.

En un sentido amplio, la macro-criminalidad debería comprender también los crímenes internacionales de actores no individuales, si se parte de un presupuesto que considere esencialmente al elemento de la conducta como el criterio relevante para la determinación de la responsabilidad. En este sentido, se discute acerca de la posibilidad de concebir y tipificar formas de responsabilidad de actores no estatales que sean personas jurídicas, como las empresas transnacionales, cuando realicen conductas penadas internacionalmente por el Estatuto.

⁸ Art. 25 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "*De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. (...)*"

1.5 — CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

A partir de los dos principios básicos de la territorialidad y de la nacionalidad, el artículo 12 del Estatuto⁹ señala que la Corte tendrá competencia para conocer de aquellos crímenes que se hubieran cometido en el territorio de un Estado parte, o por un nacional de un Estado parte. Así, el Estatuto establece que la Corte conozca solamente aquellos crímenes conexos, en cuanto al territorio o por medio de la nacionalidad del sujeto activo, con algún Estado parte del Estatuto.

De esta manera, el Estatuto ha recogido los criterios tradicionales que encontramos en el marco de la legislación comparada, relativos a la atribución de jurisdicción, entre los que figuran el principio de territorialidad (un Estado ejerce jurisdicción por los crímenes cometidos en su territorio), y el principio de la nacionalidad del acu-

sado, llamado también principio de la personalidad activa.

El Estatuto ha descartado la inclusión del principio de la personalidad pasiva, es decir, aquel principio que permite atribuir jurisdicción en función de la nacionalidad de la víctima. De igual forma, tampoco ha sido recogido el criterio de la jurisdicción universal, en virtud del cual un Estado se arroga el derecho de juzgar a personas que no son nacionales suyos, por crímenes que no se cometieron en su territorio, y frente a víctimas que tampoco son sus nacionales.

Cabe señalar que los Estados Unidos, que a la fecha no han suscrito el Estatuto, insisten en que la Corte no puede tener jurisdicción sobre los nacionales de los Estados que no sean parte del Estatuto, bajo el argumento que con ello se podría poner en peligro la efectividad de la participación de Estados Unidos en operaciones humanitarias de restablecimiento y mantenimiento de la paz alrededor del globo.

Un ulterior elemento que condiciona el integral funcionamiento de la Corte es representado por lo dispuesto en el artículo 13, que reconoce legitimación activa para someter un caso a la jurisdicción de la Corte solamente a los Estados Partes, al Fiscal y al Consejo de Seguridad¹⁰. Así, individuos,

⁹ Art. 12 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "1. 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 5. 2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) el Estado del que sea nacional el acusado del crimen. (...)"

¹⁰ Art. 13 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "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 si: a) un Estado parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14,

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

107

Organizaciones Internacionales¹¹, Organizaciones No Gubernamentales y Estados no Partes no podrán remitir al Fiscal denuncias, aunque se prevé que podrían hacerle llegar informes para que éste empiece, ex officio, una investigación¹².

2. – EL ARTÍCULO 98 DEL ESTATUTO DE ROMA

Uno de los problemas más graves en materia de efectividad y positivo funcionamiento del nuevo Tribunal, es representado por el contenido del artículo 98 de su Estatuto.

La redacción de este precepto fue objeto de largas discusiones en el seno de los Comités que se encargaron de la redacción definitiva del texto del Tratado de 1998. El rol preponderante de los representantes de Estados Unidos, determinó en larga medida que el

artículo terminase expresándose en los términos siguientes:

“1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad. 2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.

una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

¹¹ En relación con la legitimación activa de las organizaciones internacionales, se consideró que los Estados son los únicos titulares de la función jurisdiccional en materia penal.

¹² Sobre la base del art. 15 del ‘Estatuto de la Corte Penal Internacional’.

El texto arriba transcrito refleja claramente, por su vaguedad y complejidad, el trabajoso camino que condujo a su creación, y presenta en la actualidad no pocos problemas interpretativos, relacionados sobre todo con su coherencia respecto de los demás artículos del Estatuto.

2.1 – PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En materia de interpretación del contenido del artículo, el punto de

arranque es fundamentalmente constituido por los artículos 31 y 32 de la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, según los cuales un tratado deberá ser interpretado de buena fe, según el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos (y no la intención de las partes, lo que constituiría un criterio demasiado subjetivo), a la luz del contexto, y a partir de la consideración del objeto y fin del tratado; sin embargo, como medio complementario de interpretación, podrán ser usados los trabajos preparatorios, si éstos sirven para dilucidar la interpretación en casos de ambigüedad.

En el caso específico del Estatuto de Roma, debe tenerse en cuenta que su objetivo principal es bipartido: por un lado, sus normas se enfocan en la penalización de determinadas conductas consideradas de grave magnitud; por el otro, el articulado fomenta las investigaciones y juicios nacionales, antes de recurrir a la Corte, a través del llamado principio de complementariedad¹³. A la luz de lo expresado, resulta claro que ninguna interpretación del artículo 98 puede llegar a garantizar la impunidad por ciertos crímenes y para ciertos criminales, dado que lo anterior frustraría claramente el objeto y fin del propio Tratado.

Solamente a partir de estas observaciones puede ser correctamente entendido el contenido del artículo 98, por medio del cual los Estados negociadores intentaron simplemente preservar ciertas protecciones en materia

de enjuiciamiento, ya previstas por el derecho consuetudinario internacional y el derecho de los tratados.

En este sentido, el artículo debe ser leído en conjunto con el numeral 27 del propio Estatuto¹⁴.

La supuesta contradicción entre estos dos preceptos es solamente aparente. En efecto, el art. 27 establece una prohibición general de utilización de cargos oficiales, y de las inmunidades que éstos puedan conllevar, para impedir el ejercicio de competencia por parte de la Corte; por otro lado, el art. 98 establece excepciones a la regla general en materia de entrega a la Corte, que sin embargo, continúan siendo perfecta consecuencia del principio de complementariedad y de los propósitos generales del Estatuto, encauzados a evitar la impunidad por ciertos crímenes de particular magnitud.

Según el criterio enunciado, el artículo en cuestión debe entonces ser interpretado en sentido restrictivo, y de manera en que no contradiga el objeto y fin del Estatuto en su conjunto.

2.2 – CONTENIDO DEL ARTÍCULO 98

El párrafo primero del artículo 98 no presenta mayores dificultades inter-

¹³ Cfr. arts. 1 y 17 del 'Estatuto de la Corte Penal Internacional'.

¹⁴ Art. 27 del 'Estatuto de la Corte Penal Internacional': "(...) 2. *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.*"

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

109

pretativas, y se refiere específicamente a los casos de personal que goce de inmunidad diplomática: en aplicación de las normas vigentes en la materia¹⁵, el Estatuto reconoce el derecho del Estado receptor de no entregar a la Corte el sospechoso, dado que sobre él no puede efectivamente ejercer su jurisdicción. Sin embargo, también en este caso, la inmunidad no debe ser confundida con la impunidad del involucrado: el Estado aportante continuará teniendo la obligación de ejercer su jurisdicción sobre su nacional, según se desprende de la lectura del art. 31 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas¹⁶. En este sentido, si este Estado es parte del Estatuto, podría hasta preverse la entrega de la persona protegida por la inmunidad a la Corte, dado que la inmunidad concierne una suspensión en el ejercicio de la jurisdicción para el Estado receptor, no para el aportante.

De mucha mayor envergadura son los problemas derivados de la interpretación del contenido del párrafo segundo del art. 98. En este caso, las palabras clave son “acuerdo internacional” y “Estado aportante”. El párrafo en

cuestión toma entonces en consideración la inmunidad de que gozan ciertas personas, cuando sean enviadas oficialmente por un Estado, y resulten ser protegidas por un acuerdo internacional, que prevea un procedimiento específico para el enjuiciamiento de las mismas.

Del análisis de las negociaciones que se dedicaron a la redacción del art. 98, se puede claramente deducir como el fin del mismo no haya sido el de proteger individuos particulares, que no estén actuando en una función oficial, o que no se encuentren comprendidos entre una particular categoría de personal, prevista en un acuerdo internacional.

Los acuerdos a los que se refirieron los negociadores son los “Acuerdos sobre el Estatuto de la Operación” (*Status of Mission Agreements* – SOMAs) y los “Acuerdos sobre el Estatus de las Fuerzas” (*Status of Force Agreements* – SOFAs)¹⁷, previstos por ejemplo en el art. 4 de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado. Típicamente, tales acuerdos son negociados con las Naciones Unidas, en casos de operaciones militares multinacionales: el propósito de esta normativa no es garantizar la llana y simple inmunidad del personal involucrado, sino determinar la aplicación de los procedimientos especiales de res-

¹⁵ Pueden tomarse en consideración a las diferentes Convenciones en materia de inmunidad diplomática, y especialmente la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas.

¹⁶ Aunque la redacción del artículo en cuestión no haya sido particularmente acertada. Art. 31 de la ‘Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas’: “(...)4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.”

¹⁷ Los varios proyectos de artículo elaborados antes de 1998, demuestran claramente la intención de los negociadores, tanto estadounidenses como de los demás países, de proteger esta categoría específica de personas.

ponsabilidad previstos en los propios Acuerdos.

Resulta entonces cierto que, en particulares situaciones, la normatividad contenida en los Acuerdos en mención podría llegar a colisionar con la normatividad propia del Estatuto, en materia de entrega de personas a la Corte. En estos casos, el artículo 98 prevé el respeto de la vigencia de los acuerdos previos y, en aplicación del principio de complementariedad, autoriza la toma de las medidas que sean en ellos previstas para hacer justicia de determinadas situaciones que involucren cuestiones de responsabilidad del personal en cuestión.

3. — CONVENCIÓN SOBRE LA SEGURIDAD DEL PERSONAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL PERSONAL ASOCIADO

Los SOFAs y SOMAs son acuerdos especiales previstos, entre otros, en el art. 4 de la Convención de 1994 sobre Seguridad del Personal de las Naciones Unidas. En este sentido, resulta ejemplificativo y valioso analizar este instrumento en particular, dado que los demás Acuerdos se han inspirado en larga parte en la propia Convención. Para que la prohibición de entrega prevista en el art. 98.2 sea efectiva, el Tratado de 1994 aclara que se necesita estar en presencia de tres supuestos específicos:

- Previa creación de una relación oficial, entre el país o institución

aportante y el país receptor, así como previsto por ejemplo por la Convención de 1994, que considera personas protegidas solamente a aquellos individuos contratados o desplegados por el Secretario General de Naciones Unidas, como miembros de los componentes militares, policíacos o civiles de una operación de Naciones Unidas, o personas asignadas por un gobierno o institución internacional, con el acuerdo del órgano competente de Naciones Unidas (art.1)¹⁸.

¹⁸ Art. 1 de la 'Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado': *"Para los efectos de la presente Convención: a) Por personal de las Naciones Unidas se entenderá: i. Las personas contratadas o desplegadas por el Secretario general de las Naciones Unidas como miembros de los componentes militares, de policía o civiles de una operación de las Naciones Unidas; ii. Otros funcionarios y expertos en misión de las Naciones Unidas o sus organismos especializados o el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) que se encuentren presentes, con carácter oficial, en una zona donde se lleve a cabo una operación de las Naciones Unidas; b) Por personal asociado se entenderá: i. Las personas asignadas por un gobierno o por una organización intergubernamental con el acuerdo del órgano competente de las Naciones Unidas; ii. Las personas contratadas por el Secretario general de las Naciones Unidas, por un organismo especializado o por el OIEA; iii. Las personas desplegadas por un organismo u organización no gubernamental de carácter humanitario en virtud de un acuerdo con el Secretario general de las Naciones Unidas, con un organismo especializado o con el OIEA (...)"*.

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

111

- Una operación establecida por el órgano competente de Naciones Unidas, de conformidad con la Carta, y realizada bajo la autoridad y control de las Naciones Unidas (art. 2)¹⁹.
- Un acuerdo específico, que deberá comprender de antemano disposiciones sobre las prerrogativas e inmunidades de los componentes militares y de policía de la operación (art.4)²⁰.

Así, la intención de los negociadores del artículo 98.2, y en específico de los participantes estadounidenses

(que fueron los principales actores en la redacción del mismo), fue la de proveer medios, dentro del Estatuto de Roma, para permitir el funcionamiento de las reglas especiales contenidas en los existentes SOFAs o SOMAs, y para favorecer la suscripción futura de otros acuerdos del mismo tipo, cuando llegare a ser necesario, y siempre en el respeto de los límites y características propios de tales acuerdos²¹.

4. – AMERICAN SERVICE-MEMBERS PROTECTION ACT

La actitud de Estados Unidos, sin embargo, ha cambiado profundamente en los años sucesivos a 1998. La Administración Bush ha retirado la firma (6 de mayo de 2002) apuesta al Estatuto durante la presidencia Clinton, y desde entonces más de una vez ha reiterado su negativa en ser Parte del mismo.

A todo esto deben añadirse las presiones ejercidas sobre otros Estados, partes y no partes del Estatuto, para que suscriban Acuerdos Bilaterales de Inmunidad con Estados Unidos, que se consideran erróneamente basados sobre el art. 98 del Estatuto. Como veremos, tal no es el caso, porque estos acuerdos no reúnen las características de los acuerdos a los que se refiere el Estatuto, amplían indiscrimi-

¹⁹ Art. 2 de la 'Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado': "1. La presente Convención se aplicará al personal de las Naciones Unidas y al personal asociado y a las operaciones de las Naciones Unidas, según se definen en el artículo 1. 2. La presente Convención no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas, a las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales."

²⁰ Art. 4 de la 'Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado': "El Estado receptor y las Naciones Unidas concluirán lo antes posible un acuerdo sobre el estatuto de la operación de las Naciones Unidas y de todo el personal que participa en la operación, el cual comprenderá, entre otras, disposiciones sobre las prerrogativas e inmunidades de los componentes militares y de policía de la operación."

²¹ A diferencia de lo que muchas interpretaciones afirman, los negociadores nunca tuvieron la intención de limitar la aplicación del art. 98 solamente a los acuerdos ya existentes.

nadamente la categoría de personas protegidas, y no hacen referencia alguna a la instauración de una relación oficial entre el Estado aportante y el Estado receptor.

La base y el incentivo para la suscripción de tales acuerdos se encuentra fundamentalmente en el “American Service-Members Protection Act” (ASPA), una legislación federal promovida por el Senador Jesse Helms como una enmienda al “Defense Authorization Act”, y aprobada en agosto de 2002. El objetivo de la enmienda ha sido el de “proteger al personal militar y oficial de Estados Unidos contra el enjuiciamiento por parte de una corte penal internacional de la cual los Estados Unidos no son parte”.

La Ley autoriza “cualquier acción necesaria” para evitar la entrega de los individuos a la Corte (Secc. 2008.a)²². Además, contiene la prohibición de proveer ayuda militar a aquellos países que hayan ratificado el Estatuto, a menos que no suscriban acuerdos especiales de inmunidad (Secc. 2007.c)²³.

²² Sección 2008.a del ‘American Service-members Protection Act’: “AUTHORITY- The President is authorized to use all means necessary and appropriate to bring about the release of any person described in subsection (b) who is being detained or imprisoned by, on behalf of, or at the request of the International Criminal Court.”

²³ Sección 2007.c del “American Service-members Protection Act”: “ARTICLE 98 WAIVER- The President may, without prior notice to Congress, waive the prohibition of subsection (a) with respect to a particular country if he determines and reports to the

Sucesivamente, la Enmienda Nethercutt al *Foreign Operations Appropriations Bill*, aprobada el 7 de diciembre de 2004, ha autorizado la suspensión de toda asistencia económica a los Estados partes del Estatuto que no hayan firmado tales Acuerdos Bilaterales de Inmunidad. La asistencia concierne un vasto número de iniciativas, en los campos del mantenimiento de la paz, medidas anti-terroristas, controles de tráfico de droga, o ayuda para el desarrollo económico y democrático²⁴.

5. - ACUERDOS BILATERALES DE INMUNIDAD

Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (Bilateral Immunity Agreements – BIAs) son acuerdos ejecutivos que no requieren de la aprobación del Senado según la ley americana. Su

appropriate congressional committees that such country has entered into an agreement with the United States pursuant to Article 98 of the Rome Statute preventing the International Criminal court from proceeding against United States personnel present in such country.”

²⁴ Entre los Programas suspendidos, a partir del 1° de julio de 2003, se encuentran los siguientes: *International Military Education and Training* (IMET), *Foreign Military Financing* (FMF), *Excess Defense Articles* (EDA) y *Non-Drug Emergency Drawdown Authority Funds*. La Sección 574 de la *Foreign Operations Appropriations Law*, de 2005, conocida como la “Nethercutt Amendment”, añade los programas de ayuda económica, los *Economic Support Funds*, a la lista de programas potencialmente suspendidos.

El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

113

objetivo específico es prohibir la entrega de un vasto número de “personal” estadounidense a la Corte, cuando el individuo se encuentre en el territorio de un Estado parte o no parte.

El problema fundamental que surge con tales acuerdos es representado por el hecho de que, no obstante la reiterada referencia al artículo 98 del Estatuto²⁵, estos instrumentos no respetan las provisiones del artículo y, además, son generalmente firmados gracias a presiones de carácter económico, que los Estados Unidos están ejerciendo sobre determinados países.

A todo esto debe añadirse también que los Estados parte del Estatuto que firman tales acuerdos, se encuentran en una posición de grave y abierta violación de las normas del Estatuto, que no prevé la posibilidad de presentar reservas, y cuyas normas deben ser aplicadas integralmente, y con el respeto del objeto y fin del tratado²⁶.

5.1 – SUJETOS PROTEGIDOS

Generalmente en los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad que ya han entrado en vigor, los sujetos protegidos son:

- Cualquier tipo de funcionario público, presente o pasado;
- Todo tipo de empleados, comprendidos contratistas (hasta si son nacionales del Estado firmante);
- Personal militar; y,
- Nacionales de Estados Unidos (y del Estado firmante, en caso de que el acuerdo sea recíproco).

A tal propósito, los Estados Unidos alegan que tales acuerdos bilaterales de no-entrega deben comprender todo nacional estadounidense, y hasta individuos privados no nacionales que trabajen o hayan trabajado, en cualquier función, para Estados Unidos. Lo que es más, los Estados Unidos afirman que tales acuerdos se rigen bajo el artículo 98 del Estatuto, cuando el contenido del mismo diverge profundamente del de los acuerdos en cuestión: la primera diferencia se refiere a la categoría de sujetos protegidos, que ha sido exageradamente ampliada, dado que en los Acuerdos no hay ya referencia alguna al concepto de “Estado aportante”, no se prevé la instauración de una relación oficial entre los dos Estados, y simplemente se afirma, de manera extremadamente genérica, que todo nacional de Estados Unidos será protegido, en conjunto con todo empleado de Estados Unidos, independientemente de su nacionalidad.

²⁵ Tales acuerdos son llamados también “Article 98 Agreements”.

²⁶ Esto vale también para los Estados que hayan firmado, pero aún no ratificado el Estatuto, de acuerdo al art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

5.2 – INCOMPATIBILIDAD DE LOS ACUERDOS CON EL ESTATUTO

A todo lo anterior debe añadirse un gravísimo problema ulterior que se está suscitando con los países partes del Estatuto, que hayan suscrito Acuerdos Bilaterales de Inmunidad: en este sentido, la suscripción de tales acuerdos constituye una abierta violación del Estatuto. Según lo dispuesto por sus artículos 12, 13 y 17, la Corte ejerce competencia para investigar y enjuiciar en caso de renuencia o impotencia de un Estado para incoar un juicio o iniciar una investigación: la jurisdicción complementaria que ejerce es fundamental, y es la única garantía existente para evitar la impunidad.

Así, el artículo 98 no puede absolutamente ser interpretado para que permita a un Estado no parte del Estatuto (como Estados Unidos) beneficiarse de su aplicación para sustraer a sus nacionales de la jurisdicción de la Corte. El objeto y fin del tratado deben ser respetados; de otra manera, se nulificaría la jurisdicción de la Corte y se comprometería el mismo contenido del Estatuto²⁷.

Con la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, el Estado parte violaría sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma, y el Acuerdo en sí no sería legalmente válido bajo el art. 98 del Estatuto. Este precepto debe ser considerado como un mecanismo que refleja la observancia del principio de

complementariedad, y no como un método que pueda ser aprovechado por Estados no Partes, para influir en la jurisdicción de la Corte: es entonces un mecanismo previsto solamente para los Estados Partes.

En una situación similar se encuentran aquellos Estados que hayan firmado, pero aún no ratificado el Estatuto, dado que el art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe cualquier acto en virtud del cual se frustren el objeto y fin del tratado.

Por todas las razones expuestas, la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad constituye un peligroso precedente, que permite la instauración de un efectivo sistema de impunidad para los nacionales estadounidenses, y una monumental violación del principio básico de igualdad ante la ley: TODOS LOS SERES HUMANOS SON IGUALES ANTE LA LEY, A MENOS QUE SEAN CIUDADANOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

²⁷ Cfr. Arts. 26, 27 y 31 de la 'Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados'.

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil en el código modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Carina Gómez Fröde*
y Rodolfo Bucio**

Conocimiento y declaración sin ejecución es academia
y no justicia, Ejecución sin conocimiento es despotismo
y no justicia

EDUARDO J. COUTURE***

Sumario: I.- Introducción, II.-Delimitación del tema, III.-La ejecución y el debido proceso legal, IV.-Cuestionario para los relatores nacionales, V.- Propuestas que requieren regulación legal.

* Directora del Seminario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM. Pertenece al Instituto Mexicano de Derecho Procesal y es Vicepresidenta del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal, Cipriano Gómez Lara, A.C. Autora entre otras obras procesales de, *Derecho Procesal Familiar* editado por Porrúa, México, 2ª ed.

** Profesor de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM. Pertenece al Colegio de Profesores de Derecho Procesal y es autor entre otras obras de *La ejecución civil*, Porrúa, *Concursos Mercantiles*, Porrúa, y *Derecho Procesal Civil*, Porrúa.

*** Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales en el proceso civil*, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Ed. Ediar Soc. Anon. Buenos Aires, 1948, p. 89. Cfr. Derecho Procesal Contemporáneo, Chile, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, p. 518.

I.- INTRODUCCIÓN

Durante el mes de agosto del dos mil diez se celebraron en la Ciudad de Santiago de Chile, las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, nacido en la década de los cincuenta del siglo pasado. Además de intercambiar ideas como cada dos años, en esta ocasión los procesalistas se reunieron con motivo de rendir un justo homenaje a nuestro maestro Eduardo J. Couture, quien en palabras del Presidente de nuestro Instituto, el profesor chileno Raúl Tavorari Oliveros lo recordó así:

Gracias a Couture...quien importó a todos los países iberoamericanos, con una tradición y estructura jurídica común; la necesidad de compartir anhelos, soluciones e ideales, y por ello evocamos a nuestros egregios fundadores quienes nos contagian hasta la fecha a muchos procesalistas iberoamericanos para continuar participando en el desarrollo de nuestra ciencia procesal. Después de más de sesenta años de vida de nuestro instituto se requiere analizar en los inicios de una nueva centuria, la forma como se respondería hoy al desafío de una legislación procesal civil acorde a nuestros tiempos.¹

¹ Cfr. Prólogo de Raúl Tavorari Oliveros, en *Derecho Procesal Contemporáneo*, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, p. VII.

La doctora Margarita de Hegedus, Profesora de la materia Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo, Uruguay y el doctor en Derecho de la Universidad de Navarra, España y profesor de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes de Chile, Alejandro Romero fueron designados como ponentes generales de las XXII Jornadas en torno a un tema poco analizado: la ejecución civil.

Gracias a la invitación de los directivos del Instituto Iberoamericano, los autores de este ensayo participamos como ponentes nacionales representando a México con el tema de la ejecución civil. En virtud de que, cada Estado de nuestra República Mexicana cuenta con legislaciones procesales civiles propias, que regulan de diversas formas el tema de la ejecución civil, decidimos elegir como materia de nuestra ponencia nacional solamente el análisis de tres códigos representativos en nuestro país²: El Distrito Federal, El Estado de Sonora y el Estado de Guanajuato.

La ponencia general estuvo integrada por participaciones nacionales

² Cfr. Saíd, Alberto, *Los alegatos*, Colección Cuadernos Procesales, México, Oxford University Press, 2004, p.XII. Según el Dr. Alberto Saíd se refiere a seis familias de códigos mexicanos de procedimientos civiles: a) La familia del vigente código del Distrito Federal de 1932, b) La familia de códigos Maldonado (código federal y código de Guanajuato), c) La familia derivada del proyecto de 1948 para el Distrito Federal, d) La familia de códigos Flores García (Morelos y Coahuila), e) La familia Ovalle Favela (Guerrero y Tabasco), f) La familia Cajica (Puebla y Tlaxcala).

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

117

de los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, España, Guatemala, México, Perú y Uruguay. En este ensayo pretendemos ofrecer al lector la regulación en materia de ejecución contemplada en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y dar a conocer algunas disposiciones importantes en relación al tema, cuando se haga necesario resaltar alguna figura jurídica por su originalidad o su especificidad, regulada tanto en códigos locales nacionales, como también, algunas disposiciones legales interesantes de los países que participaron en la ponencia. Así mismo, se destacarán algunas características del estado actual de los procesos de ejecución en el ámbito iberoamericano, tratando de descubrir cuáles son los mayores obstáculos que se presentan y cómo redactaríamos un nuevo código modelo de procedimientos civiles, en lo que toca al tema de la ejecución jurisdiccional.

II.- DELIMITACIÓN DEL TEMA

La ejecución civil en un sentido amplio comprende todas las sentencias de condena dictadas por los jueces no penales, o sea emitidas por jueces civiles. En sentido estricto, dictadas por jueces mercantiles o comerciales, así como en materia de familia, es decir, no asimilables a la existencia de delitos o responsabilidades criminales. El código modelo de Procedimientos Civiles para Iberoamérica, elaborado por los profesores Adolfo

Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Vescovi, fue aprobado en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en la Ciudad de Río de Janeiro en el mes de mayo de 1988. El código modelo define a la ejecución civil como “...*aquel proceso que se inicia en mérito de una sentencia o laudo arbitral de condena firme (precedida del correspondiente proceso de conocimiento, sea éste de estructura ordinaria, extraordinaria o monitoria)*”.³ La ejecución es una categoría jurídica vinculada con el concepto de obligación y el problema del cumplimiento forzado del derecho. Con el desarrollo de la ciencia procesal se trasladó la esfera de la responsabilidad de la persona al patrimonio del deudor y la supresión de la prisión por deudas. Al estar prohibido hacerse justicia por propia mano, la ejecución se volvió estrictamente una actividad estatal de naturaleza jurisdiccional y se caracteriza por la realización de actos coactivos, sobre el patrimonio del deudor para intentar satisfacer una pretensión, cuya existencia consta en una sentencia de condena, pasada ante autoridad de cosa juzgada. En este documento consta la certeza del derecho, que faculta al juez para dictar medidas de apremio, tradicionalmente embargos, que afectan los bienes presentes o futuros del deudor con objeto de garantizar la eficacia del crédito. La ejecución procesal es la realización material y la consecuencia de lo que la sentencia ha ordenado.

³ Cfr. Artículos 317 a 332 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

No todas las resoluciones judiciales llevan necesariamente a una ejecución, y muchas veces no obstante que se obtenga una resolución favorable no es posible ejecutarla, por múltiples circunstancias meta-jurídicas.⁴ Por otro lado, existen resoluciones judiciales que no admiten ejecución, porque los efectos que provocan en el mundo jurídico, se dan por la resolución misma y, es el caso de las sentencias que podríamos calificar como *declarativas*, es decir, aquellas que simplemente reconocen una situación

fáctica preexistente. Existen otro tipo de resoluciones ejecutables, que se denominan “de condena”. Mediante la ejecución y en virtud del desacato del obligado a cumplir con la sentencia, se inicia el procedimiento de ejecución; incluso mediante el uso de la fuerza pública a efecto de que se imponga la condena aun en contra de su voluntad. Si se logra la ejecución, con ello se habrá satisfecho el derecho y la pretensión. El cumplimiento de las órdenes giradas por el tribunal, a veces toca desempeñarlo a órganos judiciales (actuarios, secretarios ejecutores u otras entidades u oficinas de dependencia judicial), y en otras ocasiones, son entidades o autoridades distintas y ajenas a los órganos judiciales, las encargadas de realizar la ejecución de los mandatos emanados del tribunal. En México, D.F. recordamos el fracaso que representó el constituir una oficina central de notificadores y ejecutores. Desgraciadamente pese a las buenas intenciones que pudo haber significado unir a los ejecutores en una sola oficina, ésta no cumplió satisfactoriamente sus funciones.⁵

⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?*, Porrúa, México, 2009, p. 541. Nota: El Dr. Sergio García Ramírez sostiene que el régimen procesal penal implantado en la Constitución tiene la más alta importancia y señala que con razón se afirma “...que pocas veces se ha relacionado el funcionamiento de los sistemas judiciales con las situaciones de crisis o de alta conflictividad que azotan a nuestras sociedades: existe una visión reduccionista, superficial e interesada, que le asigna a los jueces una función tangencial dentro de la sociedad, tanto más majestuosa cuanto alejada de la realidad. Esta concepción oculta, por lo menos dos fenómenos patológicos: por un lado no permite advertir que todo sistema judicial ineficaz multiplica los conflictos sociales, y por ende ahonda las situaciones críticas; por el otro oculta que, si los sistemas judiciales no garantizan la efectiva aplicación del derecho, los programas normativos se convierten en ficciones irritantes o juegos de palabras y, tras ellas renace la violencia social, que agazapada amenaza a nuestros pueblos.” Exposición de motivos. Introducción”, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 1989, p.14.

⁵ Cfr. Reforma la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, presentada por el Ejecutivo Federal en septiembre de 1987 por el Secretario, licenciado Manuel Bartlett: “Para el mejoramiento de la administración de justicia en el Distrito Federal, el H. Congreso de la Unión se sirvió aprobar la iniciativa que suscribí el 14 de noviembre de 1986, para reformar y adicionar la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal uno de los más importantes objetivos

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

119

Al hacer la comparación entre los diversos sistemas procesales en materia de ejecución nos percatamos que no existe una uniformidad entre las diversas regulaciones, ya que cada uno de nuestros países ha establecido sus propias reglas.

Las causas más comunes de la ineficacia de las ejecuciones se encuentran precisamente en la regulación deficiente que padecen nuestros países, y cuando se permite que se realicen tácticas dilatorias y entorpecedoras por parte de los deudores y por la defensa desleal que practican muchos abogados, y por tanto el proceso de ejecución en muchos países resulta un mecanismo totalmente ineficiente.

de la reforma al ordenamiento que regula el funcionamiento de los órganos judiciales del Distrito Federal, lo fue la creación de la Oficina Central de Notificadores y Ejecutores, para dar agilidad y transparencia al cumplimiento de los mandatos de los juzgadores, por medio de los notificadores y ejecutores, puesto que en su relación existían prácticas viciosas muy arraigadas en la vida forense de nuestra entidad capital. El nuevo sistema de notificadores y ejecutores, cuya tarea se organiza y distribuye por medio de una oficina central, ha permitido y permitirá mayor celeridad en el cumplimiento de los mandatos judiciales, para que se realce el valor de una justicia pronta; y ha permitido y permitirá que los notificadores y ejecutores rescaten para sí mismos la dignidad de una participación limpia y honesta en los procesos para administrar justicia, con lo que se asegura imparcialidad y honestidad en esta trascendental tarea, <http://crónica.diputados.gob.mx>

III.- LA EJECUCIÓN Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL

De nada sirve una resolución favorable si no se puede llegar a ejecutar. Sin una eficaz y efectiva ejecución, una sentencia que otorgue el derecho a una de las partes solo tendrá un carácter declarativo, y si el debido proceso implica, el derecho fundamental a una tutela efectiva en un tiempo “razonable”; ya que la ejecución es considerada como uno de los pilares de la noción de debido proceso, si no se satisface el derecho, el proceso no funciona y por tanto no se hace justicia.

Recordamos que uno de los principios que sostienen la unidad del proceso jurisdiccional, cualquiera que sea su materia sustantiva, es la de resolver el litigio. En la doctrina básicamente existen dos posiciones confrontadas. Aquella, sostenida por Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo⁶ y muchos de sus discípulos, que dice que el proceso tiene dos fases: la instrucción y el juicio, y que el juicio lo constituye precisamente la sentencia definitiva, con la que concluye el proceso. Es decir, esta posición determina que la cuestión de la ejecución no forma parte del proceso, sino que constituye un procedimiento ulterior al proceso mismo.

La posición contraria es aquella que determina que uno de los pilares

⁶ Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

para que se cumplan con los requisitos principales del debido proceso es que la ejecución se lleve a cabo en un plazo razonable y por tanto, si no se cumple con la ejecución se viola el derecho fundamental a un debido proceso.

Desgraciadamente, la realidad en todos nuestros países y, nos atreveríamos a incluir también a otros sistemas jurídicos; como el norteamericano, nos muestra que en la mayoría de los casos, las ejecuciones se tornan ineficaces, debido a la insolvencia de los deudores o por la conducta abusiva de los abogados, situaciones meta-jurídicas que obviamente rebasan las causas procesales.

“El poder de la justicia”, es una película de Francis Ford Coppola, de los Estados Unidos de Norteamérica, filmada en el año de 1997, basada en la famosa novela de John Grisham, *Rainmaker* retrata magistralmente la frustración de un joven abogado al verse imposibilitado para obtener de su contraparte el cumplimiento de la prestación ganada y sobre todo en este filme se muestra el significado de una imposible ejecución de una sentencia.

Al impartir la cátedra de Teoría General del Proceso, cuando nos toca explicar a los alumnos el concepto de la ejecución civil, hemos elegido una escena de esta película para reflexionar con los alumnos lo siguiente: Después de haber obtenido una sentencia favorable, muchas veces ésta resulta imposible de ejecutar por cuestiones meta-jurídicas. La historia consiste en que *Rudy* está a punto de conocer el

resultado de la sentencia que se dictará en su primer juicio en contra una empresa aseguradora. Él había exigido en su demanda como prestación, el pago por los daños ocasionados a los padres del fallecido *Donny Ray*, a quien la compañía aseguradora le negó un trasplante de médula ósea. Durante sus alegatos *Rudy* decide proyectar una escena en la que aparece *Donny* explicando la gravedad de su enfermedad y la negativa de la aseguradora a asumir el costo de la operación que le hubiese salvado la vida. Una vez que concluye el periodo de alegatos, el jurado lee su veredicto y condena a la empresa al pago de 150,000 dólares por daños, así como a 5 millones de dólares más. La sentencia ha trascendido hasta los medios de comunicación y todos han quedado impresionados por la cantidad extraordinariamente elevada por la cual se ha condenado a la empresa. Sin embargo, *Rudy* recibirá unas horas después de saberse ganador de la sentencia, una noticia que lo impactará y que lo desilusionará terriblemente. La aseguradora se ha declarado en quiebra. Al concluir con la proyección de esta escena, se sugiere a los alumnos debatir en clase la importancia social que implica y representa para el mundo jurídico, el hecho de que las sentencias pronunciadas por los tribunales nacionales sean cumplidas y ejecutadas, ya que en caso de que éstas no se cumplan se traduce, como bien dice el Dr. Sergio García Ramírez en ficciones irridentes o juegos de palabras.

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

121

También existen diversas opiniones en cuanto a si un proceso de ejecución, que vaya acorde al debido proceso legal, debe de establecer igualdad de oportunidades para el ejecutante y el ejecutado, o muy por el contrario otorgarle un trato diferenciado al deudor, protegiendo al acreedor. El permitir al deudor la interposición ilimitada de excepciones, recursos, incidentes significa proteger al deudor. El desechar todas las excepciones, recursos, incidentes, etc. significará apoyar al acreedor. En todas las legislaciones procesales iberoamericanas se faculta al ejecutado oponerse a la ejecución mediante un listado de excepciones que normalmente se tramitan de manera sumaria. En nuestro Código Modelo, aprobado hace más de veinte años, cuyo proceso de ejecución se regula del artículo 317 al artículo 332 se limitan las defensas que puede oponer el ejecutado y solo se permite la extinción parcial o total de la obligación así como la restricción del recurso de apelación con efectos no suspensivos, y se prevé la aplicación de constricciones personales y económicas para asegurar el cumplimiento.

La realidad es que los procesos de ejecución continúan siendo largos y complicados en todos nuestros países. En Perú las ejecuciones tienen una duración promedio de dos a tres años. En España la ejecución es el procedimiento civil que más tarda en tiempo. En Colombia una ejecución puede tardar un año y el avalúo, remate y pago en efectivo pueden

tener adicionalmente una duración de otros dos años más.

IV.- CUESTIONARIO PARA LOS RELATORES NACIONALES

Los ponentes generales de las jornadas formularon a los ponentes nacionales un cuestionario con quince interrogantes en relación al tema de la ejecución civil. Reproducimos aquí solamente nuestras respuestas en relación a lo estipulado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente y al final de la contestación, en algunas ocasiones nos permitimos realizar un análisis comparado con las regulaciones que otros países de Latinoamérica han adoptado en sus respectivos códigos adjetivos nacionales.

1. Esquemáticamente señale, en su ordenamiento positivo, las principales etapas de los procesos de ejecución en los casos de ejecuciones de sumas de dinero, de obligaciones de dar, de hacer, y de no hacer.

a) Ejecuciones dinerarias.

En nuestro Código de Procedimientos Civiles del D.F., una vez que causa ejecutoria la resolución, a petición de parte, se dicta auto de ejecución con efectos de mandamiento en forma. Si no se realiza el pago en el acto de la diligencia, se procede al embargo de bienes. Se exhibe certificado de gravámenes y se procede a notificar a

los demás acreedores, si los hubiese. Se practica al avalúo de los bienes embargados o hipotecados. Posteriormente se convoca a remate, en pública subasta de los bienes embargados o hipotecados. Aprobado el remate y ejecutoriada la resolución, se procede a formalizar, ante notario público, la adjudicación. Hecho lo anterior se da posesión de los bienes, con lo que concluye la ejecución procesal.

b) Ejecución en obligaciones de dar.

De cosa cierta y determinada, pasado el plazo de entrega voluntaria se procede a dictar resolución para poner en posesión del bien al ejecutante, empleándose todas las medidas de apremio hasta que se cumpla con la obligación. En el supuesto de imposibilidad, se despacha auto de ejecución con efectos de mandamiento en forma por la cantidad que señale el ejecutante, la que podrá ser moderada por el juzgador; en cuyo caso se continúa con las etapas, ya mencionadas, para las ejecuciones dinerarias.

c) Ejecución en obligaciones de hacer

Pasado el término para el cumplimiento voluntario de la obligación, si el hecho fuere personal se procede a dictar todas las medidas de apremio necesarias para que se cumpla con la obligación. Pasado el plazo para el cumplimiento voluntario de la obligación, si el hecho no es personal del obligado, se procede a nombrar a persona que lo ejecute a costa del obligado y en el término que señala el juzgador. En los dos supuestos anteriores, el ejecutante podrá optar por el pago

de los daños y perjuicios en la cantidad que señale el ejecutante, la que podrá ser moderada por el juzgador, en cuyo caso se continúa con las etapas, ya mencionadas, para las ejecuciones dinerarias. Pasado el término para el cumplimiento voluntario de la obligación, si se tratara del otorgamiento de algún acto jurídico, el juzgador lo ejecutará en rebeldía del ejecutado.

d) Ejecución en obligaciones de no hacer

El incumplimiento de la obligación de no hacer se resuelve mediante el pago de daños y perjuicios por la cantidad que señale el ejecutante, en cuyo caso se continúa con las etapas para las ejecuciones dinerarias.

-Conclusión de la ponencia general- Un presupuesto de la ejecución en los países iberoamericanos es la tenencia por el ejecutante de un título de ejecución. Normalmente se trata de un documento que contiene una declaración solemne, a la cual la ley le otorga el mérito de servir de base para realizar la ejecución.

2. Indique la fecha de vigencia del proceso de ejecución en su país. En la hipótesis de haber sufrido innovaciones en los últimos diez años, señale brevemente en que consistieron.

La vigencia del proceso de ejecución es de diez años, sin que haya habido cambio en los últimos diez años anteriores a la presente fecha.

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

123

3. Indique:

- a) Si junto a la sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada, existen otros títulos de ejecución regulados legalmente.

Los otros títulos son: convenio celebrado en juicio y elevado a cosa juzgada, pacto comisorio expreso, convenios y laudos emitidos y sancionados por la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, convenios celebrados ante el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, convenios celebrados ante el Juez Cívico, y transacciones, convenios y laudos que ponen fin a los juicios arbitrales.

-Conclusión de la ponencia general- En algunos países también se contemplan títulos de naturaleza extrajudicial como laudos arbitrales, títulos valores que confieran la acción cambiaria, testimonios de escrituras públicas, entre otros instrumentos.

- b) Señale en cada caso los presupuestos previos necesarios que deban cumplirse para habilitar el proceso de ejecución.

No se requiere ningún presupuesto previo para habilitar el proceso de ejecución.

- c) Si difiere el trámite según se trate de un título u otro.

El trámite será de acuerdo a la obligación a cumplir, conforme a lo señalado al dar respuesta a la pregunta número 1.

- d) Si entiende necesaria la inclusión de algún otro título que habilite la ejecución en forma directa, es decir, sin proceso de conocimiento previo.

No lo consideramos necesario.

4. ¿Existe en el ordenamiento de su país provisión legal de ejecución extrajudicial? En caso afirmativo, señale cuales

El pacto comisorio expreso, convenios y laudos emitidos y sancionados por la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, convenios celebrados ante el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, convenios celebrados ante el Juez Cívico.

5. ¿Existe en el ordenamiento de su país provisión legal dentro de la ejecución judicial para la realización de los bienes muebles o inmuebles en forma privada?

Sólo para bienes muebles, siguiendo los pasos siguientes: a) se lleva a cabo la venta por conducto de corredor público o casa de comercio; b) la venta siempre es de contado; c) el precio es fijado judicialmente por peritos a menos que haya acuerdo entre las partes; d) si no se logra la venta en diez días, el tribunal ordena una rebaja del diez por ciento; e) cada diez días se rebaja el mismo porcentaje; f) hecha la venta se hace entrega del bien, entregando la factura el ejecutado o el juez en rebeldía; g) los gastos son a cargo del ejecutado.

6. Indique si en su ordenamiento positivo la ejecución forzosa es de naturaleza jurisdiccional, administrativa, privada.

La ejecución forzosa siempre es de naturaleza jurisdiccional.

7. Indique las oportunidades de defensa (alegación y pruebas) que se le habilitan al ejecutado y su contenido, señalando específicamente si existe o no limitación de las mismas.

Si la ejecución se solicita dentro de los 180 días posteriores a la ejecutabilidad de la resolución, solo se admite la excepción de pago; pasado el término anterior pero no más de un año, se admiten las excepciones de: transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurridos más de un año, se admiten: novación, espera, la quita, pacto de no pedir, y la de falsedad de documento siempre que no se trate de resolución judicial. Todas las excepciones deben ser de fecha posterior a la resolución a cumplir, menos la de falsedad; y respecto a las pruebas, sólo son admisibles las documentales públicas o privadas, éstas reconocidas ante fedatario público; o bien solicitando la confesión judicial. Su trámite es por la vía incidental con suspensión de la ejecución cuando se sustente en documento.

-Conclusión de la ponencia general- El derecho de defensa del deudor no se presenta en forma uniforme en Iberoamérica. Es necesario además distinguir según se trate de ejecucio-

nes civiles provocadas por un título que contiene una condena impuesta por una resolución jurisdiccional de aquellas que habilitan mediante títulos a los que la ley les otorga la ejecución sin previa resolución judicial. El profesor Manuel Ortells opina que en las primeras no debería admitirse defensa que se refiera a lo ya resuelto en el proceso de conocimiento, pues sería contrario a una tutela judicial del vencedor en el previo proceso declarativo y significaría alterar fuera de los supuestos legales los pronunciamientos de la sentencia que los concluyó. Por el contrario, cuando se trate de títulos que no contienen como base una declaración jurisdiccional la defensa ha de habilitarse ya sea en el mismo proceso o en uno posterior.

8. Señale si existe algún mecanismo sancionatorio de la inconducta procesal para el ejecutado y el ejecutante.

Desgraciadamente no existen contempladas en el código sanciones en contra de la conducta desleal que pueden presentar tanto las partes como sus abogados.

-Conclusión de la ponencia general- Para garantizar la ejecución de sentencias se ha introducido la técnica de las multas condenatorias. En España se rechazarán las peticiones o incidentes que se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude a la ley procesal. En general, todos nuestros sistemas establecen la condena de costas al ejecutado. En el código procesal de Sonora, México

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

125

existe la disposición de obligar al ejecutado a manifestar los bienes con los que cuenta el ejecutado. En España también se prevé dicha obligación pero incluso, en caso de que dicha información sea falsa, tardía o incompleta, será iniciado en contra de él un proceso de responsabilidad penal por desobediencia grave.

9. Indique el régimen impugnativo en el proceso de ejecución, señalando cuales resoluciones resultan impugnables, que medios impugnativos admite y el efecto con el que se conceden.

La sentencia que aprueba el remate es apelable en ambos efectos. Se debe atender a si se permite apelar en contra la definitiva, las resoluciones intermedias pueden apelarse y en caso contrario si no lo es ninguna resolución es apelable.

-Conclusión de la ponencia general- Los distintos ordenamientos han tenido que legislar e introducir soluciones especiales para evitar recursos, acciones o solicitudes que por la sola interposición de los mismos se entorpezca la ejecución. Entre las figuras que se han introducido se encuentran la tramitación por cuerda separada en la tramitación de los recursos, el admitir las apelaciones en efecto devolutivo y la admisión del recurso de apelación diferido.

10. Indique qué tipo de medidas pueden adoptarse en el proceso de ejecución de su país, para efectivizar el resultado del

proceso de ejecución. A modo de ejemplo: embargo general, embargos específicos, embargos on line, declaración de bienes y derechos ante organismos públicos, deber de manifestación de los bienes por el ejecutado, deber de colaboración de terceros en la información de bienes embargables, etcétera.

Embargo específico sobre bienes muebles e inmuebles, y genérico sobre: títulos valores, créditos, y cuentas bancarias, y para este fin se establece la obligación de terceros para informar respecto a los números de cuenta.

-Conclusión de la ponencia general- Para lograr una mayor eficiencia en la ejecución los países miembros han introducido reformas al sistema de la subasta judicial. Entre las propuestas está la de incorporar la actuación de un oficial de la justicia que en forma exclusiva se encargue de la comercialización del bien. En España se habilita la venta forzosa por personas especializadas que se desprenden del ámbito estrictamente jurisdiccional. Con ello, se logra una enajenación más rentable, la agilización del procedimiento pero sin dejar de someterse al control del órgano jurisdiccional quien finalmente deberá sancionar la venta practicada. En el Código de Procedimientos Civiles para el D.F. solo se permite dicha intervención cuando se trata de bienes muebles.

11. En caso de que su ordenamiento prevea ejecuciones aceleradas,

como por ejemplo las ejecuciones prendarias e hipotecarias, indique cuáles están previstas y su diferencia con la ejecución singular.

No se encuentran contempladas ejecuciones aceleradas. La hipotecaria se regula como un juicio especial, pero de conocimiento; y las prendarias por nuestro sistema jurídico corresponden a la materia mercantil.

12. A su juicio ¿el proceso de ejecución en su país es efectivo? Indique los principales fundamentos de su respuesta.

En México no es efectivo, entre otras razones porque:

- a) La prescripción es de diez años, y consideramos que es un plazo demasiado prolongado en beneficio del ejecutante.
- b) La no regulación de la preclusión (con excepción del estado de Guanajuato), lo que posibilita la deducción sucesiva de las defensas.
- c) La tramitación de las tercerías, generan un retraso en la ejecución al tramitarse como juicio de conocimiento.
- d) No existen reguladas medidas provisionales para asegurar y garantizar a plenitud el cumplimiento de la obligación, con excepción de las medidas de embargo.

- e) Se cuenta con legislaciones locales, y no hay un criterio uniforme.
- f) No existe una regulación de la ejecución provisional.
- g) No existe una administración judicial.
- h) No hay medidas sancionatorias para el incumplimiento de las obligaciones.
- i) No existe una posesión provisional de las garantías hipotecarias.

13. Señale en su opinión las 5 o 6 dificultades o trabas prioritarias que debieran superarse en el trámite de la ejecución y cuál sería su propuesta de cambio.

- a) La prescripción es muy larga, además de que es posible su interrupción lo que la hace más larga aun. Que se redujera a tres años.
- b) Las excepciones se pueden hacer valer en forma sucesiva. Que exista la preclusión.
- c) Las tercerías generan un retraso en la ejecución al tramitarse como juicio de conocimiento. Que se regulen en la vía incidental.
- d) No existe medidas provisionales para asegurar y garantizar a plenitud el cumplimiento de la obligación, con excepción de las señaladas al dar

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

127

respuesta a la pregunta número 10. Proponiéndose que se incluyan en la legislación.

- e) La existencia de dos vías para la ejecución, la ejecutiva y la de apremio. Que subsista la de apremio.

14. ¿Existe en su país, proyecto de ley de reforma del Código de Procedimientos Civiles en materia de ejecución?

El profesor Rodolfo Bucio Estrada ha propuesto una reforma para hacer más efectivo el proceso de ejecución y se encuentra contenida en su texto La ejecución de las sentencias civiles en México publicada por la Editorial Porrúa en el año de 2004.⁷

15. Formule como primera conclusión las consideraciones que considere necesarias para la implementación de un mejor proceso de ejecución en su país.

El fin de todo proceso es resolver los litigios y en su caso satisfacer las pretensiones exigidas por la parte que acreditó la procedencia de su acción, es decir, que la resolución del litigio se presenta cuando se obtiene una efectiva y eficaz ejecución de la sentencia. Sin embargo, no podemos desconocer que en todos los países del mundo, incluyendo aquellos más desarrolla-

dos económicamente se presentan cuestiones meta-jurídicas que impiden muchas veces el cumplimiento de una sentencia. Una primera consideración a tomar en cuenta es que México está constituido en una Federación y por tanto cuenta con 32 códigos de procedimientos civiles que regulan de manera diversa el tema de la ejecución. Es por ello que no puede existir una uniformidad legislativa en mi país, ya que cada estado de nuestra República al ser independiente y soberano legisla de acuerdo a sus necesidades y criterios. A continuación me permito hacer breves sugerencias que podrían mejorar el procedimiento de la ejecución en nuestro país.

- a) En México los jueces no cuentan con una policía que dependa del poder judicial. La policía en México forma parte del poder ejecutivo. Es necesario legislar para crear un cuerpo policial adscrito exclusivamente al juzgado a efecto de que los juzgadores cuenten con el auxilio de una fuerza coercitiva que imponga, que los que sean condenados por una sentencia ejecutoriada, cumplan sin dilación obligaciones de hacer, de no hacer, o de dar.
- b) Sería necesario establecer plazos más cortos para el procedimiento de ejecución y evitar que los incidentes se tornen procedimientos largos y complicados. Propongo que el incidente de ejecución tenga una concentración de actuaciones con duración máxima de treinta días

⁷ Bucio, Rodolfo, *La ejecución de sentencias civiles en México*, México, Porrúa, 2004.

desde que se dicta la sentencia ejecutoriada hasta que quede ejecutada.

c) Debería de estar previsto en nuestras leyes condenar al ejecutado al pago de daños y perjuicios en caso de que obstaculice con base en una serie de artimañas (tácticas dilatorias) el cumplimiento de la ejecución judicial.

d) En nuestro país no existen los embargos on line (por vía electrónica). Sin embargo, cada día los Registros Públicos de la Propiedad modernizan sus sistemas de registro y seguramente en un futuro será conveniente legislar para otorgar facultades al juez del conocimiento para ordenar de manera electrónica y virtual el registro de embargos y gravámenes. Sin embargo sería conveniente establecer la obligación a los condenados en una sentencia ejecutoriada a presente su declaración patrimonial ante el juez del conocimiento.

e) E) La única excepción que debería de admitir el juzgador al condenado es la de pago.

f) F) Se propone que se reduzca el plazo para ejecutar una sentencia a tres años.

g) Se hace necesario buscar fórmulas que aseguren la ejecución provisional y crear medidas

provisorias para asegurar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

16. Formule como segunda conclusión las principales modificaciones que a su juicio deberían implementarse en la regulación del proceso de ejecución en el código modelo, art. 317 a 322.

A.- Modificaciones en cuanto a la forma

1. La redacción de todas las disposiciones (Art. 317-322) es poco práctica y útil. Incluso resulta tautológica y redundante, sobre todo el artículo 319.2: es irónico pensar que el tribunal no dirigiría el procedimiento con “plena autoridad” o que las partes actuarán en un plano de igualdad, No podría ser de otra manera. Todo ello se sobreentiende y mi propuesta es que se sustituya esta redacción por un texto más moderno, simple y accesible.

2. Nuestra sugerencia es suprimir las remisiones a otros artículos. Si bien la remisión es una técnica legislativa común representa una ley del menor esfuerzo que puede confundir y complicar la comprensión de una disposición legal.

3. El concepto “astricción” mencionado en el artículo 320.1 no existe en el diccionario de la real academia española. Sugiero que se sustituya

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

129

ya por conceptos como constreñir, conminar, etc.

4. Proponemos la supresión del concepto previsto en el artículo 320.2 relativo a la “efectiva constricción psicológica”. No estamos de acuerdo en introducir elementos psicológicos para hacer cumplir una sentencia, sino solamente deben contemplarse elementos objetivos que no permitan la discrecionalidad.
5. Es confuso el artículo 320.3 pues señala que se tienen que “...trasladar a la fuerza a los encargados judiciales...” (sic) esto no tiene sentido; ... y “...una vez en convocados...” (no se trata de una convocatoria sino de una citación o una notificación).

b) Modificaciones en cuanto al fondo

1. Se propone que el Código Modelo establezca plazos perentorios para el procedimiento completo de la ejecución. Se propone que se establezca un mes como plazo máximo. Que se establezcan garantías que aseguren la ejecución provisional y crear medidas provisionales para asegurar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones.
2. Que el procedimiento de ejecución civil sea sencillo. Que se establezca que la ejecución civil procederá cuando se presente la

negativa del condenado a cumplir voluntariamente con la sentencia ejecutoriada.

3. Distinguir en tres apartados las ejecuciones dinerarias, las obligaciones de dar y las obligaciones de no hacer.
4. Establecer un plazo máximo de tres años para promover la ejecución. Desechar incidentes y tercerías improcedentes o que tengan como fin entorpecer el procedimiento. Solo admitir el recurso de apelación en efecto devolutivo sin que se permita la suspensión del procedimiento de ejecución.
5. Otorgar facultades al juez para contar con una policía judicial que dependa del juzgador para hacer cumplir sus determinaciones.
6. Introducir facultades al juzgador para obligar al deudor a exhibir una declaración patrimonial al ser condenado.

V.- PROPUESTAS QUE REQUIEREN REGULACIÓN LEGAL.

En relación a las defensas o excepciones planteadas por el ejecutado.- Para hacer efectiva la ejecución legal se requieren modificaciones en las normas legales. En relación a las defensas o excepciones admisibles sería necesario implementar a reducción de defensas que puede

oponer el ejecutado. Otra propuesta es que se regule que el ejecutado solo tendrá la facultad de oponer sus excepciones en un solo momento procesal. Por otro lado sería necesario introducir la obligación del ejecutado de señalar bienes y de sancionar su conducta en caso de que no cumpla.

2. En relación a los medios impugnativos.- Establecer como regla la impugnabilidad de las resoluciones. Solo admitir el recurso de apelación en un solo efecto devolutivo. Extender la regla de la inimpugnabilidad a los terceros. Establecer el desechamiento de todos aquellos incidentes que obstaculicen el desarrollo de la ejecución con fines dilatorios.

3. En relación al remate de bienes.- Se propone que el remate se realice sin base y al mejor postor. La suspensión del remate solo procedería si el ejecutado consignase la totalidad de lo reclamado. Eliminar el monopolio judicial para la realización de la subasta o es su caso organizar una oficina dependiente del órgano judicial a fin de centralizar las subastas y que la publicidad de los remates y la convocatoria a los postores se publique en páginas de internet a fin de abaratar los costos y los tiempos. Establecer plazos para que el mejor postor consigne el precio, como si se tratase de una venta al contado.

4. En relación al procedimiento en general y la actuación del juez.- Se sugiere introducir reglas para que los jueces puedan sancionar a las partes y a sus abogados, con el único objetivo de que éstos empleen efectivamente los instrumentos legales para un mejor

y efectivo desarrollo del proceso de ejecución. Se sugiere también que los jueces se avoquen a hacer las investigaciones judiciales en relación al patrimonio del deudor.

5. Otras medidas sugeridas por los ponentes nacionales.- Desarrollar sistemas eficaces de notificación, limitando las notificaciones personales a las estrictamente necesarias para respetar el debido proceso legal. Implementar una policía judicial adscrita exclusivamente al juzgado a efecto de que los juzgadores cuenten verdaderamente con la fuerza coactiva para hacer valer sus determinaciones. La creación de una base de datos de solvencia en la que se registren y actualicen las investigaciones patrimoniales respecto a deudores que han sido sujetos de ejecución. Implantación de medios tele-informáticos para la inscripción de embargos, notificación electrónica de resoluciones judiciales así como para la comunicación entre los tribunales, es decir la rápida y efectiva comunicación entre autoridades para producir efectos inmediatos sobre los bienes sobre los que haya que trabar ejecución.

Para concluir habremos de precisar que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desde su creación ha aprobado y sancionado los siguientes códigos modelos: Código de Procedimientos Civiles, Código de Procedimientos Penales, Código de Procesos Colectivos, Código de Ética Judicial. En un futuro, como miembros jóvenes de nuestro instituto debemos de modernizar los códigos que en su momento fueron aprobados por nuestros padres académicos y

Cómo redactaríamos hoy la ejecución civil...

131

diseñar manuales de procedimientos ágiles y efectivos a efecto de instrumentalizar los pasos que deben seguir

nuestros jueces, así como definir un mejor modelo de oficina judicial que se adecue a nuestro tiempos.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho Romano.

Hacia un ejercicio de comprensión de lo jurídico*

José de Jesús Ledesma Uribe**

Sumario: 1.-Hacia un ejercicio de comprensión de lo jurídico. 2.- El Derecho es Vida humana. 3.- Bibliografía.

1.- HACIA UN EJERCICIO DE COMPRENSIÓN DE LO JURÍDICO.

Es función total del jurista pensar el Derecho y pensar en el Derecho. Cuando pensamos el Derecho hacemos de él nuestro objeto material-intelectual y aplicamos el método causal, buscamos penetrar en sus raíces y en su ser, es una labor propia de la filosofía jurídica. Pensar, en cambio, en el Derecho significa conocer y entender sus prescripciones y razones, conocer su realización y ciclos vitales, entender el círculo hermenéutico desde su concepción hasta su ejecución.¹

El orden jurídico entendido de una manera omni-comprensiva se asienta, se inicia en el principio de movimiento vital que en nuestra ciencia se ha denominado con una expresión metafórica “fuentes reales”. Este es el gran tema que constituye su verdadera ancla y razón inicial y también vinculatoria. Sabemos

* Este escrito inédito del autor, continúa al publicado en Cultura Jurídica No.1.

** Director del Seminario de derecho Romano e Historia del Derecho, Facultad de derecho UNAM.

¹ Se entiende por círculo hermenéutico el largo y complejo camino que va desde la apreciación del problema que quiere resolverse hasta la aplicación y valoración de la norma.

que la experiencia humana comienza en la dimensión de lo sensible, primera forma de experimentación de la realidad. La ciencia empero, transita de lo empírico a lo abstracto.

Las fuentes reales deben ser estudiadas con el método propio de esos saberes que completan de un modo insustituible al jurista. La sociología, la economía, especialmente la antropología filosófica que nos propone e impone un perfil humano al que debe servir el orden jurídico. La moral por su parte cumple una tarea fundamental permitiendo ejercer las valoraciones correspondientes.²

El jurista entendido como una persona altamente calificada, no puede ser concebido sólo como un conocedor de la ley y de todas las técnicas que se precisan. Debe tratar de ser un académico que entienda ante todo los problemas humanos y encuentre para ellos las soluciones más concordes con los valores y por ello, respetuoso y promotor de la dignidad humana. Únicamente a partir de que se cumplan estos mínimos podremos decir que nos encontramos frente a un verdadero jurista. La sabiduría que alimenta al

jurista es la cultura de la que no puede desentenderse jamás.³

Nuestra cultura jurídica ha recogido sus primeras experiencias a partir del conocimiento sensible. Esto es natural, ya nos lo han explicado los pensadores griegos: El conocimiento intelectual se sustenta en las experiencias habidas desde lo empírico. Dicho conocimiento intelectual ha necesitado de largos y a veces penosos esfuerzos que el hombre va logrando al paso de siglos y milenios. Aquí entendemos por conocimiento intelectual el conjunto de actos que realiza de modo voluntario el pensamiento, la razón y la imaginación. Este es su ámbito propio: Enunciados, proposiciones, conceptos, invenciones, razonamientos....⁴ Sabemos que el origen del abogado culto era para los romanos una persona verdaderamente humanista. Esto comenzó a entenderse en el círculo de los escipiones un par de siglos A.C. Fue ahí que se transformó la idea

³ Al contrario. En la medida en que deje de atender su crecimiento humano el abogado perderá vitalidad y actualidad en su propia personalidad.

⁴ No deja de presentar una función importante también la emoción. Los alumnos deben formarse no sólo en el ámbito de la razón estos es de la criticidad sino también en el de la experiencia estética. Debe notarse con especial atención que la palabra *cultura* es una verdadera transposición del mundo sensible a la intelectualidad y emotividad de la persona ilustrada.

² El jurista debe buscar y encontrar el tipo humano individual y colectivo que subyace a la ley formulada y a la vida misma del derecho. Esto es lo que el legislador y el juez quieren para arreglar la sociedad. Siendo el orden normativo profundamente educativo el peso específico de estas disciplinas es indiscutible

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

135

griega de la *filantropía* por el naciente vocablo humanismo.⁵

Se puede hablar aún mejor, del ámbito intelectual que comprende las abstracciones y todo aquello que es propio de las experiencias del espíritu. El universo del Derecho se ubica en esta dimensión por lo que se refiere al entendimiento y caminos de su propia ciencia pero no olvidemos que procede del sentido común, que se vale de metáforas, metonimias y otras formas verbales para entender y entenderse. Precisamente así ha ocurrido, sin poder precisar momento ni espacio definido, con la transposición de la idea de lo que es el lado derecho o el camino derecho para connotar más tarde la rectitud o la corrección jurídica y moral que a la postre queda inscrita en el imaginario y modo de ser del jurista y de cualquier hombre con pretensiones iniciales de formación académica.

El sentido común indica la captación de lo sensible para conocer el mundo y abre la posibilidad de portar después ese significado al ámbito de lo inteligible. ⁶No se trata sin embargo, de dos mundos separados sino de dos

formas de conocer.⁷ El acto de conocimiento es muy complejo, en él intervienen de modo especial las cargas, antecedentes y condicionamientos del sujeto que conoce además del objeto conocido.⁸

La abstracción es la operación de separar algo mentalmente poseyendo un sentido o significado en cada uno de los elementos separados. Esta operación se realiza gracias a las imágenes que guarda nuestra memoria a partir del conocimiento empírico. Por ejemplo, que al color verde se le asigne el símbolo de la esperanza o al blanco la pureza.⁹ Otro ejemplo es el del círculo

⁷ Por ello los filósofos insisten en la cuestión del conocimiento que no es la misma de la ontológica. El aspecto gnoseológico queda así subordinado al metafísico. Aristóteles había considerado como "*sensibilia communia*" el movimiento y el reposo, el número y la unidad, la forma y el tamaño.

⁸ La parte de la filosofía que estudia esta cuestión es la epistemología con su propia aplicación a lo jurídico. A partir de esta afirmación se postula el realismo epistémico. Los juristas romanos lo aceptaron. Ver la parte final de este inciso.

⁹ Es el caso de la palabra candidato que significa blanco en el sentido de pureza y dignidad con la que se presenta el aspirante ante el electorado. Sería ésta una de las razones para solicitar el voto. En su tiempo Guillermo de Occam nos dice que se puede pensar la blancura de la leche separada de su sabor. En esta abstracción se aprehende una cosa sin aprehender la otra. Un caso interesante pero no simple, es el de la expresión "quiebra", voz que en verdad deriva de la fractura del asiento que en la edad media ocupaban los banqueros y que colocaban en la plaza mayor afuera de las catedrales en espera de

⁵ Ver el Cap. sobre el Humanismo de Scultz. Igualmente García Máñez cuando se refiere al derecho de contenido intrínsecamente valioso.

⁶ Explica la etimología de la palabra intelectual que procede de *intus* y *legere* que denota que la persona dispone de ojos interiores, propios de la capacidad mental de todo ser racional. Aquí nos encontramos en presencia de una metáfora que en cuanto tal aplica la analogía de atribución gracias a un proceso mental de transposición de lo sensible a la comprensión de la figura del lenguaje.

que geométricamente parece carecer de inicio y de final. Platón distingue de la idea de Bien supremo otras ideas que se le relacionan o bien la separación del cuerpo respecto del alma.¹⁰

Siguiendo al griego, el verbo latino “*abstraho*” se usó en varios contextos para señalar la operación de separar, alejar, separarse, por ejemplo arrancar a alguien de su patria, arrancar del seno materno.¹¹

Es natural que lo espiritual-mental advenga después y a la medida de lo tangible, esto denota el desarrollo de la imaginación de la comunidad hablante y su necesidad para emplear

que sus clientes salieran de la misa dominical a comerciar con ellos. Con la literal quiebra de su asiento, enviaban el mensaje en el sentido de que ya no aparecerían por carecer de solvencia. Estos ejemplos curiosos y elocuentes pueden multiplicarse, denotan sin duda que el derecho es comunicación y se forja en la emisión y recepción de mensajes humanos. Ver parágrafo No. 9 de este capítulo.

¹⁰ Rep. VII, 534 B, Phaed. 67 c.

¹¹ Explica Ferrater que el verbo griego “*afaírein*” se traduce comúnmente por abstraer denotando separar o sacar alguna cosa o idea del lugar en que se encontraba así el nombre correspondiente es *afaíresis*. Podía llegar a emplearse esta expresión hasta cuando alguno dejaba de ser esclavo y se le arrancaba de esa condición para hacerlo entrar al grupo de los *polités*, es decir de los ciudadanos. La misma expresión se usaba en aritmética para indicar sustracción o resta. Del mismo modo se empleó en latín clásico. Puede verse de este autor la voz *abstracción*, Pág. 26-33. Pueden verse también las Lecciones de Preciado Hernández hacia la definición del Derecho.

múltiples expresiones que respondan más y mejor a la urgencias expresivas.

Gracias a la abstracción es posible llegar al conocimiento científico. Por ella se parte del conocimiento empírico, a través de la experiencia sensible pero para que adquiriera su carácter propiamente de ciencia, debe *prescindir* de los datos particulares de cada ser singular y así poder formular las leyes físicas. Se trata del llamado primer grado de abstracción. El siguiente nivel corresponde a las ciencias de los números y las figuras, esto es a la aritmética y la geometría. Aquí, se va más lejos, se busca que la abstracción sea mayor porque prescinde de todo lo que no sea el propio número y en su caso la figura. El tercer grado, en el pensamiento escolástico y neo-escolástico únicamente buscará las causas íntimas del ser-efecto, todo lo demás ha sido eliminado por la abstracción, es este el nivel propio de la filosofía tradicional que lleva adelante su método causal por algunos autores del siglo pasado denominado etiológico.¹²

El Derecho de los romanos es rico al mostrarnos cómo el pueblo rudo, de campesinos y en el mejor de los casos de terratenientes, atravesó por su pro-

¹² Es ya clásico el libro de Jacques Maritain, *Los grados del saber*, Separar para unir. De cualquier forma es éste el método propio de la filosofía a pesar de todos los giros que le han encontrado los autores del modernismo y pos-modernismo. Para los grados de abstracción pueden verse además los libros de Isaac Guzmán Valdivia *Notas para una teoría de las ciencias sociales* y *Para una metafísica de lo social*. Del autor de este texto *Notas para la Interpretación...*

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

137

ceso intelectual manifestado en su vida social y jurídica, de la concreción a la abstracción como todas las comunidades humanas. Este proceso se aprecia muy claro en su Derecho. Sabemos, por otra parte, lo mucho que aprendieron los romanos del pensamiento y del modo de ser de los griegos. Sin éstos, no habrían llegado a las formulaciones conceptuales de los últimos siglos que se nos conservan principalmente en la legislación de Justiniano.

No se ha observado con la suficiente atención lo que significa que Gayo en una obra que se le atribuye no sin abundantes discusiones, *Res cottidianae sive aureorum*, al tratar de las fuentes de las obligaciones, agrega a su anterior división bipartita contenida en sus Instituciones de ciertísima paternidad: "...*variae causarum figurae*".¹³ Lo interesante es que dentro del proceso de abstracción de los juristas y de la ciencia que estaban desarrollando en los siglos II y siguientes, se emplea ya la palabra "*figura*" al lado de "*causa*". Siguiendo a la filosofía griega, *causa* es entendida aquí como fuente al lado de la preposición "*ex*" pero *figura*, término que es muy familiar a los juristas de todos los tiempos desde entonces, aunque procede igualmente de la geometría griega, denota, a mi juicio, la búsqueda imaginativa de la experiencia visible para conectar el esfuerzo intelectual abstractivo con un signifiicante más tangible y de ese modo por vía de comparación, encaminar-

se tras la identificación del fenómeno jurídico.¹⁴

La heterogeneidad de las fuentes de la obligación, que deriva del tercer enunciado gayano hubo de ser mejorado por los juristas que formularon las Instituciones de Justiniano a través del empleo de la analogía de proporción, tradición añeja y muy rica que se pierde en los albores de la época clásica, por allá de los inicios de la era cristiana, con el empleo del adverbio de cantidad "*quasi*".¹⁵

Es muy interesante considerar que el realismo del derecho romano subsiste íntegro en nuestro modo de pensar el Derecho y de pensar en el Derecho. Se trata finalmente de asir la realidad tangible o dentro del arsenal conceptual, la conocida y desde ahí, arreglar el orden de instituciones o fenómenos que parecen nuevos y de ese modo, dentro del horizonte intelectual, por supuesto valoral, identificar y *configurar* los nuevos modelos institucionales.

En la semántica del derecho romano clásico y pos-clásico la expresión

¹⁴ No pienso que Gayo sea el autor de la aplicación de la palabra *figura* a este fenómeno. Tal origen debe buscarse en los siglos o al menos tiempos anteriores. Es interesante tener en cuenta que en la mayor parte de los códigos civiles se conserva el enunciado de "fuentes de las obligaciones", será importante determinar si dicho enunciado reviste o no un valor normativo.

¹⁵ El inicio de este proceso de acercamiento analógico de estos conceptos y expresiones, amerita un lugar propio y se inscribe con letras mayúsculas en el estudio de la analogía dentro de la formación de la ciencia jurídica de Roma.

¹³ Puede verse la huella viva de este pensamiento en D. 44.7.1.pr.

Institución va cargada de una intencionalidad que apunta directamente hacia la construcción del educando, no importa si trata de un alumno, de un jurisconsulto, de un juzgador o magistrado. En aquellos tiempos, se vivía una verdadera avidez por aprender a partir del orden que se aprecia en las cosas, en la lógica, en la misma vida.¹⁶ Sabemos que antes del misterioso Gayo, diferentes juristas romanos escribieron textos de enseñanza del Derecho llamados Instituciones o Elementos. El impacto de estas obras no sólo se producía entre los estudiantes sino entre los colegas que discutían las diferentes maneras de entender el Derecho y la forma de arreglarlo en su exposición y en los nacientes códigos de la época posclásica, especialmente, en el ámbito legislativo.

Fritz Schulz dedica un capítulo de su espléndido trabajo *Los Principios del derecho romano* a enseñar y ejemplificar la Abstracción habida en esa experiencia.¹⁷ Veamos algunos ejemplos importantes enseñados en esta ya clásica obra que ha sido comentada por romanistas de la talla de Arangio Ruíz, Orestano, Arias Bonet, Guarino, Kaser y muchos más.

Afirma Schulz que en el principio estaba el caso. Es decir, los romanos comenzaron como todos los pueblos a partir del problema que ya se plantea a la comunidad, estamos aludiendo al conflicto, especialmente cuando se ha

salido ya de la época de la auto-tutela y la auto-defensa. Agrega Schulz: "Cada solución de un caso práctico se daba, sin embargo, con el convencimiento y con la voluntad de que, produciéndose de nuevo el mismo caso, debía tener lugar la misma solución." Aquí reside con todo su esplendor la analogía intuitiva de manera natural por propios y extraños. Cuando no existe previsión legislativa, sin importar la causa de esa ausencia, el referente racional es el principio de simetría que establece que a un mismo problema debe proporcionársele la misma solución. Por ello a problemas diferentes convendrán soluciones tan diferentes como sean los referentes que las solicitan. Evidentemente se trata de la analogía de proporción toda vez que estamos discutiendo acerca de problemas en los que se mide la conducta humana a la luz de ciertos valores y precedentes.

Empero, el propio Schulz sabe que el caso no podrá reproducirse exactamente en todos sus componentes, por ello agrega en el mismo sitio, que "cada solución casuística contiene algo más que la solución de un caso individual: una norma jurídica que prescinde y se abstrae de algunas circunstancias del caso, en resumen, una norma jurídica abstracta". Agrega en este sentido, nuestro dilecto autor que son necesarios varios pasos más para formular de manera normativa esa abstracción. Estaremos en presencia de una gradual formulación ascendente de la normatividad que parte del caso y puede llegar al enunciado más abstracto y general, posible que no será otro que

¹⁶ No se encuentra lejos de estas ideas la conocida Teoría de la Institución de Santi Romano.

¹⁷ Págs. 61-87.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

139

la exigencia de tributar¹⁸ lo suyo a cada uno.¹⁹

Un ejemplo interesante, de los muchos que pueden encontrarse, nos lo proporciona el Derecho Romano clásico que logra construir la noción de persona jurídica, siempre a partir del “*populus romanus*”. Los mismos textos emplean la expresión “*ad exemplum*”, para denotar que tienen presente ante todo, el agregado físico compuesto por el conjunto de ciudadanos.²⁰

¹⁸ *Tribuere* en infinitivo es un verbo amplísimo que connota no sólo otorgar sino restituir y todo lo que suponga que el sujeto titular del derecho lo ejerza, goce de él.

¹⁹ El ejemplo que proporciona Schulz alude al comprador de un caballo que pretende que su vendedor lo indemnice por el retraso en la entrega del animal, pasa por la afirmación de lo que debe el vendedor de un animal que se retrasa en la entrega, lo que debe cualquier vendedor respecto de la consignación o entrega de la mercancía, de lo que debe cualquier deudor que cumple tarde y de ahí puede aún formularse el principio de que debe pagar más el que paga después del día señalado por la ley o por las propias partes y para concluir que debe darse a cada uno lo que le es debido. En este caso, el acreedor lo es y de más porque el pago se retrasó y la indemnización, penal moratoria, se fijará por analogía de proporción en función, entre otros criterios, de lo que haya durado el retraso.

En este tiempo, está apareciendo una disciplina jurídica nueva que se denomina “*cetética*”. Al respecto pueden verse el libro de la Dra. Platas Pacheco y de Stein La Empatía que fue su tesis doctoral en filosofía.

²⁰ Esta característica de ir de lo tangible a lo intangible, es una manifiesta expresión del proceso de des-materialización o de abstracción que encontramos en pleno período de expansión del derecho romano clásico.

La expresión moderna Persona Jurídica no ha mitigado las inquietudes de la lingüística del derecho ya que por excelencia y como analogado principal sólo la persona humana es en rigor estricto persona jurídica. Empero en la tradición greco-romana se aceptaron poco a poco estos entes no humanos y como resultado del proceso de abstracción que fue asumiendo el pueblo romano, estos sujetos no humanos pero fundados en la sociabilidad del desarrollo de las comunidades quedaron definitivamente asimilados en el derecho de la primitiva Europa. Santo Tomás refiriéndose a estas cuestiones del conocimiento, enseñará que son expresiones y conceptos que tienen su fundamento en la realidad.

Abordando ahora la importante noción de persona jurídica, debemos reconocer que se la debemos al Derecho Romano. Ya para la época de Julio César el proceso de abstracción de su pensamiento había avanzado bastante. El notable estadista romano legó 300 sestercios a cada ciudadano que el Senado calificara como necesitado y sus jardines del Trastevere al pueblo romano.²¹ Esto significa que ya se había logrado avanzar considerablemente en esta difícil concepción de

Por ejemplo la ampliación de la posesión sobre los bienes incorpóreos, las múltiples formas de extenderse la *traditio* usando diferentes maneras de entender y de decir, aplicando la analogía. Ver Filosofía del Derecho de Recaséns.

²¹ El recordado testamento de César, no deja lugar a dudas. No interesa en esta sede estudiar el golpe político que supuso que el pueblo se enardeciera contra los magnicidas.

persona jurídica que aún en el siglo XXI sigue dando mucha tarea a los juristas.²²

La construcción de esta noción tardó varios siglos. La mayor parte de los romanistas de este tiempo, consideran que en la época clásica del derecho romano aún no estaba clara esta concepción a pesar de que el concepto del pueblo del estado singularizado jurídicamente además de los municipios y otras figuras ya se abría paso en la lengua y en el entendimiento de los juristas. Empero, veremos en las siguientes líneas cómo el derecho romano desde siglos bastante remotos ya traza esta concepción a partir de necesidades políticas y poco a poco las va extendiendo al ámbito del derecho privado. Inclusive, pasa de la idea de las personas corporativas (agrupaciones de personas humanas) y alcanza hasta la concepción, aunque tardía, de las hoy denominadas fundaciones²³ (ordenación de bienes a un fin determinado, naturalmente permitido por la ley pero dotadas de subjetividad jurídica.)

²² Ya en el capítulo en el que las Instituciones del Derecho Romano se ocupan de las fundaciones, se volverá a afrontar esta cuestión bajo una óptica diferente. La fuente principal al respecto es Suetonio. Se ha afirmado y no con poca razón, que entender el concepto y significado de estas personas, se encuentra el estudiante ante uno de los problemas más difíciles y oscuros de toda la ciencia del Derecho.

²³ Denominadas en el derecho bizantino *piae causae*. Esta afirmación no es pacífica en la doctrina, algunos autores consideran que estas figuras no fueron entendidas en Roma como verdaderos sujetos jurídicos

Por lo anterior, apreciamos que las ciencias del espíritu se asientan en ese conocimiento inicial y con la creatividad y el ingenio del pueblo se van estructurando y conviniendo los significados de la lengua nacional y de sus especialidades cual es el caso del léxico jurídico. Los ejemplos son abundantísimos, piénsese en el origen de palabras como “pecunia” con su primitivo sentido de “ovejas”.²⁴ La palabra “estado” es otro caso muy interesante al transferirse del participio pasado que denota permanencia para señalarse a la comunidad humana, a sustantivo político por excelencia.

Durante los milenios que el hombre anduvo errante, precisamente en los tiempos del nomadismo que ciertamente constituyen una enorme porción de la historia aunque propiamente se extiendan de la llamada prehistoria a la protohistoria, entonces, aprendimos muy bien a observar, a retener y aplicar los asombros de la naturaleza en lo estelar, ecológico, agrícola, ganadero pero especialmente en nuestro ser y modo de ser para encontrar las similitudes, las diferencias y precisamente a partir de los referentes y las comparaciones, ir trasponiendo significados en sus juegos y re-juegos. De ahí se originan metáforas, metonimias y muchas figuras de nuestra preceptiva literaria.

²⁴ En el apartado correspondiente al lenguaje jurídico habremos de encontrar muchos ejemplos más. Del mismo origen procede peculio y otras voces similares. En el México del SXX, hacia su primera mitad, comenzó a emplearse la expresión “lana” como referente a dinero.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

141

En este sitio emerge frente a nuestra atención el “sentido común” que es expresión clara y natural de la criticidad y se combina finamente con la creatividad en el contemplar, en el comprender, en el decir y muy frecuentemente también en el convencer. Todas estas cualidades se estructuran y conjuntan de modo en verdad ingenioso en el decir popular. Si en nuestro ambiente mexicano escudriñamos sus orígenes históricos, cierto que ésta no es la finalidad del presente texto, nos sorprenderemos de las muchas aportaciones de la sabiduría de nuestros pueblos indígenas y no en menor medida de todo lo que se fue formulando en esos tres siglos de vida virreinal.

Resulta por demás importante atender el proceso de estas traslaciones que por lo demás, el propio pueblo afina y les otorga rima y sabiduría en su popular refranero. De los centenares de dichos rimados algunos y muy sabios, tomaremos en esta ocasión uno muy reiterado y muy profundo y veraz repetido por jóvenes y adultos “Cada cabeza es un mundo”. Vayamos al contexto de descubrimiento de esta afirmación.²⁵ Pensamos con nuestras facultades cerebrales pero actuamos

con todo nuestro ser, estamos pues en presencia de una *metonimia* ya que la persona es expresada por una parte visible de ella, la más significativa y singular: La cabeza. La afirmación no sólo quiere connotar que somos diferentes sino *muy diferentes* de acuerdo con nuestra propia cosmovisión.²⁶ Denota también que nuestro pasado, nuestras vivencias, afanes y deseos, en fin toda nuestra personalidad, nos hacen pensar, sentir, decidir y actuar de un modo no únicamente diferente

²⁶ Acerca de la noción de cosmovisión debe asentarse que ha sido trabajada por el pensamiento alemán “*weltanschauung*”, se refiere a la visión que cada persona adquiere acerca del universo, del sitio que él mismo percibe que ocupa en ese amplio contexto, del lugar de la vida humana, de la muerte, particularmente de los valores, de la ubicación del derecho y tantas cuestiones más. Nada escapa a esta noción que para un jurista debe ser altamente comprometidora. Se trata de una idea dinámica que a lo largo de la vida de cada pensador o persona cualquiera, va cambiando o se va ajustando. Cuando se producen modificaciones abruptas en la propia cosmovisión se originan o las crisis o las llamadas conversiones en lo intelectual, en lo religioso... que padecen muchos hombres y mujeres.

Por la concepción del mundo puede entenderse o bien la percepción estructural del cosmos y de las leyes que lo rigen en función de lo que han avanzado las ciencias, incluida la filosofía. Ahí tiene un lugar muy importante aceptar o no el binomio fe y razón. Pero igualmente puede entenderse por mundo alguna visión que se encuentre de acuerdo con cierta idea básica o directriz que le sirva de premisa. Para ampliar estas ideas, puede consultarse del autor de este libro su Valores cristianos y educación jurídica, Cap. I.

²⁵ Acerca del contexto debemos recordar que es palabra que deriva de la voz latina *contexere* que significa tejer o entretejer o entrelazar las fibras de una tela a fin de que se obtenga una textura o contextura. Ver Ferrater. El contexto de descubrimiento alude al encuentro, al conocimiento inicial, esto es, a la aprehensión de lo hallado para hacerlo inmanente. El contexto de justificación se encamina hacia la valoración que en su caso, finalmente dará validez al dato conocido.

sino singularísimo, de tal manera que no habemos dos personas humanas, realmente iguales.

Se ve en el párrafo anterior de qué manera se conjunta la diversidad de cada persona con la co-participación de la misma entidad o naturaleza que propiamente es la humana. Nos hallamos por tanto, no con una afirmación unívoca que sólo vería el aspecto común e igualitario, tampoco con una perspectiva equívoca en la cual se diluiría esa pertenencia compartida en una diferencia que anula el parentesco. Se aplica la analogía en el entender y en el decir que es término medio entre los dos extremos. Así, finalmente, la sabiduría de la expresión enseña que a pesar de la comunidad natural que es más que mera apariencia, somos impredecibles en nuestra conducta.

Como puede verse estamos ya en los terrenos de la abstracción. Hemos separado desde la experiencia sensible los datos propiamente empíricos para significar, en nuestro ejemplo, no sólo lo que piensa y ordena hacer cada persona, sino que aprovechando pero alejándonos de la pura literalidad, significar que es difícil pre-decir lo que un ser pensante y libre, realizará.

Vayamos hacia el significado de la palabra texto. Este vocablo quiere decir tejido. En sentido amplio un texto es un mensaje detrás del cual hay un emisor, una intención, un trayecto por breve que se le suponga, además, ahí están factores que pueden facilitar u obstruir su fiel recepción, y el destinatario al cual le es confiada la labor

de conocer la intención del emisor.²⁷ Los hermeneutas contemporáneos consideran que aún el silencio puede llegar a considerarse un texto por tanto, interpretable. Por supuesto el rostro del otro que es profundamente explorado por Emmanuel Lévinas se entiende como un texto de la mayor elocuencia posible.

El texto no sólo es lo dicho o lo expresado sino también y de un modo muy particular la contextura de una obra de la inteligencia, del ingenio, del arte, trabajos que no pueden concebirse sin ese especial sentido de emisión y comunicación hacia otro. Por extensión, afirma Ferrater,²⁸ se entiende por contexto de algo una estructura dentro de la cual figura algo que sin tal contexto, resultaría ininteligible o menos inteligible. Este es un principio fundamental de la interpretación legal misma que como es fácilmente entendible, no se aparta sustancialmente de los principios generales de la hermenéutica.

Veamos como formularon los romanos su adhesión al realismo que aplican al Derecho. En Digesto (D.) 50.17.1., se abre el último título de esta magna codificación insertando un texto del jurista Paulo en el que se enseña que se entiende desde la época clásica que la norma jurídica-*regula*- expresa brevemente lo que es la cosa, no para que el derecho se tome o extraiga

²⁷ Téngase en consideración que emitir significa colocar algo que queda a disposición de alguno que conocerá el mensaje, *ex mitteo*. Esta voz está emparentada con proponer y con pro-meter.

²⁸ Voz contexto.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

143

de la regla. Abundemos sobre esta primera parte.

Consideramos que esta parte de la cita procede de tiempos clásicos por la autoría de Paulo.²⁹ Esto significa que ya se estaba terminando de consolidar la idea de sistema jurídico y sus bases epistemológicas. Entendamos que la expresión regula debe entenderse en nuestro actual contexto como norma jurídica. Se afirma que el derecho debe proceder de la realidad misma. Por ello la norma encierra una descripción de la realidad y como enseñó Sabino...de lo contrario, se entiende que si la realidad pretendiese sacarse de la norma, ésta pierde su razón de ser.

Nos encontramos de este modo en presencia de un verdadero realismo moderado sustentador del orden normativo que se asienta en las necesidades sociales a las que debe servir.

Debemos entender por *res* la cosa en su expresión más amplia o dilatada: la realidad social que es naturalmente realidad humana. Finalmente nos encontramos aquí frente a los fines del Derecho. Esta realidad corresponde en nuestra teoría clásica del Derecho a las llamadas fuentes reales que son las que encardinan al ser mismo del derecho, por su conocimiento y valoración se inicia el círculo hermenéutico del que ya tratamos. Se agrega con mucho sentido que si la norma-*regula* deja de hacer su oficio por cualquier vicio que derive de no atender esa realidad, el derecho se pervierte.

²⁹ No toda la doctrina es unánime. No faltan romanistas que consideran que el paso citado ha sido interpolado.

*En suma, este importante proceso de transferencia que se manifiesta en el modo de entender y en el lenguaje respectivo, nos muestra que el ámbito de lo inteligible es una prolongación del ámbito de lo sensible y en éste se asienta, siguiendo el postulado aristotélico, el principio de que el conocimiento intelectual se funda en el sensible. De ese modo, también se construye y desarrolla la ciencia jurídica.*³⁰

2.- EL DERECHO ES VIDA HUMANA.

El debate ha sido rico y multifacético cuando los historiadores han dialogado con los filósofos acerca de los componentes del Derecho entendido como criterio de razón. Dicen los segundos que se alistan dentro de las diferentes corrientes del derecho natural, que se manifiesta en el Derecho un sentido racional que es imposible eludir. Los primeros replican que el orden jurídico es una variable de la historia, que está inserto en el tiempo y en el espacio, que se modifica de acuerdo con las culturas y sus múltiples percepciones muy variables a lo largo de la evolución. No es conveniente caer ni en un univocismo que anule las dife-

³⁰ Nótese las similitudes que persisten en la metodología del jurista de nuestro tiempo. El tejido de la ciencia jurídica se multiplica "*ad exemplum*" de lo sensible y de lo inteligible de que se dispone y por ello, los referentes sirven de apoyo o guía para sistematizar a las instituciones más nuevas. Epistémicamente expresado, profesamos un realismo moderado. Preferimos evitar la expresión "crítico".

rencias ni tampoco en la posición de los equivocistas que desconozcan los elementos comunes del orden humano. Los dos tendrán razones si sus posturas se asumen como valiosas en lo que afirman.³¹ La diferencia es importante en la comparación y conocimiento de los seres, esa diferencia es la que les otorga su singularidad e individualidad. La diferencia lejos de obstruir la apreciación de las semejanzas colabora por contraste para identificarlas.

El tradicional ius-naturalismo ha contemplado con poca atención la positividad del derecho, de sus diferentes maneras de realización.³² Hoy ya se despliegan importantes doctrinas que a partir de la fundamentación de los derechos humanos, han incorporado a las perennes tesis, la riqueza del concepto de “clase natural” localizándola en el ser mismo del hombre y concibiendo al orden normativo como producto cultural con sus propias for-

mas de hacerse efectivo.³³ Ocurre que el Derecho Natural se va realizando en la historia, se va aplicando a la vida.³⁴ La vida cambia porque los hombres son movimiento y por lo mismo, lo que cambia son las aplicaciones del ius-naturalismo. Por su parte el derecho positivo ha sido considerado por los ius-naturalistas como la forma práctica de realización del derecho y éste es una disciplina eminentemente práctica. Así fue entendida de intención y de acción por los mismos juristas romanos. Este nexo epistémico y real, indica la vinculación sustantiva que se establece entre la ética y el derecho. Ambas disciplinas son pensadas y razonadas para ser vividas.

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

³¹ De esa manera se logra el equilibrio en el entender y en el decir que procura la hermenéutica analógica. Corral y co-autores expresan en su Diccionario citado en la bibliografía, que finalmente el derecho natural “es un problema ilimitado porque afecta toda relación jurídica, incluso la del derecho mismo de Dios sobre el hombre, la del hombre sobre sí mismo, la del hombre con los otros hombres e incluso sobre las cosas”, Pág.231. Para la Teología Jurídica el derecho de Jesucristo sobre los hombres y el universo deriva de tres títulos: Creación, filiación, y conquista o redención.

³² Ver de Sánchez Vázquez su *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Porrúa, 1997, Págs. 141 y SS.

³³ Atemperando los rigores formalistas de la Teoría Pura de Kelsen.

³⁴ Podemos hablar en función de esos cambios y del contenido de los objetos sociales y culturales de vida urbana, vida rural, vida familiar, vida profesional, etc. En todos esos ejemplos nos acercamos a las mil facetas de nuestras formas de vivir.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

145

así entendida, es ante todo “fuerza civilizadora”.³⁵

Nos resulta por ende sostenible, asumir el pensamiento del vitalismo fenomenológico que ve en el Derecho una forma antropológica de convivencia, una manera calificada de realizarse de la misma comunidad. Recaséns Siches siguiendo el pensamiento de Ortega y Gasset, lo enriquece y conduce al Derecho.³⁶ Nuestro ilustre autor explica que esta expresión, “vida” no se toma en sentido meramente biográfico sino como conjunto de situaciones en las que es necesario elegir, preferir, responder. Por nuestra parte apreciamos que en cada uno de estos verbos palpitan acciones fundamentales y conformadoras de la propia vida humana que responden al libre ejercicio de la libertad a asumir y vivir los valores y dar cuenta de nuestras acciones y omisiones.³⁷

³⁵ Ver en particular las conclusiones 460 y 461 de sus Lecciones contenidas en la bibliografía de este texto.

³⁶ En su *Filosofía del Derecho*, Pág. 72. Frecuentemente autores de esta corriente como el multi-citado Luyten afirman que se trata de una forma antropológica de coexistencia. Personalmente, prefiero emplear la palabra *convivencia* con toda la carga de conciencia que conlleva. No parece acertado quedarse sólo en la co-existencia sin atender al grado de reflexión y responsabilidad que se desprende del *saberme*. Me refiero al menos a la conciencia psicológica.

³⁷ Este es el núcleo de la responsabilidad, además de acudir al llamado y rendir cuentas, quedar disponible a lo que resulte.

Luyten ha llevado a su mejor paradigma metafórico esta idea al afirmar que en esencia la Justicia va entendida como “*mínimo de amor que necesita la sociedad para subsistir*”. No importa que se piense que un amor externo y aparente no es tal. Esta expresión analógica es feliz, primero porque alude a un mínimo y de ese modo mira a la proporción, contempla el modo de ser y de realizarse del Derecho. Pero ese mínimo, únicamente solicita de los demás una conducta exterior que es indispensable para alcanzar sólo lo necesario jurídico de bien común. Ahí reside la diferencia entre una justicia jurídica o legal por una parte y la verdadera justicia que tiene naturaleza moral, integral buscando en todo la perfección de la persona que la otorga y también de la que la recibe en sus vertientes individual y comunitaria.³⁸

Dado que el Derecho no tiene adscrita como su finalidad propia obtener la perfección integral de la persona humana, bastaría en el ámbito jurídico con ese comportamiento mínimo que podrá y deberá después, ser vivificado, expandido y multiplicado por otras disciplinas normativas.

³⁸ Se debe a Miguel Villoro la difusión en nuestro medio de la formulación que hace Luyten en el capítulo sexto de su *Fenomenología*. Esto ya aparece en su tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la UNAM en 1977 intitulada *Lecciones de filosofía del derecho*. Acerca de la justicia del moralista que no corresponde en todo a la del jurista, ver de Dabin su obra incluida en la bibliografía y la presentación de estas ideas en Villoro, *Introducción...* Págs 208 y SS.

En el balance podemos apreciar que el Derecho entendido como orden de la realidad humana es y deviene "vida" calificada desde su raíz en la sindéresis, conciencia moral del hombre que se va objetivando y que exige el bien honesto siempre, se logre o no, una especial respuesta de la conciencia comunitaria a fin de promover valores y de detener y castigar las conductas que interfieran en el desarrollo de la plenitud individual y social.³⁹ La persona se revela a sí misma en la acción y a través de la acción con todos sus condicionamientos psico-somáticos y así se manifiestan su riqueza pero también sus limitaciones.⁴⁰

Esta afirmación es producto de una analogía. Sin embargo debe aclararse que moralmente son diferentes ya que en este tipo de culpa no se da la deliberación de dañar empero la negligencia es tan grave que no es posible, en esto se identifica con el dolo, disculpar a su autor. Aquí se aprecia la importancia de no caer en una excesiva univocidad ni tampoco en una equivocidad alienante. Se encuentran semejanzas y diferencias pero gracias a la analogía bien aplicada, se precisa cada noción.

³⁹ Es la mente la que nos da la capacidad de diferenciar la verdad moral de la falsedad moral, Wojtyła, Pág.184. Debe por ello reconocerse que la mente se somete a la verdad y por ello postulamos un realismo moderado.

⁴⁰ Wojtyła, Persona y acción Pág. 349. Este párrafo en el formulamos un primer apunte sobre el Derecho entendido como vida humana, necesita, sin duda de un desarrollo mucho más amplio que haga justicia al vitalismo y a la fenomenología.

Los romanos hacen la equiparación únicamente para efectos de medir la necesidad de la reparación.⁴¹

En la época posclásica se establecieron nuevos criterios para la determinación de la culpa. El primero fue la determinación del mayor o menor interés que cada parte podía tener en el cumplimiento del contrato.⁴²

Como se aprecia el Derecho entendido como orden normativo busca el orden social, su subsistencia, su garantía y creciente reforzamiento, siempre, a pesar de las circunstancias adversas que frecuentemente parecen oponerse a estos fines. Empero, debe tenerse muy presente que el orden jurídico con toda su majestad no puede ni debe alcanzar la perfección de la persona humana. Habrá de conformarse con el orden exterior sin que pueda pretender intervenir en las conciencias de los gobernados. Hasta este punto alcanza el sentido del Derecho. Podemos preguntarnos cuáles son las disciplinas que alientan y fomentan el perfeccionamiento integral y total de la persona. La respuesta deberá localizarse en otras ciencias normativas como la moral, la religión, el desarrollo humano...

Es fundamental empero, dejar en claro que la aportación que hace el

⁴¹ Es interesante apreciar cómo a través de las "equiparaciones" el sistema jurídico se va tejiendo y entretejiendo. De ese modo los romanos nos habituaron a utilizar la analogía de proporción y en otros casos de atribución para encontrar géneros y especies sistematizadoras del Derecho.

⁴² *Utilitas contrahentium*. Ver D. 13. 6. 5. 2. Coll. 10.2.1. Gordillo Montesinos, Pág. 679.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

147

Derecho entendido como vida de orden, decoro, cumplimiento con lo ajeno, es insustituible para encastrar a la persona hacia los mínimos de felicidad que demanda su propio ser social. Se puede apreciar una correlación clarísima entre la plenitud integral de cada una de las personas que forman la población de una comunidad y la plenitud del Estado. El siguiente criterio de elaboración tardía aparece en la codificación de Justiniano y se vale de otra interesante analogía para medir el alcance de la culpa leve que acusa la influencia del pensamiento griego. Se trata de la diferencia entre las denominadas “culpa leve in abstracto y culpa leve in concreto”.

Vayamos entonces a la diferencia que estableció el derecho romano de la época posclásica entre culpa leve in abstracto y culpa leve in concreto. Este tema hace en verdad las delicias de la analogía. Debe considerarse que no entra en esta consideración la denominada culpa lata o negligencia inexcusable.⁴³ Se trató de establecer una gradación dentro de la culpa leve, aquella

que por su magnitud no es tan grave como la lata ni siquiera media. Es un descuido menor que puede ser dispensado en algunos casos o al menos acotado a través del criterio que la fina diferencia que vamos a exponer permite.

Es importante no perder el contexto. Estamos refiriéndonos a un tiempo en el que el sistema jurídico romano está a punto de cerrarse en el sistema que va a crear Justiniano y es por ello que los juristas buscan y encuentran parámetros que permitan al juez “medir o mesurar” la conducta que puede ser culposa y determinar la proporción o grado de la misma. Es aquí precisamente donde la proporción exige proporción. Recordemos que el Derecho es medida. Es proporción, es *debitum*.

En la así llamada culpa leve in concreto el referente original o analogado primado o principal es la conducta misma que el deudor suele invertir en sus propios asuntos.⁴⁴ Si en el cumplimiento de sus obligaciones actúa del mismo modo—he ahí la comparación analógica—no habrá reproche alguno, dicho de otro modo, no hay culpa jurídica. Fascina hasta cierto punto el realismo ético y jurídico del derecho romano tardío ya que en estos supuestos nos encontramos en presencia de actos *intuitu personae*, aquéllos que se han celebrado atendiendo a las características individuales del obligado. En la teoría de las obligaciones, esto signifi-

negligencia esta indicando la negación de la diligencia: *nec diligens*. El verbo *diligo* indica preferencia, atención, cuidado...

⁴⁴ Leemos en las fuentes *diligentia quam suis rebus adhibere solet*.

⁴³ Respecto de la culpa es necesario partir de Gayo 3. 202 y seguir por Coll. 10.2. 1 y D. 13.6.5.2. En época tardía fue así denominada en cuanto se trata de un descuido imperdonable por la falta de previsión de atención que implica por parte de su autor. La distinción entre culpa grave “lata” y culpa leve parece haber sido introducida por los compiladores del S.VI, ver D.11.1.11.11. D. 16 3. 32 y D 50. 16 213.2. Este último trozo es muy claro: la culpa lata es no entender lo que todos entienden en lo propio y en lo ajeno. Es interesante percatarse que la misma voz

ca que no hay vicio alguno en el conocimiento del obligado y a partir de ese conocimiento exacto el acreedor ha aceptado el trato y el contrato.

Ilustran la responsabilidad que alcanza la culpa leve in concreto, las obligaciones del marido por la administración de los bienes parafernales que Justiniano modifica en sentido contrario en C. 5.13.1.5. Conserva el alcance de la culpa leve in concreto también las obligaciones del marido por lo que se refiere a la restitución de los bienes dotales. También, entre otras, las obligaciones que derivan de la sociedad y de la copropiedad. La sustancia de esta analogía y su misma expresión ha sido conservada en el art.1897 de nuestro Código Civil.

Frente al realismo específico de la forma anterior de medir y acotar la culpa leve en los actos *intuitu personae*, pasamos a la nombrada culpa leve in abstracto⁴⁵ que se aplica a los actos jurídicos *intuitu rei* y que son éstos en los que el acreedor se determina por el valor y demás características de la cosa o de la prestación a la que tiene derecho. En este supuesto no toma en consideración el modo peculiar de actuar del obligado sino que prefiere en aras de su seguridad jurídica exigir una conducta paradigmática de un buen deudor. Por ello, los juristas posclásicos encuentran, lo cual, no les fue difícil ni extraño; la forma de comportamiento del buen padre de familia

cuando actúa en la administración de su propia hacienda o patrimonio.

Aunque el pater familias existe en Roma, este analogado del cual se parte, no es uno en concreto sino la idea abstraída de la experiencia socio-moral que constituye un referente preciso que finalmente es un modelo de valoración y de actuación. Esta culpa in abstracto se aplica cuando el propio deudor deriva de la relación jurídica en cuestión, beneficios.⁴⁶ En algunos otros textos jurídicos, se amplía el universo de buen padre de familia por el de buen marido o buen varón como cuando se expresa "*arbitrio boni viri*" en materia de fideicomiso. Es interesante apreciar cómo procede la labor intelectual de universalización, poco a poco, hacia la mayor ampliación posible del cuantificador.⁴⁷

El balance de este excursus a través de la culpa leve, manifiesta el genio creativo de los romanos para aprovechar la analogía de proporción en la culpa leve in concreto y de atribución en la in abstracto y de ese modo a través de formas y figuras que le son propias y por ende afines impulsar el sistema jurídico dotando al juzgador y al jurista de criterios ordenados y consecuentes. Se aprecia igualmente la moralidad de este desarrollo y el realismo a que se apegan la mente y la conciencia de los juristas de la primera sociedad bizantina.

⁴⁶ Las fuentes emplean de modo clarísimo la alocución *diligentis patris familias*. Ver D.13.6.5.7.

⁴⁷ Cuestión que frecuentemente se denomina "ámbito personal de vigencia de la norma".

⁴⁵ Esta denominación no procede de las fuentes romanas sino de los comentaristas posteriores.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

149

Recapitulando nuestra insistencia acerca de la noción de dignidad de la persona humana, en este primer esbozo aún al margen de cualquier consideración histórica, habremos de distinguir la llamada dignidad ontológica de la biográfica.⁴⁸ La primera se refiere al solo hecho de ser persona humana, dato por demás importante y a la vez contundente ya que en el pensamiento tradicional y no es fácil hacerlo de otro modo, la vida humana es entendida como un don ya que ninguno ha hecho nada, antes de ser llamado a la existencia para merecerla. Este no merecimiento le otorga su verdadero sentido al rasgo de creaturalidad y contingencia del ser humano. Es creatural ya que ha recibido el ser y su detentación y permanencia no depende de él más allá de lo que el instinto de conservación y el sentido de previsión del interesado puedan lograr. Es contingente porque su ser no es necesario para la subsistencia y desarrollo del cosmos.

Recordemos que la primera definición de "Persona" fue formulada en los inicios del S. VI en la Italia pre-lombarda por Severino Boecio, más por razones de orden teológico que jurídico. Fue Boecio no sólo político sino gran humanista con un especial, genial sentido de síntesis del saber antiguo greco-romano.⁴⁹ Este concepto puede considerarse fundatorio y delimitador

de nuestra cultura moral, primero de occidente y con el tiempo, estimo que será universal.

Otras exploraciones acerca de esta temática que hinca sus raíces en el mundo greco romano, permitirá, más adelante entender y en su caso aceptar que el Derecho además de un modo especial de convivencia que los fenomenólogos según hemos anotado arriba denominan una forma antropológica de convivencia puede también ser entendido como un reflejo de la luz del mundo.⁵⁰

3.-BIBLIOGRAFÍA.

BASAVE, Y FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, 2001.

—, *Tratado de Filosofía*, Limusa, 1995.

BERNAL, BEATRIZ Y JOSÉ DE JESÚS, LEDESMA, *Historia del Derecho romano y de los derechos neo-romanistas*, Porrúa 2010.

BEUCHOT, MAURICIO, *Hermenéutica, analogía y símbolo*, Herder, México, 2004.

—, *Tratado de Hermenéutica analógica*, UNAM, 1997.

⁴⁸ Ver nota No. 96.

⁴⁹ Su personalidad histórica es enorme. Su ideal fundamental era traducir al latín muchas obras clásicas de la antigüedad griega. Ver vida y valoración de su personalidad en mi *Cristianismo en el derecho romano*, Cap.sexto.

⁵⁰ Esta hipótesis la hemos sostenido ya en el Cristianismo en el Derecho Romano del autor de estas líneas.

Seminario de Derecho Romano

150

- , *Voz Interculturación en DICCIONARIO DE HERMENÉUTICA*, Bilbao, 2006.
- BIONDI, BIONDO, *Diritto Romano Cristiano*, 3 Vols. Giuffré, Milano, 1954.
- CORRAL, SALVADOR Y JOSÉ M. URTEAGA et al. *Diccionario de Derecho Canónico*, Tecnos, Universidad Pontificia de Comillas, 2000.
- FASSÓ, GUIDO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 3 Vols. Pirámide, Madrid, 1969.
- FERRATER, MORA J., *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 2001.
- FERRER, URBANO, *Para comprender a Edith Stein*, Aedos, Biblioteca Palabra, Madrid, 2008.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 1999.
- GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Meditación sobre la Justicia*, FCE, México, 1963.
- GONZÁLEZ MORFÍN, EFRAÍN, *Temas de Filosofía del Derecho*, Oxford –UIA, 2003.
- GORDILLO MONTESINOS, ROBERTO HÉCTOR, *Derecho Privado Romano*, Porrúa, México, 2004.
- GUZMÁN VALDIVIA, ISAAC, *Notas para una Teoría de las Ciencias Sociales*, Jus, México 1959.
- LEDESMA, JOSÉ DE JESÚS, *El Cristianismo en el Derecho Romano*, Porrúa, 2007.
- , *La Confusión como forma de extinción de las obligaciones, Una mirada desde la hermenéutica analógica*, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 35, 2005.
- , *Contribución de Roma a la formación de los conceptos jurídicos fundamentales*, Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, México No. 89-90, 1973.
- , *Notas para la interpretación de la historia del derecho*, Escuela Libre de Derecho, México, 1964.
- , *Valores cristianos y educación jurídica*, Universidad Iberoamericana, Puebla, 1997.
- , Reseña al libro de Mauricio Beuchot, *Hermenéutica, analogía y símbolo en Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No.34, 2004.
- LÉVINAS, EMMANUEL, *Humanismo del otro hombre*, Siglo XXI editores, México, 2006.

Pensar el derecho y pensar en el derecho desde el Derecho...

151

- | | |
|---|---|
| <p>LUYPEN, WILLIAM, <i>Fenomenología del derecho natural</i>, Carlo Lohlé, Buenos Aires, 1968.</p> <p>PLATAS PACHECO, MARÍA DEL CARMEN, <i>Filosofía del derecho, Analogía de proporcionalidad</i>, Porrúa, 2003.</p> <p>PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL, <i>Lecciones de Filosofía del derecho</i>, Jus, 1982.</p> <p>RECASÉNS SICHES, LUIS, <i>Filosofía del Derecho</i>, Porrúa, 1998.</p> <p>SCHULTZ, FRITZ, <i>Principios del Derecho Romano</i>, Civitas, Madrid, 1978.</p> <p>STEIN, EDITH, <i>La empatía</i>, Tesis doctoral, traducción de Alberto Pérez Monroy, Universidad Iberoamericana. México, 1998.</p> <p>—, <i>La estructura de la persona humana</i>, BAC., Filosofía y ciencias, Madrid, 2003.</p> <p>—, <i>Ser finito y ser eterno</i>, Traducción de Alberto Pérez Monroy, Fondo de Cultura Económica, 1994.</p> | <p>VILLORO TORANZO, MIGUEL, <i>Introducción al Derecho</i>, Porrúa, 1998.</p> <p>—, <i>La Justicia como vivencia</i>, Porrúa, 2003.</p> <p>—, <i>Lecciones de Filosofía del Derecho</i>, Porrúa, 1984.</p> <p>VISSCHER, F. DE, <i>Le Régime romain de la noxalité</i>, Bruselas, 1947.</p> <p>VOLTERRA, EDOARDO, <i>Istituzioni di diritto privato romano</i>, Ricerche. Roma, 1961.</p> <p>WOJTYLA, KAROL, <i>Max Scheler y la ética cristiana</i>, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1982.</p> <p>—, <i>Persona y Acción</i>, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1982.</p> <p>NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, <i>Unione Tipografica Editrice Torinese</i>, Torino, Italia, 1957.</p> |
|---|---|

Modificación de los contratos colectivos*

José Dávalos **

Flexibilización o debilitamiento, precariedad de las instituciones y normas laborales. Esta es, ahora, la meta de los patrones. Que el trabajador, con su debilidad, quede solo frente al patrón. Que los sindicatos queden mermados en su capacidad para defender a sus agremiados.

Ya en esas condiciones, ¿para qué contrato colectivo y para qué huelga? Sindicato, contrato colectivo y huelga, son tres compañeros inseparables; las tres instituciones laborales son una consecuencia natural del sindicato. Estas instituciones y sus normas son un estorbo para la voracidad de los patrones en la explotación de los trabajadores, hombres, mujeres y niños.

Vivimos la plenitud del imperio de la escuela liberal francesa, que en la exposición de motivos de la Ley Chapellier sentenció: “No existe más interés en una Nación que el particular de cada individuo y el general de la colectividad”. Es decir, dejen solos a los trabajadores, hay que evitar que se organicen, que no se atrevan a interrumpir el reposo de los patrones exigiendo mejores condiciones de trabajo¹.

Los barones del dinero, ahora, en el imperio de las empresas han decidido precarizar y flexibilizar a esas instituciones laborales, adelgazarlas, debilitar-

* Guía de la intervención del doctor José Dávalos en el Curso de Actualización en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, organizado por el Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la UNAM, en el Salón de Usos Múltiples de la propia Facultad, el viernes 21 de enero de 2011.

** Profesor de carrera, Titular “C” Definitivo de tiempo completo de las asignaturas de derecho del trabajo en la Facultad de Derecho y ex-Director de la propia Facultad de Derecho.

¹ DÁVALOS, José, Editorial Porrúa, México, Décimonovena edición, 2010, Página 5.

Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

154

las; y, de ser posible, desaparecerlas. Siempre, para someter al trabajador, las empresas buscan el trato directo con él. Cuando tiene meses o años buscando trabajo, el trabajador acepta el puesto que le ponen enfrente con las condiciones que fija el patrón, jornadas extenuantes y salarios de hambre; por eso los patrones buscan el trato directo con cada trabajador, sin la intermediación de los sindicatos. Por eso tanto empeño en descalificar a las organizaciones de los trabajadores; fácilmente dicen: los sindicatos son corruptos.

Y claro, hay corrupción en los sindicatos, sólo que debe aclararse que la corrupción es de tres, no de uno: hay sindicatos corruptos; pero los sindicatos no son corruptos por ellos mismos; los corrompen patrones corruptos para someterlos; y, algunas autoridades gubernamentales corruptas, corrompen a los líderes de los trabajadores para que las apoyen en las medidas que toman y para que voten en un sentido determinado a la hora de las elecciones.

Me parece oportuno comentar en estas reflexiones varias ideas que contiene una tesis de 2009, del Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. La tesis tiene este rubro: **“DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COOR-**

DINACIÓN” (Registro No. 166676, Novena Época, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Agosto de 2009, Tesis: I.3º.C.739 C, Materia (s): Civil, Común).

La tesis es de un Tribunal Colegiado en Materia Civil, es decir, es una tesis sobre derecho privado; sorprende encontrar en ella ideas sociales avanzadas y de tanto peso como las siguientes:

“En una sociedad estructurada en grupos y en la predominación (en el predominio) de los aspectos económicos, el poder del grupo o de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo, creándose situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia. **El poder surge** de este modo no ya sólo de las instituciones públicas, sino también de la propia sociedad, conllevando implícitamente la posibilidad de abusos...

El fortalecimiento de ciertos grupos sociales o de un particular en situación dominante que pueden afectar la esfera jurídica de los individuos, ha hecho necesario tutelar a éstos (a los individuos), no sólo frente a los órganos públicos, sino también respecto a esos grupos o personas **particulares**; sobre todo porque en una sociedad corporativista y de predominio económico como la actual, lo que en realidad se presenta son situaciones de disparidad y asimetría, ya que no debe perderse de vista que esos grupos o **particulares** mencionados logran no sólo ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, sino en muchas veces también influyen en los

Modificación de los contratos colectivos

155

cambios legislativos en defensa de sus derechos (de sus intereses). **Estos grupos de poder**, o simplemente otros ciudadanos **particulares** organizados o situados en una posición dominante, constituyen una amenaza incluso más determinante que la ejercida por los poderes públicos para el pleno disfrute de los derechos fundamentales. **Estas situaciones actuales** de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, del fenómeno de poder, o de monopolización del poder social, en las que la autonomía privada y la libertad contractual de la parte más débil quedan manifiestamente anuladas. **O bien no disponen realmente** de la libertad para decidir si contratan o no, o bien carecen de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento. **Este panorama desembocó** en la reconsideración de la teoría clásica de los derechos fundamentales, y en la extensión analógica del contenido de las relaciones públicas a las relaciones privadas, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil... **Éstos (los derechos fundamentales)** deben ser entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. **No sería coherente un sistema** que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado...”

De esta tesis de derecho privado se desprenden aspectos de gran trascendencia como los siguientes:

*En una sociedad estructurada en grupos y en el predominio de los aspectos económicos, el principio de igualdad ante la ley es una falacia.

*El fortalecimiento de ciertos grupos sociales o de un particular en situación dominante, ha hecho necesario tutelar a los individuos, no sólo frente a los órganos públicos, sino también respecto a los grupos o personas particulares.

*Estas situaciones de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia de la monopolización del poder social, en donde la parte más débil no dispone de libertad para decidir si contrata o no, y carece de la posibilidad de discutir el contenido de la relación de trabajo o de exigir su cumplimiento.

*No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el abuso del poder público y no los protegiera cuando la amenaza tiene su origen en un poder privado.

Los trabajadores y el patrón pueden negociar su contrato colectivo de trabajo, respetando el mínimo fijado por la Constitución y por la Ley Federal del Trabajo, y respetando el mínimo pactado por los factores de la producción en los contratos colectivos vigentes en la empresa. En este contexto es muy ilustrativa la tesis LXII/2001 de la Segunda Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Mayo de 2001:

“CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO O CONTRATOS-LEY. EN ELLOS NO SE PUEDEN PACTAR CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO INFERIORES A LAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL NI CONTRARIAR LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.-

Las partes en la relación laboral, trabajadores y patrones, tienen la libertad de pactar las condiciones en que habrá de prestarse el trabajo, siendo alguna de las formas o medios de hacerlo la celebración del contrato colectivo de trabajo, o bien, del contrato-ley, siempre y cuando no contravenzan las disposiciones que, de manera imperativa, se encuentran establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que en tales contratos las condiciones generales de trabajo convenidas no podrán ser inferiores a las previstas en el artículo 123 de la propia Carta Magna, ni contrariar las garantías individuales consagradas en su capítulo I, del título primero”.

Los dueños del dinero repiten la idea de que los trabajadores deben dejar de esperar siempre la protección de las instituciones del Estado y valerse por sí mismos. Reclaman por qué tanta protección al trabajador como si estuviéramos en los inicios del siglo pasado, y concluyen lanzándose en contra de los sindicatos. No piensan en los 22 millones de mexicanos en pobreza extrema que no tienen comida, que no tienen siquiera lo indispensable para vivir; mexicanos que no han podido cursar siquiera su educación obligatoria, mexicanos que

se sienten y se saben marginados y sometidos.

Este panorama tiene la marca de la victoria de las empresas en la economía, en la política, en la vida social; para sus intereses, todo lo que huela a derecho del trabajo hay que debilitarlo, precarizarlo y, si es posible, echarlo a la basura, como algo inservible.

Resulta interesante reproducir aquí las siguientes tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cuarta Sala, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 109-114, Quinta Parte:

CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO, REVISIÓN DEL. REDUCCIÓN DE PRESTACIONES.-

El artículo 394 de la Ley laboral, se refiere al momento en que por primera vez se va a celebrar un contrato colectivo de trabajo como hecho que no puede perjudicar las mejores condiciones previamente pactadas en algunos contratos individuales de trabajo. Además, el citado precepto dispone que un contrato colectivo de trabajo no puede concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos ya vigentes en la empresa, y ello se encuentra vinculado también con las diversas hipótesis establecidas por el artículo 388 de la Ley Federal del Trabajo, que prevé el caso en el cual el pacto colectivo concertado entre patrón y sindicato tiene como antecedente la celebración de otro contrato colectivo entre el mismo patrón y diverso sindicato o diversos sindicatos; igualmente, la primera disposición citada tiene aplicación en la hipótesis a que se

Modificación de los contratos colectivos

157

contraen otros preceptos de la misma Legislación laboral, citándose al efecto los artículos 417, 420 y 421, situaciones todas ellas diversas a la revisión de un contrato colectivo, lo cual implica necesariamente la facultad de los pactantes para hacerse mutuas concesiones en orden de lograr los objetivos fundamentales de cada revisión, pues sería ilógico y antijurídico prohibir dichas concesiones entre las partes, tratándose de prestaciones exclusivamente contractuales, si con ello se asegura la subsistencia de la fuente de trabajo o bien otras mejorías que afectan a diversas prestaciones, como puede ser reducir el tope máximo de las pensiones jubilatorias.

Tesis 447, Cuarta Sala, Quinta Época, Apéndice 2000, Tomo V, Trabajo, P.R.SCJN, Genealogía: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LXXII, Cuarta Sala:

SALARIO, REDUCCIÓN DE, EN VIRTUD DE CONVENIOS EN MATERIA DE TRABAJO.- Los convenios no son sino el concurso de voluntades, con relación a uno o varios puntos debatidos con anterioridad, judicial o extrajudicialmente, para el efecto de resolverlos, y que requieren para su existencia, ciertas modalidades y condiciones de forma externa, entre ellas, la relativa a que sean celebrados por escrito y debidamente sancionados por las autoridades del trabajo correspondientes. La Ley Federal del Trabajo, no prohíbe el otorgamiento de esos convenios, tratándose de conflictos de orden económico, y sólo el inciso h) de la fracción XXVII del artículo 123 constitucional, determina la nulidad

de los convenios o transacciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero, en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores. Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, debe estimarse que el convenio sancionado debidamente por la Junta de Conciliación y Arbitraje respectiva, por el cual se resuelve un conflicto económico y se pacta una modificación al contrato colectivo de trabajo, consistente en reducir los salarios que devengaban los trabajadores, no entraña la renuncia de alguno de los derechos a que se refiere la disposición constitucional antes citada, si dichos trabajadores manifestaron su anuencia a esa reducción, debido a las condiciones económicas difíciles por las que atravesaba la empresa, y los salarios de que continuaron disfrutando, superaron aun el mínimo establecido por la ley.

Hasta el aturdimiento, casi todos los días escucho y leo que hay que olvidarnos de la actual validez de los contratos colectivos de trabajo; que tal vez en una época fueron un instrumento útil, que ahora, en la “modernidad”, cada quien tiene que hacer su defensa. Se dice y se insiste en que en las “modernas” relaciones de producción, los sindicatos endurecen el trato de los patrones con los trabajadores, que hacen inmanejables las relaciones de trabajo, que estorban la producción, la competencia, la buena calidad de los productos. Estos son los argumentos de los empresarios. Sus ideas en las reformas laborales que están proponiendo, son en el sentido de que si no es posible desaparecer los contratos,

Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

158

como ocurrió en Luz y Fuerza del Centro y como está sucediendo con Mexicana de Aviación, por lo menos hay que debilitarlos.

La reflexión realizada en estos párrafos se enfoca a los contratos colectivos de trabajo. Es necesario tener presente su importancia y ver cómo se les está flexibilizando, debilitando o derruyendo. Esta es la explicación de la campaña de desprestigio contra los sindicatos, para que los trabajadores sepan y entiendan que de nada les sirve afiliarse a las organizaciones gremiales.

El cargo principal que se hace a los sindicatos, a los dirigentes sindicales, es la corrupción. Se reitera esta idea, hay que decirla cuantas veces sea necesario: Es cierto, hay dirigencias sindicales invadidas de corrupción, pero también es cierto que la corrupción la encontramos en patrones, que para servirse de los trabajadores corrompen a dirigentes sindicales. Es necesario pensar en que la corrupción de los sindicatos también la encontramos en algunas autoridades del gobierno, que necesitan servirse de los sindicatos y para eso corrompen a líderes sindicales. Entonces la corrupción está en tres partes y no en una sola.

En el desarrollo del tema que nos ocupa, es oportuno hacer la transcripción de la siguiente tesis jurisprudencial, revisarla con detenimiento, analizarla jurídicamente en todos sus términos: Jurisprudencia, Tesis 648, Registro No. 393541, Octava Época, Instancia Tribunales Colegiados de

Circuito, Apéndice de 1995, Tomo V, Parte TCC:

CONTRATO COLECTIVO. EN SU REVISIÓN SE PUEDEN REDUCIR PRESTACIONES.-

En la tesis número 31/93, publicada con el rubro: "CONTRATO COLECTIVO VIGENTE EN LA INDUSTRIA PETROLERA (1991-1993). SU CLÁUSULA CUARTA CONTRAVIENE LOS ARTÍCULOS 123, APARTADO "A", FRACCIÓN XXVII, INCISO H) CONSTITUCIONAL Y 394, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO", este Tribunal sostuvo que no se puede modificar el pacto colectivo en detrimento de los trabajadores; sin embargo, una mayor meditación en cuanto al tema, lo lleva a modificar dicho criterio. En efecto, el inciso h) de la fracción XXVII del artículo 123, Apartado "A", de la Constitución General de la República, dispone que serán nulas aquellas estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes; por su parte, el artículo 394 de la Ley Federal del Trabajo determina que ningún contrato colectivo podrá pactarse en condiciones menos favorables a las existentes en los contratos vigentes en la empresa o establecimiento. De la interpretación de la disposición constitucional, se infiere que la nulidad sobrevendrá cuando el derecho al que se renuncie esté previsto en la legislación, mas no en un contrato; y por lo que hace al precepto legal, de su lectura se advierte que se refiere a cuando por primera vez se va a firmar un contrato colectivo, si se atiende a que utiliza la palabra contrato en plural, y en un centro de trabajo no puede

Modificación de los contratos colectivos

159

existir mas de un contrato colectivo, según se desprende del contenido del artículo 388 del mismo ordenamiento legal; de ahí, que válidamente se puedan reducir prestaciones en la revisión de la contratación colectiva, siempre y cuando sean éstas de carácter contractual o extralegal.

En las normas de la Ley Federal del Trabajo encontramos al sindicato, asociación permanente de los trabajadores, creada para el mejoramiento y defensa de sus agremiados. El medio idóneo para buscar la superación de los trabajadores son los contratos colectivos; los beneficios de los contratos colectivos abarcan a todos los trabajadores, sindicalizados y no sindicalizados; abarcan a los trabajadores que prestan servicios a la empresa hoy y a los que vendrán mañana; abarcan incluso a los trabajadores disidentes del sindicato titular del contrato colectivo; consiguen que en las empresas los trabajadores del mismo nivel tengan las mismas prestaciones, es decir destierran los favoritismos.

Los contratos colectivos se deben revisar cada dos años, en cada ocasión los sindicatos buscan mejorar las condiciones de los trabajadores. Los trabajadores pueden emplear el derecho de huelga para establecer los contratos colectivos, para incorporar nuevos beneficios para ellos en cada revisión, para demandar del patrón el cumplimiento de las cláusulas cuando son violadas. La huelga es el recurso extremo de los trabajadores; mientras hay negociación con la empresa hay posibilidad de resolver los conflictos conciliatoriamente.

Cuando hablamos de sindicato, de manera necesaria abordamos el contrato colectivo, y nos ocupamos de la huelga, un medio de presión de los trabajadores para conquistar y hacer respetar los beneficios conquistados en los contratos colectivos. Para hablar en términos gráficos, cuando hablamos de huelga, estamos ante un triángulo equilátero, un triángulo de tres lados iguales. Un sindicato sin contrato colectivo de trabajo no tiene razón de ser, y un sindicato sin acceso a la huelga se pierde en su impotencia ante el patrón. Las tres instituciones, salvo algunas excepciones, se han mantenido sin cambios sustanciales en la Constitución y en la Ley.

Una de esas excepciones se incorporó en la reforma procesal de la Ley en 1980: recordemos que en el artículo 923 se troncha la huelga apenas habiendo entregado el sindicato el escrito de emplazamiento en la Junta; se califican los requisitos de forma –artículo 920- sin haber estallado la huelga; en las mismas circunstancias se califican los requisitos de fondo –artículo 450-, porque emplaza a huelga un sindicato que no es titular del contrato colectivo o porque un sindicato exige la firma del contrato no obstante existir un contrato ya depositado en la Junta de Conciliación y Arbitraje. Es posible que el sindicato emplazante no esté enterado de que el patrón favoreció la creación y registro de un sindicato dirigido por sus amigos, y que con ese sindicato haya firmado a escondidas un contrato colectivo, el comúnmente llamado “contrato de protección”.

Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

160

Recordemos que el artículo 926 dispone que, antes del estallamiento de la huelga, en la audiencia de conciliación, la Junta no puede prejuzgar sobre la existencia o inexistencia, justificación o injustificación de la suspensión de actividades. Ahora esas calificaciones las puede hacer la autoridad apenas presentado en la Junta el anuncio de la huelga con las peticiones al patrón. Esas calificaciones, esos pronunciamientos los hace la Junta de Conciliación y Arbitraje una vez estallada la huelga, cuando se promueve la inexistencia (Artículo 459).

En nombre de la “modernidad”, está de moda reducir los beneficios de los trabajadores en los contratos colectivos, tomando medidas de hecho o mediante convenios impuestos por la empresa, al margen de la legislación laboral. Los patrones presionan a los dirigentes sindicales o los corrompen, y acaban haciéndolos firmar la reducción de los beneficios de los trabajadores. Aquí se reflejan con toda claridad las consecuencias de las maniobras patronales de debilitar, por todos los medios posibles, a los sindicatos.

La reducción de los beneficios de los trabajadores despiertan muchas inquietudes. Vale la pena citar las siguientes tesis: Jurisprudencia, Tesis 114, contradicción de tesis 13/92. Entre las sustentadas por el Tercer y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo, ambos del Primer Circuito, 9 de agosto de 1993, Unanimidad de cuatro votos, Octava Época, Cuarta Sala, Tomo V, Parte SCJN:

CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO. LEGITIMACIÓN PARA

DEMANDAR INDIVIDUALMENTE LA INEFICACIA JURÍDICA DE UNA CLÁUSULA QUE PUEDE IMPLICAR RENUNCIA DE DERECHOS LABORALES.- Los trabajadores están legitimados para demandar, en lo individual, la ineficacia jurídica de una cláusula del contrato colectivo de trabajo, si estiman que la misma lesiona sus derechos fundamentales de índole laboral, sin que para ello sea necesario entablar una acción colectiva, ya que, en la hipótesis, no se está pretendiendo la revisión o modificación del contrato colectivo, sino únicamente a la inaplicabilidad de una cláusula que se estima violatoria de derechos laborales.

Tesis 454, Cuarta Sala, Sexta Época, Apéndice 2000, Tomo V, Trabajo, P.R.SCN. Genealogía: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CXXXII, Quinta Parte, página 51, Cuarta Sala:

SALARIOS, REDUCCIÓN A LOS.- No es exacto que toda reducción del salario, aun con el consentimiento del trabajador, esté prohibida, pues lo que nuestra legislación laboral prohíbe es que se pacte un salario inferior al mínimo (artículo 85 de la Ley Federal del Trabajo), o un salario que no sea remunerador (fracción XXVII del inciso h), del artículo 123 de la Constitución); por tanto, la reducción del salario con el consentimiento del trabajador, cuando no implica la fijación de un salario inferior al mínimo o que no sea remunerador, es válida.

Tesis de Jurisprudencia, 2ª.J. 3/99, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su

Modificación de los contratos colectivos

161

Gaceta, Tomo IX, Enero de 1999. Contradicción 2/97, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Noveno Circuito, 18 de noviembre de 1998:

CONTRATO Y CONVENIOS COLECTIVOS EN MATERIA DE TRABAJO. PUEDEN MODIFICARSE SIN TENER QUE CUMPLIR EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 426 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

El principio de la autonomía de la voluntad, que sostiene la libertad soberana de los individuos para obligarse contractualmente, se encuentra limitado, constitucional y legalmente, en materia de trabajo, con la finalidad de establecer el equilibrio entre patrones y trabajadores; sin embargo, debe entenderse que dicho principio rige en todos los aspectos no regulados por la Constitución, particularmente en su artículo 123, o por la Ley Federal del Trabajo, y que en ejercicio de su libertad, trabajadores y patrones pueden establecer derechos y obligaciones recíprocos. Una de las formas a través de las que pueden obligarse los sujetos de la relación laboral es el contrato colectivo de trabajo mediante el que se establecen las condiciones generales de trabajo que regirán en una o varias empresas o establecimiento y que puede ser modificado libremente por ellas a través de diversos convenios, sin necesidad de agotar el procedimiento establecido en el artículo 426 de la Ley Federal del Trabajo, en virtud de que tal disposición es una norma protectora de los trabajadores o de la fuente de trabajo, la cual garan-

tiza que por lo menos dicho acuerdo se revisará una vez al año, tratándose de salarios, y cada dos años, en los demás aspectos, y, precisamente, en ejercicio de su libertad de contratación, las partes patronal y trabajadora pueden buscar mejores opciones para la prestación del trabajo, todo esto en el entendido de que dicha modificación no implique una renuncia de los derechos mínimos consagrados constitucional y legalmente a favor de los trabajadores.

En la Constitución está prohibida la reducción de las prerrogativas de los trabajadores más allá de los mínimos establecidos en las leyes de protección de los trabajadores: Artículo 123, fracción XXVII, inciso h). El artículo 394 de la Ley dispone que el contrato colectivo de trabajo no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos vigentes en la empresa o establecimiento. Son nulas las condiciones de trabajo inferiores a lo dispuesto en la Constitución, en la Ley y en las normas denominadas contratos colectivos.

En este punto es necesario analizar detenidamente, teniendo presente el carácter protector de la legislación laboral, la tesis jurisprudencial siguiente: Tesis de jurisprudencia 2ª./J.40/96, Segunda Sala, Novena Época, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, Agosto de 1996. Contradicción de tesis 21/95, entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y el Segundo Tribunal

Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

162

Colegiado del Décimo Noveno Circuito, 29 de marzo de 1996 :

CONTRATO COLECTIVO. EN SU REVISIÓN SE PUEDEN REDUCIR LAS PRESTACIONES PACTADAS POR LAS PARTES, SIEMPRE Y CUANDO SE RESPETEN LOS DERECHOS MÍNIMOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL TRABAJADOR.-

De conformidad con el artículo 123, apartado "A", fracción XXVII, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, serán nulas las estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección de auxilio a los trabajadores. A su vez, el artículo 394 de la Ley Federal del Trabajo establece que ningún contrato colectivo podrá pactarse en condiciones menos favorables a las existentes en los contratos vigentes en la empresa o establecimiento. De la interpretación sistemática de ambos preceptos, se infiere que la nulidad a que se refiere el precepto constitucional sobrevendrá cuando el derecho al que se renuncie esté previsto en la legislación, mas no en un contrato; ello se afirma porque de la lectura del precepto legal de que se trata, se advierte que se refiere a cuando por primera vez se va a firmar un contrato colectivo, pues el empleo en dicho numeral de la palabra "contratos", así en plural, implica que se refiere a los contratos de trabajo individuales que existen en la empresa o establecimiento, antes de que por primera vez se firme un contrato colectivo, dado que en un centro de trabajo no puede existir más de uno de los mencionados contratos

colectivos, según se desprende del contenido del artículo 388 del mismo ordenamiento legal; de ahí que válidamente se puedan reducir prestaciones en la revisión de la contratación colectiva, siempre y cuando sean éstas de carácter contractual o extralegal; estimar lo contrario, podría implicar la ruptura del equilibrio de los factores de la producción (capital y trabajo) y en algunos casos, la desaparición misma de la fuente laboral.

Habiendo ya un contrato colectivo, el artículo 394 está señalando la posibilidad de que se firme un nuevo contrato colectivo, o de que se revise el existente. El artículo 394 prohíbe que se reduzcan los beneficios de los trabajadores establecidos en contratos colectivos ya existentes en la empresa. Para nada se está refiriendo este artículo a la determinación de menores beneficios que los establecidos en los contratos individuales de trabajo existentes en la empresa. No hace referencia a contratos individuales, se refiere a otros contratos colectivos que pueda haber en esa empresa.

En una empresa puede haber al mismo tiempo varios contratos colectivos de trabajo, como lo prevén, respectivamente, las fracciones II y III del artículo 388 de la Ley Federal del Trabajo:

- a) Si concurren sindicatos gremiales, el contrato colectivo se firmará con el conjunto de sindicatos que agrupen a más trabajadores que representen a las profesiones u oficios, siempre que se pongan de acuerdo; si no es así, cada sindicato celebrará un contrato colectivo para su profesión u oficio, y
- b) Si concurren sindicatos gremiales y

Modificación de los contratos colectivos

163

de empresa o de industria, podrán los primeros celebrar un contrato colectivo para su profesión u oficio, siempre que el número de afiliados sea mayor que el de los trabajadores de la misma profesión u oficio que formen parte del sindicato de empresa o de industria. A estos supuestos se refiere el citado artículo 394.

El artículo 123 constitucional, fracción XXVII, inciso h) dispone la nulidad de las estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores. El precepto habla de leyes, es decir de normas expedidas por el Congreso de la Unión. La Ley Federal del Trabajo reglamenta las normas de la Constitución para hacer viable su aplicación en la vida práctica y puede fijar situaciones que beneficien a los trabajadores, pero no que los perjudiquen, tomando como referencia el mínimo de prerrogativas fijado en la norma constitucional, en la ley laboral o en el contrato colectivo vigente en la empresa.

Del texto del artículo 5º, fracción XIII, de la Ley Federal del Trabajo, se deriva, se pone en claro, que por norma de trabajo debemos entender la norma creada por el Poder Legislativo, pero también las normas creadas por las partes en el contrato colectivo de trabajo, que rigen las condiciones de trabajo en toda la empresa, de manera obligatoria, no de modo optativo (Artículo 390, segundo párrafo, 396 y 414).

La fracción XIII del artículo 5º dispone: No producirá efecto legal, la estipulación que establezca renuncia por parte del trabajador de cualquiera de

los derechos o prerrogativas consignados “en las normas de trabajo”. Es decir, en las normas de trabajo están incluidas las cláusulas del contrato colectivo que fijan negociadamente el patrón y el sindicato, que contienen beneficios para los trabajadores; son condiciones generales y concretas, que rigen las relaciones laborales en la empresa; es decir, son normas de trabajo.

Es necesario reiterar que la ley laboral establece un solo camino para reducir los beneficios de los trabajadores contenidos en un contrato colectivo de trabajo o en un contrato-ley, ese camino lo señala el artículo 426, es la vía del procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica que está regulado del artículo 900 al 919.

“Artículo 426. Los sindicatos de trabajadores o los patrones podrán solicitar de las Juntas de Conciliación y Arbitraje la modificación de las condiciones de trabajo contenidas en los contratos colectivos o en los contratos ley;

“I.- Cuando existan circunstancias económicas que la justifiquen; y

“II.- Cuando el aumento del costo de la vida origine un desequilibrio entre el capital y el trabajo.

“La solicitud se ajustará a lo dispuesto en los artículos 398 y 419, y se tramitará de conformidad con las disposiciones para conflictos colectivos de naturaleza económica”.

La empresa pondrá a disposición de la Junta la información de que disponga sobre su situación económica para justificar la solicitud de reducir el

Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

164

personal, aumentar la jornada de trabajo, aumentar los días de trabajo a la semana, disminuir los salarios y, en general, modificar las condiciones de trabajo en la empresa (Artículo 919).

Los trabajadores pondrán a disposición de la Junta la información de que dispongan sobre la situación económica de la empresa, y le pueden solicitar que realice peritajes económicos para conocer la situación económica real del patrón.

Hablamos de conflictos colectivos económicos. Conviene recordar que estos conflictos colectivos se presentan cuando se afecta el vínculo profesional entre la empresa y los trabajadores, vínculo expresado en el contrato colectivo o en el contrato-ley. En los conflictos económicos el patrón y el sindicato acuerdan el establecimiento, modificación, suspensión o terminación de las condiciones de trabajo, condiciones de trabajo contenidas en el contrato colectivo o en el contrato-ley.

Es interesante tener presente el siguiente criterio jurisprudencial que se relaciona con la clasificación de los conflictos colectivos de trabajo. Tesis IV.3º.45 L, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VI, Octubre de 1997:

NIVELACIÓN DE SALARIOS, ACCIÓN DE. NO TIENE EL CARÁCTER DE UN CONTRATO COLECTIVO.- De acuerdo con los artículos 900 y 903 de la Ley Federal del Trabajo, un conflicto de trabajo, para ser clasificado como colectivo, necesariamente tiene que reunir las siguientes carac-

terísticas: a) la acción o las acciones ejercidas deben tener por objeto la implantación en la empresa o establecimiento de nuevas condiciones de trabajo o la modificación de las existentes; b) la suspensión o terminación en las relaciones colectivas de trabajo; y c) la acción o las acciones a que se refieren los incisos precedentes, deben ser planteadas exclusivamente por los sindicatos de trabajadores titulares de los contratos colectivos de trabajo, por la mayoría de los trabajadores de una empresa o establecimiento, siempre que se afecte el interés profesional, o por el patrón o patrones; por lo que si la acción que hacen valer los trabajadores consiste en la nivelación de salarios, fundada en una cláusula del contrato colectivo de trabajo, no puede calificarse como colectiva, porque no tiene por objeto la implantación de nuevas condiciones de trabajo o la modificación de las ya existentes, ni tampoco la suspensión o terminación de las relaciones colectivas de trabajo, por lo que la afectación del interés profesional no deriva del reclamo de una nivelación salarial, toda vez que ésta es una acción de naturaleza individual al establecerse en una cláusula del contrato colectivo de trabajo, cuyo contenido no es sino el reflejo de lo establecido en los artículos 123, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 86 de la Ley Federal del Trabajo.

Para resolver la solicitud de la empresa de reducir los beneficios de los trabajadores en los contratos colectivos o en los contratos-ley, la Junta analiza la información de que dispon-

Modificación de los contratos colectivos

165

ga, que le hayan proporcionado las partes o que la Junta por sí misma se haya hecho llegar. Con respeto a los mínimos establecidos en las normas laborales, La Junta de Conciliación y Arbitraje dicta resolución teniendo como directriz el artículo 919, que se ocupa de los laudos en los conflictos colectivos económicos:

“Artículo 919.- La Junta, a fin de conseguir el equilibrio y a justicia social en las relaciones entre los trabajadores y patrones, en su resolución podrá aumentar o disminuir el personal, la jornada, la semana de trabajo, los salarios y, en general, modificar las condiciones de trabajo de la empresa o establecimiento; sin que en ningún caso pueda reducir los derechos mínimos consignados en las leyes”

Sólo hay un camino que la Ley del Trabajo establece para reducir los beneficios de los trabajadores, es el procedimiento de los conflictos colectivos económicos, regulado en los artículos 426 y 900 a 919 de la Ley.

En conclusión: Sólo la Junta de Conciliación y Arbitraje está autorizada para reducir los beneficios de los tra-

bajadores (Artículo 919). Lo hace en un procedimiento en el que cada una de las partes puede exponer lo que a su interés convenga; cada una de las partes puede aportar las pruebas que considere necesario; y la Junta resuelve con base en el derecho. Es decir ninguna de las partes está presionada, no hay arreglos tramposos; la Junta escucha a las partes y resuelve de manera fundada y motivada.

La Ley, dentro de este procedimiento de los conflictos colectivos económicos, sí dispone que la empresa y el sindicato pueden llegar a conciliarse y que el convenio a que lleguen, la Junta lo validará en los términos del artículo 901. Ese convenio tiene validez de laudo ejecutoriado, es decir de sentencia definitiva. Se subraya: La Ley, en atención al ambiente de corrupción que con frecuencia invade las áreas de la justicia del trabajo, no abre la posibilidad de otro tipo de convenios que pudieran celebrarse entre el patrón y los líderes sindicales.

Es válido modificar los contratos colectivos para beneficiar a los trabajadores, no para arrebatarles los beneficios que han conquistado.

Panorama de las finanzas públicas 2011

Héctor Benito Morales Mendoza*

Sumario: I. Marco Teórico II. Entorno internacional III. Evolución de la Economía Nacional IV. Finanzas públicas nacionales 2011 V. A manera de conclusiones: prospectiva para 2011.

El tema de las finanzas públicas es por naturaleza, como se sabe, extenso y complejo, aún y cuando la visión del análisis que se pretenda realizar sea sólo panorámica, pues involucra factores no sólo económicos, sino también políticos, jurídicos, sociales e inclusive de preservación de los recursos naturales y mejoramiento del ambiente. De aquí que cuando de las finanzas públicas se trate resulte conveniente hacer referencia a ciertos aspectos que, aunque mínimos, resultan esenciales para este tema, organizados en los siguientes apartados: marco teórico de referencia; entorno económico internacional mundial y regional; evolución de la economía nacional; análisis de las finanzas públicas nacionales, a partir del llamado “paquete económico” y de los datos de cierre de 2010, que se fueron dando a conocer paulatinamente desde finales de enero y durante febrero y marzo de 2011, así como de las más recientes estimaciones disponibles del primer trimestre de 2011 y, finalmente, un apartado de comentarios en prospectiva sobre las finanzas públicas para el resto del año.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Especialidad y Maestría en Finanzas Públicas. Profesor de Carrera Titular B tiempo completo, Titular por oposición en la materia de Teoría General del Estado, imparte además las materias de Teoría Económica, Derecho Económico, Políticas Públicas y Finanzas Públicas. Coautor en la Obra Colectiva Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia y Centenario de la Revolución. Ponente en diversos seminarios y conferencias relacionadas con las materias económicas.

I. MARCO TEÓRICO

El Estado requiere para el cumplimiento de sus funciones de medios materiales a cuya obtención, manejo y aplicación se encamina la actividad financiera que de manera cotidiana realiza y que es objeto esencial de las finanzas públicas, que así se constituyen como uno de los instrumentos más importantes de intervención estatal en la vida económica y social con gran carga política, ya que el Estado, en términos de Faya Viesca, "... dirige su actividad diaria hacia grandes objetivos y metas sociales y económicas. La selección de objetivos socioeconómicos, la obtención de medios para alcanzarlos, las erogaciones que realiza y la administración y gestión de los recursos patrimoniales son varias de las tareas más importantes del Estado, que constituyen precisamente la actividad financiera. Con la palabra "financiero" se designa generalmente a todo lo concerniente a la Hacienda Pública."¹, incluyendo ingresos y egresos que obtiene y realiza el Estado y que destina a la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Las finanzas públicas han ocupado de manera constante y creciente la atención de los gobiernos, de los políticos, de los especialistas y de la sociedad en su conjunto, con mayor insistencia desde las últimas tres décadas del siglo pasado y con gran

intensidad en lo que va de este siglo, a resulta de la importancia de los distintos aspectos de diversa naturaleza que las rodean, así como de su impacto y de los resultados económicos, políticos, sociales e inclusive ambientales, que de su aplicación se derivan y que han incidido, uno a uno o en diferentes combinaciones, en el desempeño de las economías, tanto desarrolladas, como emergentes.

Lo que ocurra en materia de finanzas públicas y de la política económica que las instrumente afecta a todos al interior de los países pero también, por efecto de la globalidad, repercute en otras economías nacionales, en ámbitos regionales o en el entorno internacional. Tal circunstancia obliga a tomar también en cuenta, para el diseño de las finanzas públicas y de los marcos de política económica, distintas variables exógenas presentes en el entorno económico internacional que pueden influir, y de hecho influyen, en el comportamiento de las economías domésticas, como es el caso del crecimiento económico mundial y regional esperados, los precios internacionales del petróleo o de los commodities, las tasas de inflación o desempleo, en procura de preservar la sostenibilidad de las finanzas públicas, pues ingresos y gastos públicos son sensibles y vulnerables a los cambios que se relacionan con la estabilidad macroeconómica interna y/o externa.

¹ Faya Viesca, Jacinto. *Finanzas Públicas*, Quinta Edición, Ed. Porrúa S. A., México, 2000, p. 2.

Panorama de las finanzas públicas 2011

169

II. ENTORNO INTERNACIONAL

A partir de las consideraciones anteriores, por tanto, nuestras primeras reflexiones se encaminan al análisis de la situación imperante en el entorno internacional a lo largo de 2010.

En el transcurso de ese año, algunas opiniones consideraron que la economía mundial caminaba hacia la recuperación después de enfrentar la peor crisis, financiera y luego económica, de que se tenga memoria que, como ahora acepta el gobierno en los Criterios Generales de Política Económica 2011 (CGPE), después de negarlo sistemáticamente en el discurso oficial, "... tuvo efectos negativos sustanciales sobre la actividad económica y las finanzas públicas de nuestro país..."², misma que empezó a perfilarse de manera concreta desde 2007 y manifestó en 2008 abiertamente su presencia, crisis que se considera fue resultado de la liberalización financiera de las últimas dos décadas, que no fue acompañada de una nueva regulación adecuada, y del exceso de liquidez global generado principalmente por los Estados Unidos.

Desde finales de 2009 y durante la primera mitad de 2010, en un ambiente de incertidumbre en el que hubo constantes ajustes a las predicciones económicas de los gobiernos,

de los organismos multilaterales y de los especialistas, algunos países de la zona euro vieron cuestionada la sostenibilidad de sus finanzas públicas, obligándolos a anunciar rigurosos programas de ajuste fiscal³. Tanto los problemas fiscales que confrontaban, como la evolución de la economía norteamericana y la política monetaria más restrictiva en China, llevaron desde finales de abril a un incremento de la volatilidad en los mercados financieros internacionales que persiste a la fecha. Esto es, a pesar de su desempeño económico, ligeramente positivo, la zona euro sigue observando una volatilidad elevada en sus mercados financieros desde el primer semestre de 2010, resultado de la incertidumbre sobre la sostenibilidad fiscal de algunas de las economías de la zona que la llevó a incrementos en el riesgo soberano y caídas en los índices accionarios. El Fondo Monetario Internacional (FMI) estimaba que

² Criterios Generales de Política Económica 2011, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 2010, p. 3.

³ "En respuesta a la incertidumbre sobre la situación fiscal, se implementaron medidas de ajuste para restablecer la confianza y la sostenibilidad fiscal. Entre estos destacan programas de ajuste fiscal que llevarán a reducciones en el déficit público de 6.7 por ciento del PIB en Grecia, 6.8 por ciento en España, 2.3 por ciento en Italia, 8.7 por ciento en Irlanda, 5.5 por ciento en Portugal y 9.0 por ciento en el Reino Unido. De forma complementaria, se estableció un Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (European Financial Stability Facility) con 500 mil millones de euros de aportaciones de los miembros de la Zona del Euro y un préstamo del FMI por 250 mil millones de euros, entre otras medidas. Criterios Generales de Política Económica 2011, p. 11.

en 2010 la actividad económica de la zona euro crecería 1.0 por ciento y que la inflación se ubicaría en 1.1 por ciento.

II.1. ESTADOS UNIDOS

La gran dependencia de nuestra economía de la de Estados Unidos nos obliga a tomar en cuenta lo que pase, o pueda pasar, en ese país en el que la economía dio algunos signos de recuperación, a partir del tercer trimestre de 2009 y hasta el segundo trimestre de 2010, periodo en el que las tasas trimestrales, sin dejar de ser positivas, fueron disminuyendo gradualmente a lo largo de 2010 a consecuencia de un menor efecto del estímulo fiscal que se implementó desde 2009.

De acuerdo con estimaciones del FMI, el PIB de los Estados Unidos crecería 3.3 por ciento durante 2010 y 3.0 por ciento estimado en 2011. El crecimiento registrado durante 2010 de la economía norteamericana, en promedio, ascendió únicamente a 2.8 por ciento, de acuerdo a la información del Departamento de Comercio de los Estados Unidos al 25 de marzo de este año. El propio FMI considera que para el 2015 la economía de los BRIC superará a la de Estados Unidos.

La lenta recuperación en las condiciones económicas en los Estados Unidos se reflejó en un leve crecimiento de la producción industrial de ese país desde el segundo semestre de 2009 y hasta el primer semestre de 2010, mientras que en su mercado laboral la

tasa de desempleo se ubicó en 9.5 por ciento en julio de 2010, con una recuperación de 654 mil puestos de trabajo en los primeros siete meses del año, todo esto con importantes repercusiones para la economía mexicana.

II.2. PRECIOS INTERNACIONALES DEL PETRÓLEO

Otro factor a considerar para efectos de las finanzas públicas, de obvia importancia para nuestro país, son los precios internacionales del petróleo que, conforme a los CGPE 2011⁴, mostraron “una alta volatilidad en los primeros ocho meses de 2010”, pero que según el análisis realizado por el Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados (CEFPCD) sobre dichos Criterios, “...los reportes estadísticos indican lo contrario, ya que la diferencia entre el precio promedio mensual más bajo y el más alto de la mezcla mexicana de exportación fue de apenas 7.15 dólares para el periodo enero-agosto...”⁵

En consonancia con lo anterior el propio CEFPCD agregó que “desde la recuperación económica de mediados de 2009, los precios internacionales del petróleo no volvieron a registrar un repunte importante”⁶, tan es así que el

⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁵ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, Análisis Criterios Generales de Política Económica 2011, CEFPCD/017/2010, Cámara de Diputados, México, 2010, p. 20.

⁶ *Ibid.*

Panorama de las finanzas públicas 2011

171

precio promedio del WTI en agosto de 2010 fue de 76.79 dólares por barril (dpb), para un incremento de sólo 5.72 dpb respecto al precio promedio de agosto de 2009; el BRENT con igual tendencia, ya que en ese mismo mes su precio promedio fue de 77.83 dpb con apenas 5.01 dpb arriba del observado en 2009 y la mezcla mexicana que, durante el mismo periodo, desplazó su precio promedio sólo 2.68 dpb, al ubicarse en 68.26 dpb.

Esta tendencia en los precios de los crudos de referencia para el periodo enero-agosto de 2010, consideró el propio CEFPCD, "... obedeció a la moderada volatilidad de los principales mercados bursátiles y del dólar frente a las principales divisas del mundo, así como, al retraso de la recuperación económica mundial y en consecuencia a la menor demanda de energéticos, lo que propició que los inventarios de los principales productores y exportadores de petróleo, entre ellos Arabia Saudita, Rusia, Estados Unidos, Irán, China, Canadá, México, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Venezuela, Brasil, Irak y Nigeria, se mantuvieran en niveles favorables."⁷

Se esperaba que el mercado petrolero podría iniciar un proceso de recuperación para finales de 2010 y se podría fortalecer hacia la segunda mitad del 2011, previendo que el precio del WTI y del BRENT superaría los 82.0 dpb y la mezcla mexicana de exportación alcanzara los 75.0 dpb, precio mayor al propuesto en el paque-

te económico de 63.0 dpb y al aprobado, al final, de 65.40 para todo 2011.

La previsión no se cumplió para 2010 pues a finales de ese año el precio de la mezcla mexicana fue de 72.05 dpb, aunque se está cumpliendo, coyunturalmente para el primer trimestre de 2011, por los problemas de África del norte y del Medio Oriente, en especial de Egipto y Libia, país este último que ha dejado de suministrar al mercado más de un millón diario de barriles de petróleo que Arabia Saudita se ha comprometido a reponer, problemas a causa de los cuales se elevaron los precios de los crudos de referencia, el WTI a 97.28 dpb, el BRENT a 119.79 dpb y de la mezcla mexicana hasta los 97.25 dpb al 25 de febrero de 2011,⁸ y se siguen incrementando pues, en tan sólo un mes, los precios ascendieron, el WTI a 104.77 dpb, el BRENT a 115.20 dpb y la mezcla mexicana a 103.87 dpb, esto es 38.47 dpb por arriba del precio aprobado para ésta para el 2011. Al 26 de abril la cotización ascendió a 111.51 dpb para una diferencia de 46.11 dpb.

II.3. PRECIOS DE OTRAS MATERIAS PRIMAS

Pero además de los precios internacionales del petróleo se deben tomar en cuenta, a propósito de nues-

⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁸ H. Mariano, Efraín y Rodríguez, Eleazar. Escaló a un máximo de 103.41 dls. el crudo WTI en el Nymex, *El Financiero*, Año XXX, No. 8272, México, 25 de febrero de 2011, p. 9A.

tras finanzas públicas, los precios de otras materias primas no petroleras. En este aspecto en los CGPE 2011⁹ se esperaba que los precios de estas materias continuaran con una tendencia moderada al alza en lo que restara del año y a lo largo de 2011, situación que considero no sucederá.

Al respecto, el CEFPCD admitió con mayor objetividad que, “en el corto plazo, es probable una alta volatilidad en los precios internacionales de algunos commodities, en particular de granos como el trigo, el maíz y el arroz, debido a que han presentado un alza de precios en los últimos dos meses.” El incremento del precio del trigo, ocasionado por la suspensión de las exportaciones que efectúa Rusia de ese grano, señala el propio CEFPCD, “redujo el abasto mundial, generando presión en los precios del maíz y el arroz, ya que la demanda se orientó a la compra de esos granos provocando, en consecuencia, aumentos de 6.1 y 6.5 por ciento en sus precios, en ese orden, entre la primera semana de julio y la última de agosto.”¹⁰ A la fecha el precio del trigo ha tenido un incremento superior al 100 por ciento contando desde junio de 2010, con lo que el Banco Mundial estimó se está empujando a millones de personas a la pobreza, sin contar los incrementos, que el FMI registra

al 26 de abril¹¹, a los precios del maíz de 82.6 por ciento, del azúcar de 37.1 por ciento, del café de 77.0 por ciento, del aceite de soya de 43.2 por ciento, del algodón de 167.7 por ciento, del estaño de 74.7 por ciento y del cobre de 27.3 por ciento, entre otros, que sin duda acelerarán la marcha hacia la pobreza.

El incremento, real o especulativo, en los precios internacionales de los granos básicos a la fecha ya afecta los precios internos de los mismos, pues nuestro país, ante la insuficiente producción nacional, importa el 42.0 por ciento de trigo, el 24.6 por ciento de maíz y el 74.1 por ciento de arroz, entre otros. Con ello, el crecimiento de los precios de estos granos seguramente incidirá en la tasa de inflación de los alimentos y, por consiguiente, en la tasa de inflación general que se estima, en el marco macroeconómico, de 3.0 por ciento.

II.4. RECUPERACIÓN DE LA ECONOMÍA MUNDIAL

Para el FMI¹² la recuperación mundial avanza aunque en forma desigual, pues se lleva a dos velocidades

¹¹ Becerril, Isabel y Zepeda, Clara. Insuños “ahogan” a las empresas: CMHN, Año XXX, número 8311, México, 26 de abril de 2011, primera plana.

¹² Perspectivas de la economía mundial AL DÍA, Actualización de las proyecciones centrales, La recuperación mundial avanza, pero sigue siendo desigual, Washington, D. C., 25 de enero de 2011. p. 1.

⁹ Criterios Generales de Política Económica 2011, p. 15.

¹⁰ Análisis Criterios Generales de Política Económica 2011, pp. 21 y 22.

Panorama de las finanzas públicas 2011

173

en las que, por una parte, las economías avanzadas continúan con un “crecimiento que sigue siendo tenue y el desempleo aún es elevado”, recuperación en la que “el reavivamiento de las tensiones en la periferia de la zona del euro está contribuyendo a los riesgos a la baja” y, por la otra, muchas economías emergentes continúan con una actividad que sigue siendo fuerte, pero en las que están surgiendo presiones inflacionarias y hay ahora algunos indicios de recalentamiento, en parte debido a la fuerte afluencia de capitales.

En este fluctuante e incierto contexto, el propio FMI¹³ ha estimado que la actividad mundial se expandió a una tasa anualizada que superó apenas el 3.5 por ciento en el tercer trimestre de 2010 y señala que, desde el segundo semestre de 2010, las condiciones financieras mundiales mejoraron en términos generales, en un entorno de persistentes vulnerabilidades.

Sin embargo, el FMI reconoce que persistieron focos de vulnerabilidad y los mercados inmobiliarios y los ingresos de los hogares continuaron siendo débiles en algunas grandes economías avanzadas (por ejemplo, Estados Unidos) y además, en una repetición de los sucesos de mayo pasado¹⁴, la turbulencia financiera volvió a surgir en la periferia de la zona del euro en el último trimestre de 2010. Las inquietudes en torno a las pérdidas del sector bancario y la sostenibilidad fiscal, despertadas en este caso por la situación

de Irlanda, Grecia y España y, gravemente, ahora Portugal, condujeron a un aumento de los diferenciales en estos países, que en algunos casos marcaron máximos no vistos desde la creación de la Unión Económica y Monetaria Europea.

III. EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA NACIONAL

Como es claro los Estados en el entorno mundial no son ajenos a tal acontecer y México, desde luego, no es la excepción. Nuestro país también ha recibido el impacto de la globalidad neoliberal que al interactuar con la actividad económica interna conforma el comportamiento de nuestra específica realidad económica, cuyo PIB ascendió a 5.5 por ciento a 2010 según datos al 25 de febrero de 2011, tasa de crecimiento anual que según el Informe sobre la Situación Económica, las Finanzas Públicas y la Deuda Pública¹⁵ (ISEFPDP) ascendió, en realidad, a 5.3 por ciento.

III.1. ¿CÓMO EVOLUCIONÓ LA ECONOMÍA EN 2010?

Grandes trazos se puede señalar que, según la Secretaría de

¹³ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁵ Informe sobre la Situación Económica, las Finanzas Públicas y la Deuda Pública, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 2011, p.1

Hacienda y Crédito Público (SHCP)¹⁶, al primer semestre de 2010, la economía mexicana se vio favorecida por un incremento de las exportaciones, principalmente, del sector automotriz que se reflejó positivamente en el PIB. Para el segundo semestre de ese mismo año la propia secretaría esperaba que continuara la recuperación, aunque a menores tasas de crecimiento a las observadas en el primer semestre, como resultado de la desaceleración económica que se esperaba continuaría en los Estados Unidos, afectando la demanda externa de la economía mexicana. Sin embargo la misma dependencia esperaba que la dinámica económica nacional se compensaría, parcialmente, por el impulso de la demanda interna que se supone seguía creciendo de manera moderada.

En sentido contrario el CEFPCD consideró, que el Indicador Global de la Actividad Económica (IGAE)¹⁷, con

cifras ajustadas por estacionalidad¹⁸, revelaba que la economía había perdido dinamismo y no mostraba una pauta definida, y dados los resultados mixtos observados se podía prever que no tendría un impulso significativo para el segundo semestre de 2010. En efecto, durante el segundo semestre de 2010 el IGAE registró un crecimiento promedio de 5.2 por ciento, menor al alcanzado durante los primeros seis meses del año.

III.2. DEMANDA EXTERNA

En efecto, el mismo CEFPCD observó que la demanda externa estaba perdiendo dinamismo, pues mientras que en el cuarto trimestre de 2009 las exportaciones mexicanas totales, bajo cifras ajustadas por estacionalidad, aumentaron 14.16 por ciento con respecto al trimestre inmediato anterior, para el segundo trimestre de 2010 representaron un incremento de sólo 5.25 por ciento, por lo que el impulso de la demanda externa sobre la dinámica de la economía mexicana sería menor.

¹⁶ Criterios Generales de Política Económica 2011, p. 20.

¹⁷ Para la elaboración del Indicador se utiliza el esquema conceptual y metodológico de la contabilidad nacional, mismo que sigue el cálculo del Producto Interno Bruto (PIB) trimestral. Así, el IGAE se expresa mediante un índice de volumen físico base 2003=100. La información básica que incorpora el IGAE es preliminar y no incluye las actividades económicas como el PIB trimestral. <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Boletines/Boletin/metabol11.asp?s=inegi&c=296>

¹⁸ "... Analizar la serie desestacionalizada ayuda a realizar un mejor diagnóstico y pronóstico de la evolución de la misma, ya que facilita la identificación de la posible dirección de los movimientos que pudiera tener la variable en cuestión, en el corto plazo." Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Comunicado núm. 024/11, Aguascalientes, Ags., 3 de febrero de 2011.

Panorama de las finanzas públicas 2011

175

III.3. DEMANDA INTERNA

Por lo que toca a la demanda interna se observó un dinamismo moderado, pues su fortalecimiento y contribución al crecimiento económico están asociados a una mayor generación de empleos formales y bien remunerados y si bien, en agosto de 2010, habían 14 millones 515 mil 358 trabajadores permanentes y eventuales asegurados en el IMSS, esta cifra fue mayor en sólo 39 mil 523 personas respecto a su nivel máximo observado en octubre de 2008, esto es, al mercado laboral le llevó casi dos años en recuperar su nivel máximo de empleos formales registrados en 2008. Se debe puntualizar que "...la mayor parte de los empleos que se han creado en la economía recientemente son mal pagados, dos salarios mínimos como máximo, y existen más de 12 millones de personas en la informalidad."¹⁹

III.4. INVERSIÓN

Por otro lado y en lo que toca a la inversión se observó un bajo incremento, ya que durante junio de 2010 únicamente aumentó 0.57 por ciento en comparación con el mismo

mes de 2009 y su nivel continúa por debajo de su máximo observado en octubre de 2008, lo que implica una caída acumulada de la inversión de 15.07 por ciento. En el primer semestre de 2010, la inversión apenas contribuyó con el 2.41 por ciento del crecimiento del PIB, mientras que en el mismo periodo de 2008 aportó el 41.0 por ciento. Esto indica que la participación de la inversión en la dinámica del producto ha sido marginal.

Pero eso no es todo, porque al mismo tiempo y en contra sentido habría que considerar que en 2010, con datos del Banco de México (BM)²⁰, al 26 de febrero de 2011, se realizaron inversiones y depósitos bancarios por empresarios mexicanos, no en nuestro país sino fuera de él, por 31 mil 113 millones de dólares, 79.0 por ciento más que en 2009, monto que casi duplicó en 2010 el ingreso de divisas por inversión extranjera directa por 17 mil 726 millones de dólares. En lo que va de esta administración las transferencias de mexicanos al exterior han sumado 58 mil 444.2 millones de dólares que equivalen al 51.0 por ciento del saldo de la reserva internacional de divisas al cierre del año pasado, que fue de 113 mil 597 millones de dólares. "Así, la única fuente de reactivación de la demanda que podría desempeñar un papel importante en la aceleración de la actividad económica en el corto y mediano plazo es

¹⁹ Sánchez Vargas, Armando (coordinador), Situación y perspectivas de la economía mexicana, Boletín Trimestral de Prospectiva, No. 1, Coordinación de Análisis Macroeconómico Prospectiva, Instituto de Investigaciones Económicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 3.

²⁰ González Amador, Roberto. Aumentaron 79% las inversiones y depósitos de mexicanos fuera del país, La Jornada, Año 27, Número 9533, México, 26 de febrero de 2011, p. 29.

el gasto público. Sin embargo, [...] sin una definición de una reforma fiscal que aumente los ingresos mediante la ampliación de la base de contribuyentes y la eliminación de regímenes preferenciales, y sin la administración eficiente del gasto público, no es posible que éste se convierta en un impulsor de la recuperación económica.”²¹

III.5. BALANZA COMERCIAL

Por otra parte y con relación a la balanza comercial es importante mencionar que a partir del cuarto trimestre de 2009, el sector exportador del país impulsó la leve recuperación de la actividad económica, hecho que, desde luego, estuvo asociado a una ligera recuperación del mercado de los Estados Unidos a que ya hemos hecho referencia. Sin embargo, por efecto de la desaceleración posterior de la economía estadounidense, tanto el valor de nuestras exportaciones, como su dinamismo se vieron frenados. Destaca la caída de las exportaciones de la industria automotriz, pues en julio se incrementaron a una tasa anual de 64.2 por ciento, en tanto que en junio se habían expandido a una tasa anual de 103.9 por ciento, sobre todo porque tenemos un sector manufacturero de exportación básicamente maquilador, cuya producción suele caracterizarse por una produc-

ción de poco valor agregado que impide la integración de cadenas productivas internas.

III.6. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

En específico, con relación a la Inversión Extranjera Directa (IED), que como se ha dicho fue inferior a la salida de capitales de mexicanos al exterior, se proyectó un flujo de más de 17 mil millones de dólares, de cuyo total la cantidad mayor se debió a nuevas inversiones que ascendieron a 7 mil 920.9 millones de dólares e integraron el 64.7 por ciento del total de inversión captada, pero esta nueva IED a México se originó, principalmente, por la transacción entre la empresa mexicana Fomento Económico Mexicano (FEMSA) y la holandesa Heineken, que consistió en la venta del 100 por ciento de las acciones de la unidad cervecera de la primera a cambio de que ésta tuviera una participación accionaria del 20.0 por ciento en el Grupo Heineken.

III.7. INVERSIÓN EXTRANJERA INDIRECTA

Con respecto a la inversión de cartera uno de los principales riesgos que enfrenta la economía mexicana es la volatilidad que persiste en los mercados financieros internacionales, derivada de la incertidumbre que

²¹ Sánchez Vargas, A., Situación y perspectivas de la economía mexicana, Boletín Trimestral de Prospectiva, No. 1, p. 4.

Panorama de las finanzas públicas 2011

177

rodea la situación fiscal de algunos países de la zona euro y de la inseguridad respecto de la fortaleza de la reactivación económica mundial. Al primer semestre de 2010, la inversión de cartera ya integraba el 40.0 por ciento de la inversión total e incrementó en 7 veces el monto de igual semestre de 2009, situándose en 8 mil 160.8 mdd. Al cierre de 2010 se contabilizó un saldo 23 mil 769.0 mdd en inversión especulativa que superó la entrada de inversión extranjera directa lo cual no ocurría desde 1993 según datos al 28 de febrero de 2011.

El grueso de los capitales se han colocado básicamente en el mercado de dinero por el amplio diferencial de tasas de interés que persiste entre México y las economías avanzadas, particularmente con los Estados Unidos, país que como parte de los diversos estímulos monetarios que implementó para hacer frente a la crisis económica, situó al objetivo para la Tasa de los Fondos Federales en un rango de entre 0.0 y 0.25 por ciento a partir de diciembre de 2008, mientras que el Banco de México fijó el objetivo para la tasa de interés interbancaria en 4.50 por ciento desde de julio de 2009.

Por lo que puede observarse, la llegada de capitales a México está condicionada a factores externos y está sujeta a riesgos importantes asociados a la pérdida de atractivo en tasas de interés que puede registrar nuestro país, riesgos que ya se están presentando pues a finales de 2010, diversas economías empezaron a retirar los estímulos monetarios incrementa-

do su tasa de interés de referencia, de hecho en los propios CGPE 2011 se reconocieron los ajustes que diversos bancos centrales estaban realizando en su postura de política monetaria y el propio Banco de México ha reconocido que, de darse un cambio en los flujos de capitales, se tendrían efectos negativos que podrían trastornar seriamente la actividad productiva y el empleo en el país.

IV. FINANZAS PÚBLICAS NACIONALES 2011

Para atender la compleja problemática nacional y global, internamente y en forma anual, se presentan al Congreso de la Unión una serie de medidas en lo que se ha dado en llamar “el paquete económico”, en cumplimiento a lo que dispone el artículo 74, fracción IV, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que para el ejercicio fiscal de 2011 se integró con seis documentos: 1) Criterios Generales de Política Económica; 2) Iniciativa de Ley de Ingresos de la Federación; 3) Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación; 4) Informe sobre el uso de facultades en materia arancelaria; 5) Iniciativa que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos; y 6) Iniciativa que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos relativa al Régimen Fiscal de Petróleos Mexicanos.

IV.1. PAQUETE ECONÓMICO 2011

El paquete económico comprende, en esencia, las propuestas jurídico económicas y de política económica en materia de ingresos y egresos, en este caso en particular para el ejercicio fiscal de 2011, que se someten a la consideración del Congreso de la Unión a efecto de que, en ejercicio de las facultades constitucionales que le asisten efectúe el estudio, análisis, modificación y, en su caso, aprobación. Son los instrumentos de finanzas públicas que, una vez aprobados, se utilizarán para enfrentar las circunstancias internas y externas a las que nos hemos referido en los apartados anteriores para contextualizarlas.

Ante la imposibilidad de abordar todos y cada uno de estos complejos y extensos componentes, de manera selectiva y ejemplificativa, me referiré únicamente a algunos puntos relacionados con los ingresos y egresos federales.

IV.2. INGRESOS FEDERALES

Los rubros que comentaré se refieren a ingresos presupuestarios, petroleros, tributarios, no tributarios, de organismos y empresas, así como los temas de deuda pública y gastos fiscales.

IV.2.1. INGRESOS PRESUPUESTARIOS

Conforme al análisis efectuado por el CEFPCD y con sus propios datos, para 2011 la SHCP proyectó un monto de ingresos presupuestarios que ascendería a 3 billones 022 mil 791.3 mdp²², es decir, 3.0 por ciento más que el cierre esperado para 2010. Estos ingresos se distribuirían de la siguiente forma:

- Ingresos petroleros por 993 mil 253.6 mdp, monto que representa un incremento de 2.0 por ciento, en términos reales, respecto al cierre esperado para 2010.
- Ingresos Tributarios por 1 billón 461 mil 442.5 mdp, es decir, 7.3 por ciento más, en términos reales, que lo previsto al cierre de 2010.
- Ingresos no tributarios por 78 mil 543.7 mdp, cifra inferior en 37.2 por ciento respecto al cierre esperado para 2010.
- Ingresos propios de organismos y empresas distintas de Pemex por 489 mil 551.5 mdp, monto que representa un incremento de 3.2 por ciento con relación al cierre esperado para 2010.

²² Artículo 1° de la Iniciativa de Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

Panorama de las finanzas públicas 2011

179

Tras la intervención del Congreso el monto final de ingresos presupuestarios aprobado se modificó y ascendió a 3 billones 438 mil 895.5 mdp²³, cantidad superior en 416 mil 104.2 mdp o sea 13.7 por ciento mayor con relación a la inicialmente presentada y cuya distribución final se señala en los apartados siguientes:

IV.2.2. INGRESOS PETROLEROS

En cuanto a los ingresos petroleros y de acuerdo con la Iniciativa de Ley de Ingresos 2011, para ese año los ingresos petroleros se ubicarían en 993 mil 253.6 mdp, lo que representaría un incremento real de 2.0 por ciento con respecto al cierre esperado para ese año, monto que representaría el 32.8 por ciento del total de los ingresos y que da cuenta de la importancia que el petróleo tiene para nuestra economía.

Al terminar la intervención del Congreso el monto que aprobó ascendió 1 billón 013 mil 287.4 mdp²⁴, monto mayor en 20 mil 033.8 mdp al que registró la iniciativa puesta a su consideración o sea mayor en 2.0 por ciento. El precio del barril de petróleo se aprobó, finalmente, en 65.40 dpb.

²³ Artículo 1° de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

²⁴ Artículo 1° apartado A.III.3. "Derechos a los hidrocarburos" y artículo 1° apartado B.I.1.a. "Petróleos Mexicanos", de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

IV.2.3. INGRESOS TRIBUTARIOS

En lo relativo a los ingresos tributarios, el CEFPCD subrayó que, en los CGPE para 2011, la SHCP agrupó en un solo rubro los impuestos sobre la renta, empresarial a tasa única y a los depósitos en efectivo, dificultando el análisis de las estimaciones para cada uno de esos gravámenes, a pesar de lo cual se dejan en claro las caídas pronosticadas por la propia SHCP para el cierre de 2010 en las captaciones de ISR (incluye IETU e IDE) y el IEPS, que se estiman en 26.4 mil mdp respecto a lo aprobado en la LIF 2010, caídas que para el CEFPCD son inconsistentes con los incrementos a las tasas impositivas de dichos gravámenes registradas en 2010, mismos que fueron instrumentados, como recordaremos, con la finalidad de obtener ingresos adicionales que permitieran compensar el "boquete fiscal" asociado a la desaceleración económica, que a fin de cuentas no existió.

El monto final aprobado por el Congreso por concepto de ingresos tributarios ascendió a 1 billón 464 mil 299.5 mdp²⁵, cantidad inferior en 5 mil 617.8 mdp al monto presentado en la iniciativa de Ley de Ingresos.

²⁵ Artículo 1° apartado A.I. de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

IV.2.4. INGRESOS NO TRIBUTARIOS IV.3. DEUDA PÚBLICA 2011

En lo que respecta a los ingresos no tributarios no petroleros, se propusieron por un monto de 78 mil 543.7 mdp, cantidad menor en 37.2 por ciento a la aprobada en la LIF para 2010, que ascendió a 120 mil 315.2 mdp. Llamó la atención del CEFPCD que cada año en la LIF se han presentado montos considerables y muy variables en los aprovechamientos, específicamente en el concepto “otros” del rubro “otros”, mismos que no pueden ser identificados conforme al artículo 10 de la propia LIF, el cual señala los distintos tipos de aprovechamientos. La Iniciativa de LIF para 2011 presentó para este rubro la cantidad de 58 mil 159.6 mdp, omitiendo la SHCP la explicación relativa a la disminución del monto de estos ingresos.

IV.2.5. INGRESOS DE ORGANISMOS Y EMPRESAS

Con relación a los ingresos de organismos y empresas la iniciativa de Ley de Ingresos para 2011 propuso un monto de 489 mil 551.5 mdp, mismo que fue aprobado por el Congreso. El CEFPCD establece que la SHCP omitió señalar el desglose de los estimados de cierre para cada entidad; sin embargo, a nivel agregado, en 2010 la propia secretaría estimó captar 13 mil 367.4 mdp más que lo aprobado en la LIF 2010.

Para 2010 se estima que la deuda pública neta ascenderá a 32.0 por ciento del PIB anual como resultado, principalmente, del reconocimiento en 2008 de las obligaciones pensionarias derivado de Ley del ISSSTE, por un monto equivalente a 2.4 por ciento del PIB; y del registro contable y presupuestario, al 31 de enero de 2009, de las obligaciones PIDIREGAS²⁶ que PEMEX mantenía en cuentas de orden, por un monto equivalente a 8.2 por ciento del PIB, proyectos con los que ha avanzado la inversión privada²⁷ en PEMEX y la CFE.

²⁶ Estas obligaciones se adquirieron en ejercicios anteriores, pero se reflejan en la deuda pública hasta que se van amortizando de acuerdo con la normatividad aplicable. El acrónimo PIDIREGAS utilizado por la SHCP a partir de 1996 se integra con algunas letras de la frase “proyectos de impacto diferido en el registro del gasto”, y se usa para designar a las inversiones en proyectos de infraestructura productiva de largo plazo.

²⁷ Nancy Flores, en un artículo tomado en abril de 2006 de la página de Internet de la Revista “Fortuna”, pág. 151, señaló que: “En el 2005 la inversión total destinada a los Proyectos de infraestructura con impacto diferido en el registro de gasto (Pidiregas) de Petróleos Mexicanos (Pemex), ascendió a un billón 197 mil 357 millones de pesos; monto que supera la deuda interna del país, estimada por el Banco de México en un billón 125 mil 877 millones de pesos. Esa escandalosa cifra de la deuda petrolera a través de los pidiregas, dada a conocer por Pemex a solicitud expresa a través del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), supera ya en

Panorama de las finanzas públicas 2011

181

El déficit público que figura en la Ley de Ingresos aprobada por el Congreso para 2011 es por un monto de 356 mil 514.0 mdp cifra superior en 28 mil mdp equivalente al 8.0 por ciento respecto de lo solicitado en la iniciativa de Ley de Ingresos 2011, considerando un monto 347 mil 127.6 mdp de endeudamiento neto de gobierno federal y de 9 mil 386.4 mdp de déficit de organismos y empresas de control directo. La autorización otorgada por el Congreso para la contratación de endeudamiento para cubrir dicho déficit es de hasta 375 mil mdp.

El endeudamiento externo neto del sector público se propuso por un monto de hasta 5 mil millones de dólares (64 mil 500 mdp)²⁸, cifra inferior en 3 mil millones de dólares al monto aprobado en 2010. Al mismo tiempo se propuso un endeudamiento neto para el Distrito Federal²⁹ de 4 mil mdp para el financiamiento de obras contempladas en el Presupuesto de Egresos del Distrito Federal para el Ejercicio Fiscal 2011, cifra inferior en 1 mil mdp a lo aprobado por el Congreso el año previo.

61 por ciento lo establecido en el plan inicial de los Pidiregas petroleros, que data de 1997. Según el Informe de la revisión y fiscalización de la cuenta pública 2003, elaborado por la Auditoría Superior de la Federación (ASF), "la Cámara de Diputados autorizó en los presupuestos de egresos inversiones totales para el periodo de 1997 a 2006 y otros años, por un monto total de 742 mil 917 millones 400 mil pesos".

²⁸ Artículo 2 de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

²⁹ Artículo 3 de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

IV.4. GASTOS FISCALES

Un punto importante por su trascendencia económica, política y social, que ha causado gran polémica, es el relativo a los Gastos Fiscales que la SHCP tiene la obligación de explicar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 fracción I inciso d) de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, que señala que el proyecto de Ley de Ingresos debe contener la explicación sobre los gastos fiscales para el año que se presupuesta.

Respecto del cumplimiento de esa obligación, el CEFP de la Cámara de Diputados señala que "... la información presentada por la SHCP es escasa, parcial y superficial, y corresponde a los montos presentados en el documento "Presupuesto de Gastos Fiscales", publicado el 30 de junio de 2010. Por lo anterior, resulta cuestionable que la información enviada en el contexto de la Iniciativa de Ley de Ingresos para 2011 de cumplimiento cabal al mandato de la ley en comento."³⁰

"Entre los tratamientos diferenciales que destacan para el ejercicio 2011 por el monto estimado de la pérdida recaudatoria que éstos implican, se encuentran la tasa cero en el impuesto al valor agregado que se estima generará una pérdida de ingresos para el referido ejercicio de 154 mil 609.7 mdp

³⁰ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, Análisis del paquete económico 2011 en materia de ingresos, CEFP/017/2010, Cámara de Diputados, México, 2010, p. 16.

(1.09 por ciento del PIB) y los ingresos exentos del impuesto sobre la renta por salarios que se estima signifiquen una pérdida recaudatoria de 56 mil 084.5 mdp (0.3975 por ciento del PIB). Asimismo, se estimó que en 2011 se producirá un IEPS negativo por la enajenación de gasolinas y diesel por un monto de 54 mil 355.1 mdp (0.3852 por ciento del PIB), una pérdida recaudatoria de 42,017.4 mdp (0.2978 por ciento del PIB) por los bienes y servicios exentos en el impuesto al valor agregado, así como que el monto del costo fiscal por el subsidio para el empleo en impuesto sobre la renta ascenderá a 33,142.7 mdp (0.2349 por ciento del PIB).³¹

El comportamiento de los gastos fiscales para el CEFPCD mostró una tendencia relativamente estable entre 2003 y 2008, con cierta propensión decreciente a partir de 2009, que más bien obedece, en buena medida, al cambio metodológico para eliminar el efecto de la evasión a partir de 2008. Esta estimación, sin embargo, resulta inexacta pues la Auditoría Superior de la Federación (ASF) confirmó, según información al 26 de febrero de 2011, que el SAT dejó de recaudar en el año 2009, un monto de 462 mil millones de pesos por concepto de gastos fiscales, en su mayoría exenciones y subsidios. Para 2010 el SAT estimó que dejaría de recaudar 545 mil mdp de los cua-

les 193 mil 500.0 mdp se aplicarán en beneficio del sector empresarial.³²

IV.5. EGRESOS DE LA FEDERACIÓN

En materia de egresos únicamente me referiré a las prioridades del gasto público en relación a los subejercicios del presupuesto, a las tendencias del gasto público, al gasto neto, a los ramos administrativos identificados en materia de seguridad pública y al costo financiero.

IV.5.1. PRIORIDADES DEL GASTO PÚBLICO Y SUBEJERCICIOS PRESUPUESTALES

En lo que corresponde al gasto público la SHCP propuso, para el ejercicio fiscal 2011, una política de gasto público³³ con tres prioridades: (i) fortalecer la seguridad pública, (ii) promover el desarrollo social y (iii) consolidar el crecimiento económico. Esto supone generar empleos y aplicar un gasto importante en infraestructura, sin subejercicios presupuestales como hasta ahora, además de seguir

³² Cardoso, Víctor. El gobierno dejará de recaudar \$545 mil millones en 2010: SHCP, La Jornada, Año 26, número 9300, México, Lunes 5 de julio de 2010, p. 26.

³³ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, Cámara de Diputados, Resumen del Paquete Económico para 2011, CEFP/014/2010, Palacio Legislativo de San Lázaro, México, 2010, p. 29.

³¹ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011, p. XIV.

Panorama de las finanzas públicas 2011

183

apoyando a las pequeñas y medianas empresas, como factor detonante del crecimiento económico.

Respecto de los subejercicios en particular, Ernesto Bravo Benítez³⁴

³⁴ "IV.3 La falacia del subejercicio como una forma de eficiencia del gasto público. El gasto público deficitario fue visto después de la crisis de deuda de 1982 como el causante de los desequilibrios de la estructura productiva de la economía mexicana, ya que el país por motivos de fomento industrial había llegado a tener un déficit público de hasta el 17 % del PIB, por lo que a partir de ese momento se asume una política para su control [...] con base en los lineamientos impuestos, no sólo por las cartas de intención firmadas por México con el FMI, sino por la adopción de una nueva filosofía que se sintetizaba en el Consenso de Washington que pugnaba por finanzas sanas lo que implicaba desaparecer los déficits fiscales y se empieza a recomendar incurrir incluso en superávits fiscales, aunque eso implicara postergar la resolución de problemas del desarrollo. [...] es el primer referente internacional que justifica la proclividad en nuestro país para que se incurriera en superávits fiscales; éstos sin embargo, en los hechos nunca se obtuvieron y lo que sí hubo fueron déficit de no menos del 4% del PIB (Pidiregas, Fobaproa, Rescate Carretero, etc.) que obsesionaban a los hacendados de la política económica para su reducción. El problema radica en que los compromisos de deuda contraídos con inversionistas privados imposibilitan su concreción; en este sentido la salida ante el problema, es incurrir en subejercicios sistemáticos del gasto, algo que en México no es difícil de que se presente dado el burocratismo en que se mueve la administración pública federal al interior de ella misma y en sus relaciones con los estados y municipios. Bravo Benítez, Ernesto. Eficiencia, gasto público y subejercicio presupuestal en México, Ponencia presentada en el VII Se-

destaca, cuando se refiere a la falacia del subejercicio como una forma de eficiencia del gasto público, que en la primera mitad del año 2010 ascendió a 9 mil 126.6 mdp, destacando "... claramente que las actividades de fomento entre las que se encuentran las comunicaciones y transportes, la protección al medio ambiente, los recursos naturales, la agricultura y rubros del gasto social, como el gasto en educación, no son prioritarias en materia de gasto, ya que es ahí en donde se concentra el subejercicio presupuestal, lo que permite afirmar que la eficiencia del gasto en las últimas administraciones, incluidas las panistas, está muy lejos de ser óptima."³⁵

IV.5.2. TENDENCIAS DEL GASTO PÚBLICO

Pero además y en este mismo sentido según la SHCP, como la economía "ha entrado en un proceso de franca y sólida recuperación económica", se reducirá el énfasis en la "política contra cíclica" (?) que requirió de mayor gasto público y supuso un mayor déficit en las finanzas públicas.

De lo anterior resulta perfectamente claro que, con esta decisión, la política de gasto reafirma la prioridad neoliberal de lograr a ultranza el equilibrio fiscal como meta, incluso sobre

minario de Economía Fiscal y Financiera, Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 2010."

³⁵ Bravo Benítez, E. Eficiencia, gasto público y subejercicio presupuestal en México.

la verdadera recuperación económica, a pesar de que, en la definición de la política de gasto para 2011, se insistió en que se promoverá y fortalecerá el crecimiento económico y la recuperación del empleo. "Los resultados de esta política económica ubican al gasto programable como el que debe de sacrificarse, ya que el gasto no programable que se compone de los requerimientos financieros para el pago de deuda y del gasto federalizado no puede tocarse; en este sentido es que los rubros del gasto programable son los afectables, aunque eso implique el no cumplimiento de los objetivos en materia de crecimiento y desarrollo de los gobiernos de la alternancia."³⁶

Se trata, en suma, de una política de gasto inercial que se caracterizará por el incremento del gasto corriente en detrimento del gasto de inversión. La política de gasto, en consecuencia, tendrá un efecto muy limitado en el impulso de la recuperación de la economía.

Contribuye a lo anterior el otro eje prioritario³⁷ de la política de gasto que se relaciona con la guerra del gobierno federal contra la delincuencia, con los resultados que conocemos, y consiste en el fortalecimiento de la seguridad pública y el Estado de derecho (?), en virtud del cual, para 2011, se otorgarán importantes recursos para las fuerzas armadas, en detrimento de los que requiere el desarrollo económico y social del país.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Resumen del Paquete Económico, 2011, p. 31.

IV.5.3. GASTO NETO³⁸

Para 2011 el gasto neto total³⁹ previsto en el decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), importa la cantidad de \$3 billones 438 mil 895.5 mdp, monto mayor en 1.8 por ciento respecto de la propuesta presentada en el paquete económico. El gasto programable⁴⁰ asciende a 2 billones 622 mil 527.9 millones de pesos, esto es, el 76.3 por ciento del gasto neto. El gasto no programable⁴¹, con un monto de 816 mil 367.6 millones de

³⁸ "Gasto neto total: la totalidad de las erogaciones aprobadas en el Presupuesto de Egresos con cargo a los ingresos previstos en la Ley de Ingresos, las cuales no incluyen las amortizaciones de la deuda pública y las operaciones que darían lugar a la duplicidad en el registro del gasto". Artículo 2, fracción XXV de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

³⁹ Artículo 2 del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

⁴⁰ "Gasto programable: las erogaciones que la Federación realiza en cumplimiento de sus atribuciones conforme a los programas para proveer bienes y servicios públicos a la población". Artículo 2, fracción XXVII de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

⁴¹ "Gasto no programable: las erogaciones a cargo de la Federación que derivan del cumplimiento de obligaciones legales o del Decreto de Presupuesto de Egresos, que no corresponden directamente a los programas para proveer bienes y servicios públicos a la población". Artículo 2, fracción XXVIII de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Panorama de las finanzas públicas 2011

185

pesos, representa el 23.7 por ciento del gasto neto total.

IV.5.3.1. CLASIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

El análisis del gasto público se puede llevar a cabo a partir de las clasificaciones económica, funcional y administrativa, de las que sólo nos ocuparemos de ésta última.

IV.5.3.1.1. GASTO DE LOS RAMOS AUTÓNOMOS

El gasto aprobado para estos Ramos en conjunto asciende a 59 mil 846.8 millones de pesos, monto menor en 3 mil 514.6 millones de pesos al que se solicitó, en el proyecto de presupuesto. No obstante, su monto final creció en 12.7 por ciento, en términos reales, respecto al presupuesto aprobado en 2010.

El incremento presupuestal se otorgó al Órgano Judicial, específicamente para el Consejo de la Judicatura Federal, que muestra un rezago importante en asuntos pendientes de resolución, y para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El Instituto Federal Electoral recibió un incremento de 17.0 por ciento con respecto al gasto de 2010, para un monto total de 10 mil 499.0 millones de pesos que se utilizarán para actualizar la plataforma tecnológica para la organización del Proceso Electoral Federal

2011-2012, así como para la operación del Sistema de Administración de los tiempos del Estado, entre otros.

Por su parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos incrementó su presupuesto en 19.1 por ciento, en términos reales, con respecto al monto autorizado para 2010, recursos solicitados para llevar a cabo acciones en materia de protección de los derechos humanos de los migrantes mexicanos y extranjeros; de las víctimas de trata de personas y de las víctimas del delito; de los indígenas en sus pueblos y comunidades y privados de su libertad, entre otras.

IV.5.3.1.2. RAMOS ADMINISTRATIVOS

El gasto programable para las dependencias de la administración pública federal en 2011, ascenderá a 862 mil 063.3 millones de pesos, con un incremento real de 5.5 por ciento, con respecto a lo aprobado en el 2010.

Las dependencias con los mayores incrementos, en términos reales son, entre otras, la Secretaría de Gobernación de 91.8 por ciento, pues recibe el traspaso, desde el ramo 36 Secretaría de Seguridad Pública, del Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública; la Secretaría de la Defensa Nacional de 10.7 por ciento real; la Secretaría de Marina de 10.2 por ciento; la Secretaría de Seguridad Pública de 5.5 por ciento real, incremento sustancial a pesar del traspaso de los recursos del Sistema Nacional de Seguridad Pública a la Secretaría

de Gobernación, todos respecto a los aprobados para 2010.

Las mayores disminuciones, en términos reales con respecto al presupuesto de 2010, consideraban en el proyecto del PEF para 2011 a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, de 22 por ciento y a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, de 19.6 por ciento.

Después de la aprobación del proyecto del PEF por la Cámara de Diputados, esa tendencia negativa se corrigió, en parte, para recuperar casi el nivel de gasto que tenían esas dependencias en 2010, de tal modo que el gasto de SAGARPA se recuperó en 19.4 por ciento, el de la SCT en 22.4 por ciento, el de la SEMARNAT en 16.6 por ciento y el de la SEDESOL en casi un punto porcentual, con respecto a los montos más bajos solicitados en el proyecto presentado por Hacienda.

IV.5.3.1.3. RAMOS GENERALES

El monto aprobado para los Ramos Generales asciende a 869 mil 972.2 mdp y representa un incremento de 1.3 por ciento en términos reales con respecto a lo aprobado en el 2010.

Dentro del conjunto de ramos del gasto no programable destaca, en el proyecto de gasto, el incremento que se solicitaba para el ramo 30 Adeudos de Ejercicios Fiscales Anteriores (ADEFAS), cuyo monto final aprobado tuvo un decrecimiento real, con respecto a lo aprobado en el 2010, de 1.7

por ciento, en lugar del 56.1 por ciento de aumento que se solicitaba.

IV.5.4. RAMOS ADMINISTRATIVOS IDENTIFICADOS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA

Para los Ramos Administrativos identificados en materia de seguridad pública se aprobó una asignación de 146 mil 461.3 mdp, monto superior en 27 mil 330.3 mdp al presupuesto autorizado en 2010. El presupuesto asignado en materia de seguridad es casi el doble de los presupuestos asignados a la SAGARPA o a la SEDESOL, equivale al 63.4 por ciento del aprobado a la SEP y al 14.6 por ciento del gasto federalizado o, si se quiere, mayor en más de 23 veces el presupuesto asignado a la UNAM para 2011 por un monto de 6 262.1 mdp.

Los ramos administrativos cuyo presupuesto se incrementó son: Defensa Nacional, Marina, Seguridad Pública y en forma sobresaliente la Secretaría de Gobernación, con el 8.8, 8.5, 4.7 y 44.9 por ciento, respectivamente.

Para la Secretaría de Seguridad Pública se aprobaron mayores recursos para el desarrollo de proyectos de infraestructura y tecnología, para consolidar las bases de una policía investigadora, científica y profesional. En materia de inversión se estiman 10 mil 621.1 mdp y el gasto de operación se fortalece para apoyar la implementación de operativos para la prevención y disuasión del delito con 8 mil 001.5 millones de pesos. Finalmente,

Panorama de las finanzas públicas 2011

187

el Gasto Federalizado para la seguridad pública será de 7 mil 124.3 millones de pesos.

IV.5.5. COSTO FINANCIERO

Las erogaciones destinadas a cubrir los intereses, comisiones y gastos relacionados a la deuda pública para 2010, o costo financiero,⁴² ascendió a 286 mil 057.2 mdp. Para 2011, el costo financiero aprobado en el PEF incluyendo los ramos 24 (Deuda pública 239 mil 835.4 mdp) y 34 (Erogaciones de apoyo a ahorradores y deudores de la banca 16 mil 664.8 mdp) más la cantidad que corresponde a las entidades sujetas a control presupuestario directo: PEMEX con un monto de 42 mil 495.0 mdp y CFE por la cantidad de 10 mil 076.0 mdp, comprende la cantidad de 309 mil 071.2 mdp, monto inferior en 5 mil 947.3 mdp al solicitado en el proyecto de presupuesto 2011, de 315 mil 018.5 mdp, equivalente al 1.9 por

ciento, pero superior en 23 mil 014.0 mdp, o sea en 8.0 por ciento, respecto del autorizado para 2010.

CEFPCD consideró que “En los CGPE 2011 no se explican las razones detrás de este importante crecimiento en el costo financiero, que no parecería consistente con el bajo nivel de las tasas de interés a nivel internacional y con la afirmación presentada en los CGPE 2011, donde se señala que existen condiciones favorables de financiamiento y que se ha favorecido la colocación a tasa fija.”⁴³

V. A MANERA DE CONCLUSIONES: PROSPECTIVA PARA 2011

Determinar el comportamiento futuro de la economía es un ejercicio con alto grado de incertidumbre por la gran volatilidad financiera y de precios en los commodities, así como de inestabilidad económica, financiera, política y social derivada de la crisis económica mundial, que aún no se supera, y de los problemas geopolíticos que se multiplican en África y medio oriente, que han propiciado el intervencionismo “humanitario” europeo y norteamericano con fuerte aroma a petróleo.

Así, en el entorno exterior no hay evidencias firmes que aseguren la recuperación sostenida de la economía mundial, a mayoría de razón si sumamos a lo anterior las crisis en la sostenibilidad de las finanzas públicas

⁴² Se integra con los gastos derivados de allegarse fondos de financiamiento por lo cual representa las erogaciones destinadas a cubrir en moneda nacional o extranjera, los intereses, comisiones y gastos que deriven de un título de crédito o contrato respectivo, donde se definen las condiciones específicas y los porcentajes pactados; se calcula sobre el monto del capital y deben ser cubiertos durante un cierto periodo. Incluye las fluctuaciones cambiarias y el resultado de la posición monetaria. <http://www.definicion.org/costo-financiero>. Artículo 3° fracción XI del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación 2011.

⁴³ Análisis del Paquete Económico 2011 en Materia de Ingresos, p. 15.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

188

de varios países de la zona Euro, entre ellos Grecia, Irlanda y España, y a últimas fechas Reino Unido y Portugal, este último cuyo rescate económico se está estimando en 75 mil mde, así como la subida del petróleo motivada por las revueltas en el norte de África, situación que ha motivado se eleven las previsiones de inflación para la zona euro en 2011, desde el 1.8 por ciento al 2.2 por ciento.

Entre otros riesgos que pesan sobre la recuperación económica se encuentran la guerra de divisas y las tensiones en los mercados financieros, que aún no se han normalizado, así como las diferencias entre los distintos Estados miembros, con peores perspectivas para los que están haciendo frente a mayores ajustes fiscales por la crisis de la deuda soberana. En términos generales el FMI previene que para 2011 la deuda de los países ricos superará su PIB.

No obstante y de acuerdo con las proyecciones del propio FMI⁴⁴ a enero de este año, el producto mundial se expandirá 4.5 por ciento en 2011, es decir, alrededor de sólo un cuarto de punto porcentual más que lo proyectado en octubre de 2010, aunque los riesgos a la baja para la recuperación aún son elevados. Al respecto Bank of America, al 10 de marzo de 2011, recorta proyecciones para el PIB global a 4.3 por ciento en 2011, tras la prolongación de las revueltas en Libia, con riesgos de recesión económica si el crudo supera los 150 dpb, que puede

traducirse en una amenaza de estancamiento que ahora inquieta al mundo.

Para el caso mexicano, en los CGPE 2011 la SHCP reconoce, aunque sea a nivel de probabilidad, lo que se negaba de finales de 2008 a 2010 que "... el desempeño de la economía mexicana [ahora en] 2011 estaría [creo que está] sujeto a riesgos externos que podrían afectar la trayectoria prevista de crecimiento."⁴⁵

El riesgo es vigente y al interior se debe, como hemos destacado, a que el modelo económico prevaleciente se mantendrá seguramente sin cambio. *Es decir, no existen expectativas de que la productividad ni la inversión, al mantenerse estancado el nivel de actividad económica y la oferta de crédito, registren un cambio sustancial en su tendencia inercial que ha mantenido un bajísimo crecimiento promedio de 1.7 por ciento de 2001 a 2010, inferior al obtenido en las décadas anteriores desde 1951, inclusive el de 2.0 por ciento logrado de 1981 a 1990. Lo cierto es que se tienen acumulados 30 años de crecimientos muy pobres en los que la política económica neoliberal y la distribución de los ingresos fiscales no han reducido la desigualdad en México, aunque si han incrementado explosivamente la pobreza. Esto es: en lo que va de esta administración, de acuerdo a Fausto Hernández⁴⁶ investigador del CIDE, se logró que la eco-

⁴⁵ Análisis de Criterios Generales de Política Económica 2011, p. 16.

⁴⁶ Reyna Quiroz, Julio. México crece "dulcemente" de manera mediocre: CIDE, La Jornada, Año 27, número 9535, México, 28 de febrero de 2011, p. 30.

⁴⁴ *Idem*.

Panorama de las finanzas públicas 2011

189

nomía crezca “dulcemente de manera mediocre”.

Los argumentos anteriores⁴⁷ sugieren que, bajo las circunstancias actuales, el pronóstico para la economía mexicana en el corto, mediano y largo plazo, es el de estancamiento, inseguridad, desempleo, pobreza y desigualdad, a mayoría de razón cuando en la encuesta de febrero el factor de la inseguridad “... aparece como el que más podría moderar el ritmo de la actividad económica en los próximos meses, superando al de la ausencia de cambios estructurales en México y también al que se define como la debilidad del mercado y de la economía mundial.”⁴⁸

En este sentido, en el Boletín Trimestral de Prospectiva, destacados especialistas del Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM estimaron, a diciembre de 2010, que el PIB crecerá en 2011, entre 2.5 por ciento y 3 por ciento. En otros pronósticos⁴⁹ se estimó al 23 de febrero de 2011, que el PIB crecerá, según el CIDE 4.5; la encuesta Banamex, en la que participan 26 grupos de análisis, 4.2; Monex 3.0; Moody's Analytics, entre 3.5 y 4.0; y la SHCP, entre 4.0 y 5.0 por ciento. A pesar de estas discrepancias, todos los pronósticos coinciden en que el crecimiento para 2011

será menor al 5.5 por ciento que la SHCP acaba de dar a conocer y que según los especialistas de la UNAM se debe, más que a condiciones internas de desarrollo económico, a un efecto rebote derivado fundamentalmente del gran decrecimiento de más de seis por ciento alcanzado en 2009 y de la ligera recuperación económica de los Estados Unidos.

En cualquier escenario, para que el proceso de recuperación económica fuera exitoso y no estuviera sujeto a los vaivenes de la economía estadounidense, es importante fortalecer, de acuerdo con los especialistas universitarios, la demanda interna mediante la aplicación de políticas fiscales y monetarias que promuevan la inversión, el empleo y el consumo. Siendo en la actualidad éste último el principal motor del crecimiento y el gasto público una fuente de reactivación de la demanda, que podría desempeñar un papel importante en la aceleración de la actividad económica, en el corto y mediano plazos, cuyo monto y estructura, desafortunadamente como hemos anotado en páginas anteriores, impondrá una menor participación del sector público en la economía al estilo neoliberal y siempre que no afecte a los que más tienen.

Lo anterior, porque⁵⁰ sin una definición de una reforma fiscal que aumente los ingresos mediante la ampliación de la base de contribuyentes y la eliminación de regímenes preferenciales, y sin la administración eficiente del gasto público, no es posible que éste se

⁴⁷ Sánchez Vargas, A. Op. Cit. p. 4.

⁴⁸ Sandoval, Antonio. Se dispara el factor de la inseguridad como limitante de la economía, *El Financiero*, Año XXX, número 8275, México, Miércoles 2 de marzo de 2011.

⁴⁹ Leyva Reus, Jeanette. México es incapaz de generar motores propios de crecimiento, *El Financiero*, Año XXX; número 8270, México, 23 de febrero de 2011, p. 4.

⁵⁰ Sánchez Vargas, A., Idem.

convierta en impulsor de la recuperación económica. Con una política fiscal ineficiente y poco dirigida a la promoción del desarrollo, como corresponde al régimen neoliberal actual que privilegia a unos cuantos, no es posible pensar en un mejor desempeño económico para la sociedad en su conjunto.

Tales consideraciones abarcan desde luego el manejo de los ingresos excedentes que seguramente habrá, si no tributarios cuando menos petroleros a pesar de las importaciones de gasolina, que debieran pasar a formar parte del gasto programable pero que se destinan al gasto no programable que incluye participaciones, costo financiero, ADEFAS y el fondo de desastres, entre otros, cuya asignación final se realiza por el Ejecutivo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 de Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria con la única obligación de informar a la Cámara de Diputados de las erogaciones adicionales aprobadas en los informes trimestrales y en la Cuenta de la Hacienda Pública Federal.

En los Criterios de Política Económica 2011 se afirma, con respecto a la inflación, que esta disminuirá de 5 por ciento en 2010 a 3 por ciento en 2011, que para la encuesta Banamex resultará sin cambio en 3.88 por ciento y se vaticina una declinación en la plataforma de producción de crudo de 2,577 miles de barriles diarios en 2010 a 2,550 miles de barriles diarios en 2011.

En lo que toca a la demanda interna, la SHCP considera que el consumo tenga un incremento de 3.9 por ciento en 2011, con el que estima contri-

buirá con 3.1 puntos porcentuales del crecimiento del PIB para ese año, por lo que el consumo tampoco será una fuente o factor relevante para impulsar el crecimiento económico del país.

Finalmente, por la debilidad del mercado interno se anticipa que la generación de empleos en 2011 no será suficiente para cubrir las plazas de empleo de aproximadamente 830 mil personas que pasarán a formar parte de la PEA, pues Banxico prevé una generación de empleos de entre 500 mil y 600 mil puestos de trabajo en este año. De aquí que se espera que la tasa de desocupación en México se mantenga en niveles elevados y que la población ubicada en la economía informal se mantenga cercana a los niveles recientemente observados de más de 12 millones de personas.

Estas serían algunas reflexiones que he querido compartir con ustedes, con las que se puede observar lo que en la realidad son las finanzas públicas, que nos sitúan ante un panorama de incertidumbre, turbulencia y, por desgracia, poco alentador al interior de nuestra economía e igualmente por cuanto hace al plano internacional.

FUENTES BIBLIOGRAFÍA

Ayala Espino, José. *Instituciones para Mejorar el Desarrollo. Un nuevo pacto social para el crecimiento y el bienestar*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Panorama de las finanzas públicas 2011

191

Faya Viesca, Jacinto. *Finanzas Públicas*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

Iniciativa de Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

Musgrave, Richard A. *Hacienda Pública Teórica y Aplicada*, Quinta Edición, Editorial McGraw Hill, México, 1992

Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

Bravo Benítez, Ernesto. "Eficiencia, gasto pública y subejercicio presupuestal en México", Ponencia presentada en el VII Seminario de Economía Fiscal y Financiera, Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 2010.

Análisis de Criterios Generales de Política Económica 2011, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, CFEP/017/2010, Cámara de Diputados, México, Septiembre de 2010.

LEGISLACIÓN

Resumen del Paquete Económico 2011, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, CFEP/014/2010, Cámara de Diputados, México, Septiembre de 2010.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Análisis Criterios Generales de Política Económica 2011, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, CFEP/017/2010, Cámara de Diputados, México, Septiembre de 2010.

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2011.

Situación y perspectivas de la economía mexicana, Boletín Trimestral de Prospectiva, No. 1, Coordinación de Análisis Macroeconómico Prospectiva, Instituto de Investigaciones Económicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Diciembre 2010.

OTROS

Criterios Generales de Política Económica 2011.

Seminario de Estudios Jurídico Económicos

192

Perspectivas de la economía mundial
AL DÍA, Actualización de las proyecciones centrales, La recuperación mundial avanza, pero sigue siendo desigual, Washington D.C., 25 de enero de 2011.

INTERNET

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/mepi/de_l_ma/apendiceE.pdf

HEMEROGRAFÍA

<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Boletines/Boletin/metabol11.asp?s=inegi&c=296>

El Financiero

www.inegi.org.mx/

La Jornada

http://economia.terra.com/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201103011343_EFE_79552682

El problema de la validez del derecho, una aproximación

Alfonso E. Ochoa Hofmann*

Sumario: I. Introducción. II. La Fabula del líder Rex y la Validez del Derecho III. El conflicto entre positivistas y iusnaturalistas. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Tal vez una de las preguntas más reiteradas por aquel que desea conocer el Derecho, es, ¿Qué es el Derecho?, pregunta que dentro de sí lleva la intención de poder indagar la naturaleza del derecho en general, que le conforma, cuales son las características propias de este objeto de estudio.

Como toda pregunta que busca indagar sobre la identidad de algo, presupone encontrar que es lo que hace que este objeto sea esto y no otra cosa, es una pregunta sobre la identidad de un objeto de conocimiento.

El Dr. Rolando Tamayo y Salmorán encontró una respuesta que puede ser satisfactoria¹, decir que el objeto de estudio del derecho se divide conceptualmente en tres niveles:

1. Derecho Positivo
2. Ciencia del Derecho
3. Filosofía del Derecho

Estos tres niveles operan como si fuese un edificio, un edificio de tres niveles. Todo el edificio es en su totalidad es el Derecho, sin embargo, este edificio en cada uno de sus pisos tiene distintas funciones que le caracterizan; pese a que las actividades de cada uno de estos pisos son radicalmente distintas, todas son partes del derecho.

Esto lo podemos observar en este cuadro

* Profesor por oposición de la Asignatura de Filosofía del Derecho, Catedrático de las asignaturas Lógica Jurídica, Bioética y Derecho.

¹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Themis, México, 2003, p. 272.

NIVEL	DISCIPLINA	OBJETIVO
N2	FILOSOFIA DEL DERECHO	Análisis y prueba de los conceptos y métodos de la ciencia jurídica
N1	CIENCIA JURIDICA	Descripción o explicación del Derecho Positivo
N0	DERECHO POSITIVO	Derecho Positivo

En el nivel 0 se encuentra el Derecho Positivo, este tipo de Derecho es el que realiza el legislador, en este nivel no hay acto de investigación científica en la creación del derecho, es simplemente la voluntad del legislador, en este nivel se puede prescindir de toda ciencia, se puede prescindir del método, de lo que no se puede prescindir es de la voluntad del legislador manifiesta en la Ley.

En el nivel 1 se encuentra la Ciencia del Derecho, en este estadio, el jurista observa las leyes que realiza el legislador y busca a través de un método explicar su naturaleza y finalidad, este método puede ser variable, puede atender a las características de un método exegético o hermenéutico o histórico, por mencionar algunos.

En el nivel 2 está la Filosofía del Derecho, en este nivel de estudio se analizan todas las normas hechas desde el derecho positivo, las distintas explicaciones de Ciencia del Derecho

y se busca una cosa, verificar si estas son consistentes con las pretensiones tanto del legislador como del dogmático del derecho, y claro, con las expectativas del ciudadano.

La dogmática jurídica es la teorización realizada por esta disciplina científica se centra sobre el contenido normativo de los textos legales, esto nos llevaría a plantear que la dogmática jurídica no puede ser general, debería en un momento determinado ser la dogmática de cada sistema jurídico en concreto, es mas debería de haber un dogmático jurídico de cada ordenamiento jurídico en función de las diferentes ramas o sectores existentes dentro del mismo, como la dogmática penal, la dogmática civil, la dogmática mercantil.

Las funciones de la dogmática jurídica son las siguientes:

- Tiene una función descriptiva se limita a una exégesis descriptivista de los textos legales, con ello se

El Problema de la validez del derecho, una aproximación

195

cumplía la aspiración de neutralidad y objetividad cognoscitivas de la epistemología positivista.

- La función interpretativa y práctica, consistente en suministrar criterios interpretativos y de aplicación del Derecho, así como propuestas de interpretación que contienen, a su vez, una valoración del Derecho Vigente.
- La función normativa o prescriptiva, para muchos autores esta es una función realmente polémica pues algunos dudan de que deba de tener el carácter de normatividad o de ser meramente descriptivista, tal y como dijese Albert Calsamiglia, la ciencia jurídica conlleva una función ideológica en el sentido de que trata de presentar como resultado de una actividad científica lo que es producto de la voluntad.

Sin duda alguna la aportación del Doctor Tamayo es una explicación valiosa, sin embargo no explica la naturaleza del derecho, observa como se compone pero no como esta se integra para ser explicada como entidad autónoma del conocimiento.

Creo que la problemática de integrar un conocimiento de lo jurídico queda claramente determinada por el Dr. Ronald Dworkin quien asevera que esto puede ser explicado por varios elementos; una teoría del derecho debe de contener varios aspectos, entre los cuales se encuentran los siguientes:

estos son subdivididos en dos aspectos, el conceptual y el normativo.

Dworkin entiende que lo normativo debe de abarcar una diversidad de temas, tales como por ejemplo una teoría la legislación, que explique cuales son los límites y obligaciones en la construcción de una ley; como una teoría de la adjudicación y de la obediencia del derecho. En otras palabras debe de ser una teoría que incorpore una filosofía moral y política más general. Mientras que la parte conceptual se inspire en la filosofía del lenguaje, así como en la lógica y la metafísica, que nos ayude a construir el verdadero significado de las proposiciones jurídicas y de si son siempre verdaderas o falsas.²

Es importante observar que Dworkin intenta ir en contra de toda una tradición que surge desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el positivismo surge como un modelo que invade todos los campos científicos vetando todo aquello que presuponga especulación.

Un ejemplo de este tipo de especulación que los positivistas buscaban alejar del conocimiento científico del Derecho lo podemos observar en Thomas Hobbes, en su obra "Leviathan" aseveraba que había un estado de naturaleza: es decir un condición sin derecho y sin gobierno, en la cual la vida sería solitaria, pobre, sucia, brutal y corta; se requería una autoridad reconocida que arreglara todas las

² Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, 1ª Edición, Quinta Reimpresión, España, 2002, pp. 32-33.

disputas con cada persona actuando como un juez, jurado, y sancionador. El argumento principal de Hobbes no era que la vida sin derecho era intolerable, sino que podría ser intolerable sin el.

Sin embargo en su explicación Hobbes se equivocaba, pues antes de la constitución del Estado, estaban las tribus, que eran pequeños grupos de personas, que si bien había una falta de estructuras de autoridad formal, pues eran gobernadas por la tradición, el consenso y la persuasión, en otras palabras no tenían un derecho de corte científico. Y es que como observaba Axel Hagerström, no es sino hasta con el positivismo que empezamos a ver al Derecho como algo existente, provisto de contenido que ha sido otorgado por una voluntad, esta voluntad devenía de una sociedad con un carácter activo y con poder.³

El otro gran error de Hobbes consistió en aseverar que el estado de naturaleza era un estado de guerra, por lo menos en la antigüedad no era una vida solitaria o sucia. En otras palabras, a decir de Hobbes, la cooperación y el orden no podrían ser posibles en la prehistoria humana.

Este tipo de errores eran los que el modelo positivo buscaba eliminar de cualquier explicación que tuviese como fin determinar como era el objeto del Derecho; hoy en día es innegable que la explicación del derecho es totalmente positiva. Sin embargo esto

representa un problema, el aplicar a un modelo positivo, no necesariamente explica y deja claro para cualquier operador jurídico en donde descansa la validez del Derecho.

II. LA FABULA DEL LÍDER REX Y LA VALIDEZ DEL DERECHO

Usualmente para el operador jurídico es muy difícil pensar como apareció el Derecho: imaginemos que se invento en una villa pequeña el primero de enero del año 10,000 a.C., en esa fecha el viejo Líder Lex, convoco a una reunión comunal para discutir el estatus el orden de la comunidad.

Se dirigió a las personas de esta manera, “muchos de ustedes se han acercado para quejarse acerca del incremento de personas que salen de la aldea, pasamos mucho de nuestro tiempo en reuniones, escuchando queja tras queja perdiendo tiempo que podríamos pasar con nuestra familia, en resolver estas controversias. Año tras año nuestra villa crece y con esto crecen nuestros problemas”

“De forma tal resolvamos los problemas de sugiero el siguiente curso de acción, generaré un conjunto de reglas, haré mandatos y estos mandatos servirán para resolver disputas. Cuando muera estas reglas se mantendrán y uno de mis hijos tomará el cargo de líder oficial de la villa, mi sucesor está en libertad de cambiar las reglas si así lo desea.”

La mayoría de la comunidad acepto las reglas propuestas por Rex, pues

³ Hagerström, Axel, *The nature of law and Morals*, Almqvist & Wiksell, Suecia, 1953, p. 17.

El Problema de la validez del derecho, una aproximación

197

confiaban en la sabiduría del líder, pensaban que eso implicaría no perder tanto tiempo y por consiguiente avocarlo a cosas más trascendentes.

Solo un aldeano rehúso la propuesta bajo el argumento de que las propuestas de Rex parecían adecuadas, pero que un análisis más detallado demostraba que tenían fallas; pues de manera tal que el líder tenga el poder para hacer, cambiar y aplicar reglas para la aldea, tiene que existir una regla que le de poder para hacer eso, sin embargo esa regla no existe. Si el líder se empeña en aplicar una mandato a la comunidad sin existir una regla que le de poder, dicha ley no tendrá fuerza suficiente.

Rex pensó la objeción, y se dio cuenta de que realmente requería una norma que lo facultara para poder crear normas que pudiesen obligar a las personas a acatar un mandato, esto no podría ser resuelto por una votación, pues hasta para realizar una votación, se requiere que exista un mandato que faculte para que a través de que este se pueda dar el poder para reconocerlo.

Podríamos pensar que una posible respuesta reside en identificar otra norma que confiera poder, como podría ser lo ratificado por una constitución, sin embargo aún subsiste el problema, ¿quién puede otorgar el poder para ratificar la constitución?, ¿quien tiene el poder para realizar esto?, en este esfuerzo de tratar de encontrar el tope de la cadena de autoridad podría llevarnos a un círculo o a un regreso sin fin, ¿este debería ser el tipo de autoridad última en que se debe fundar el

orden de una autoridad para que sea verdad?

Este problema genera una paradoja igual a la del huevo y la gallina, entendiendo por el huevo, el que alguien tenga el poder para crear una norma legal solo si existe una que confiera poder. Y la gallina una norma que confiere poder para crear normas legales existe si y solo si algún cuerpo de normas lo faculta.

Existen dos posibles soluciones al problema: la primera consiste en rechazar el dilema del huevo y la gallina encontrando un cuerpo que tenga el poder suficiente y que no derive de la norma, llamando a este *autoridad última*.

Si una autoridad última puede ser localizada se resolvería el problema demostrando que esta norma deriva de su voluntad como centro de poder. Esto implicaría que no existe problema alguno pues la norma tiene autoridad no por una norma si no por la autoridad que la emitió.

Otra salida es encontrando una norma que confiera poder para crear normas; pero que no sea creada por alguien con similar poder, llamando a esta norma "*norma última*", este tipo de normas cancelan el regreso sin fin que planteaba previamente. El poder legal de cualquier sistema legal puede ser rastreable a una norma última que no fue realizada por otras normas previamente.

Un ejemplo de esto puede ser la autoridad de Dios, pues para los naturalistas estas podrían dar alto a esta regresión al infinito, sin embargo para los positivistas el carácter meta-

físico de la noción de Dios, hace no pueda ser tomado en serio como una forma de sustentar la autoridad del Derecho

Los positivistas han encontrado dos soluciones al problema de la autoridad del Derecho: la primera sería darle autoridad a la norma que no se sustente en aspectos morales, sino sociales, que la norma descansa en el poder bruto que es capaz de hacer obligar cumplir una norma.

John Austin observaba por ejemplo que la soberanía con la cual se podía dictar una norma, derivaba de la autoridad, y que esta autoridad propiamente no derivaba de una norma existente, sino de su habilidad para coercionar a otros, haciendo que la población se sometiera a su voluntad. El soberano es una autoridad última, dado que su poder para crear normas descansa en el hecho de que su voluntad habitualmente es obedecida por una comunidad política.

De acuerdo con Austin todas las reglas son mandatos generales, son generales en el sentido de que estas expresan un deseo de que se realice un clase de acciones. El derecho positivo consiste de aquellas reglas hechas por soberano. Lo que lo hace soberano, son dos cosas, la primera es que el soberano debe de estar habitualmente obedecido por el pueblo y segundo el soberano no puede obedecer habitualmente a otra persona.

En otras palabras el Derecho es un conjunto de mandatos generales hechos por un soberano que es habitualmente obedecido por la mayoría de la población y que a su vez, este

soberano habitualmente no obedece a nadie.

Decía que los positivistas proponen dos alternativas, la segunda posibilidad consistiría en que se argumente que todas las instancias de una autoridad legal son rastreables a una regla social, desde este punto de vista la gente en países democráticos tiene el poder legal, no por que estén moralmente titulados para hacerlo, sino porque otros funcionarios y tribunales siguen reglas para acatar estas decisiones.

III. EL CONFLICTO ENTRE POSITIVISTAS Y IUSNATURALISTAS

Es precisamente en este aspecto que descansa el conflicto entre positivistas y iusnaturalistas, pues para los positivistas la autoridad legal descansa en el poder político; se tiene la habilidad para castigar a cualquiera que no cumpla la ley, se tiene el derecho para imponer una obligación de obedecer; sin embargo tiene un problema, el hecho de que pueda castigar a alguien es un hecho descriptivo acerca del mundo, no se puede derivar un deber ser del ser, principio de la falacia naturalista de Hume.

Los positivistas piensan que las normas derivan de los hechos sociales solos, el acto de conocer el derecho implica que, por lo menos en principio, somos capaces de conocer o derivar la norma del conocimiento de los hechos sociales.

El Problema de la validez del derecho, una aproximación

199

Lo cierto es que las dos posturas fallan con relación a la “Falacia Naturalista de Hume”, esta es una hipótesis en la que presupone que lo que debe de ser, no puede ser derivado de lo que es.

Imaginemos el siguiente escenario, le ordeno a un niño, supongamos mi hijo, que haga su tarea, el niño podría contestarme casi inmediatamente, y ¿porqué tengo que obedecerte?, a lo que contestaría “Porque lo ordeno”, el niño aún así podría contestarme pero ¿por qué habría de escucharte?, ¿porqué debería de seguir tu orden?, a lo que contesto “Porque soy tu padre y por que los niños siempre deben de escuchar lo que sus padres dicen” y el podría contestarme, “cierto, pero el hecho de que los niños escuchen lo que sus padres dicen, no significa que deba de obedecerte”

Y es que sobre esto gira la lógica de la falacia de Hume, una conclusión de carácter normativa no puede ser derivada de manera exclusivamente de premisas descriptivas.

IV. CONCLUSIÓN

La constitución de una ciencia del derecho debe de partir por concebirse como ciencia hermenéutica, es decir, de una ciencia cuyo objeto específico reside en un conjunto de significados que no son inmediatamente visibles y que por consiguiente exige que se emplee un procedimiento radical-

mente interpretativo. En este sentido coincido con el pensamiento de Ost.⁴

En este sentido el pensamiento de Kelsen, se vuelve trascendental, pues es uno de los primeros autores que denuncian la confusión existente entre el derecho y la ciencia del derecho, propone que el objeto del derecho es producto de una actividad creadora o constitutiva (Kelsen), la construcción de su objeto solo se puede dar ante una ruptura inmediata con la ideología. Sin embargo en el análisis de su modelo llega un punto en el que este se vuelve mera descripción

Es un gran error el hecho de creer que la sola descripción de un objeto aun comprendida en sentido amplio nos suministra un conocimiento satisfactorio de el. Se debe de buscar la objetividad, esto presupone que se debe de observar la percepción de las cosas tal como son, explicar las cosas no solo desde el interior sino desde el exterior.

Karl Popper sostenía que una teoría “es una red destinada a capturar lo que llamamos el mundo, a volver racional, explicarlo y dominarlo de ahí que una teoría no se pueda limitar solamente a describir fenómenos.

En este contexto es que debemos de trabajar en construir una teoría que no solo describa la lógica del derecho, sino de explicar cual debe de ser la autoridad del Derecho, pues de no tener esto caemos en una pérdida de fundamento, y por ende en una espe-

⁴ Ost & Van de Kerchove, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, UNIANDES, Colombia 2001, p.23.

cie de nihilismo jurídico, del cual nada bueno podría devenir.

Si se busca generar un sistema legal que pueda ser considerado como determinado y coherente es necesario que se haga un análisis de cómo se debe de apreciar el sujeto que será parte del sistema jurídico, que se entienda desde donde lo estamos describiendo y como es que el entiende la noción del derecho, tal como dijera Balkin:

*Coherence is more than a property of law, it is the result of a particular way of thinking about the law. The experience of coherence is an activity of understanding, it is something we do with and to the law, and through this activity, we ourselves are changed*⁵

El hecho de que no podamos manifestar algo objetivo sobre el mundo nos lleva a dudar de las fundamentos universales de validez del conocimiento, la crítica de la jurisprudencia posmoderna es una crítica a los fundamentos “racionales” del derecho.

⁵ *Coherencia es más que una propiedad del derecho, es el resultado de una forma particular de pensar el derecho, la experiencia de la coherencia es una actividad del entendimiento, es algo que hacemos con el derecho y a través de su actividad, nosotros mismos cambiamos.*“Balkin, J.M., *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence*, 103 Yale Law Journal, 105, 106 (1994), <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/understandinglegalunderstanding.pdf>, 5 de septiembre del 2010.

BIBLIOGRAFÍA

- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, 1ª Edición, Quinta Reimpresión, España, 2002.
- Hagerström, Axel, *The nature of law and Morals*, Almqvist & Wiksell, Suecia, 1953.
- Ost & Van de Kerchove, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, UNIANDES, Colombia 2001.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Themis, México, 2003.

INTERNET

- Balkin, J.M., *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence*, 103 Yale Law Journal, 105, 106 (1994), <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/understandinglegalunderstanding.pdf>, 1 de mayo de 2011.

Protección de bienes culturales: Convención de la Haya de 1954

Sandra Guadalupe Segura Vázquez*

“...en una época en que olvidar parece ser la forma más fácil
y aparente de ser modernos, salvaguardar la memoria y el
patrimonio acumulado en los diversos órdenes del quehacer
humano es tarea cotidiana y de todos”

LUIS DE PABLO

Sumario: Resumen, Introducción, 1. Patrimonio. Clasificación, 2. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (UNESCO), 3. Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Tiempo de Conflicto Armado, Conclusiones.

Resumen: Las múltiples manifestaciones artísticas, históricas o arqueológicas, que distinguen y hacen excepcionales a los países, conforman la herencia cultural, identidad única, desafortunadamente no hay conciencia ni los medios adecuados que permita una preservación eficaz, a fin de que las generaciones tengan acceso a todos esos bienes que representan el pasado. No solo los enfrentamientos bélicos son un riesgo, también la actitud de los individuos conlleva a un menoscabo en los valores, tradiciones, costumbres, por lo que a instancia de organismos internacionales se firman convenciones que conminan a los Estados a implementar acciones que contribuyan a lograr su salvaguarda.

* Licenciada y Maestra (pendiente examen de grado) en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM.

INTRODUCCIÓN.

El individuo recibe de sus antepasados un legado que constituye la cultura, algunas de las creaciones son excepcionales, en virtud de características específicas, la manera en que se elaboraron, el material del que se constituyen o simplemente por belleza.

México, país pluricultural, en el que existen un sin número de manifestaciones artísticas, históricas o arqueológicas únicas, el patrimonio cultural es basto, por lo que es indispensable crear conciencia de su trascendencia y de la importancia de contar con los medios adecuados para resguardarlos.

Quizá se considere una moda, la reciente preocupación por éste tipo de objetos, en realidad se acrecienta el interés por preservarlos. Desde hace tiempo se realizan, a nivel mundial, campañas de sensibilización. En el país hay buenas intenciones, pero no los mecanismos, ni legislación adecuados, para una apropiada protección.

La gran riqueza de objetos los hace cotidianos, se consideran eternos. No se toma conciencia de los riesgos a que están expuestos. Si bien es cierto, el paso del tiempo ocasiona un daño ante el que poco puede hacerse, hay uno más grave, en el que sí hay posibilidad de intervenir, el que se causa por enfrentamientos bélicos.

La excepcionalidad de algunos bienes culturales traspasa el ámbito nacional y se les considera universales, por ello la conservación, preservación y difusión es una obligación de todos, la trascendencia constituye la

razón principal para la creación de convenios que permitan su salvaguarda.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el patrimonio cultural adquiere un interés social y jurídico a nivel internacional, se acuerdan acciones que aminoren su destrucción, un ejemplo claro es la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Tiempo de Conflicto Armado de 1954, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a fin de que los países contribuyan a su tutela. No debe olvidarse que se forma parte de un mundo globalizado en el que los errores de uno repercuten en todos, el daño se causa a la humanidad.

1. PATRIMONIO. CLASIFICACIÓN.

Del latín *patrimonium*, hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes// 2. Conjunto de los bienes propios, adquiridos por cualquier título// 3. Conjunto de los bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenando, como título para su ordenación// 4. Patrimonialidad// 5. Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.¹

En materia civil Domínguez Martínez define al patrimonio como “conjunto de bienes, derechos y obligaciones

¹ Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, España, Real Academia Española, Tomo II. 2001, p. 1703

Protección de bienes culturales...

231

correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituye una universalidad jurídica". O bien, el "conjunto de derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero."²

Lo que una persona posee no solo se constituye por aquello cuantificable económicamente, deben incluirse valores, tradiciones, costumbres, conocimientos, y experiencias, elementos que en algunos casos se reflejan en obras excepcionales, que pueden adquirir la calidad de bien cultural.

La visión civilista del patrimonio tiene dos elementos: el activo y el pasivo. El primero se compone por todo aquello que favorece a su titular, el acervo de bienes y derechos. El pasivo se integra por todo lo de contenido económico a cargo del mismo titular, obligaciones, que tienen un aspecto negativo. Constituye una universalidad jurídica, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que conforman una unidad abstracta.

A. PATRIMONIO CULTURAL.

Los intercambios constituyen, en todas las épocas, un factor determinante para la comunicación y las relaciones entre los pueblos, lo que origina la aparición de una concepción universalista de la cultura y de la existencia de un patrimonio pertene-

ciente a la humanidad. Las creaciones artísticas, las actividades creativas y el pensamiento científico traspasan las fronteras y ocupan, en las relaciones internacionales, un lugar importante, surgen más posibilidades de paz y colaboración entre los países.

Es complejo y difícil tener una sola definición de Patrimonio Cultural, una gama de objetos constituyen la expresión de una cultura específica, destacan por la artesanía con la que fueron elaborados, porque poseen características únicas, o bien puede tratarse de descubrimientos arqueológicos, elaboraciones arquitectónicas, barcos y libros.³ El legado es muy diferente de una sociedad a otra, se integra de aquellos elementos que son testimonio de la historia e identidad de cada una.

En el informe final de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales, de la UNESCO, celebrada en México en 1982, se determina que

"El patrimonio cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan sentido a la vida, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo; la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos

² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, 6ª edición, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 216

³ Askerud Pernillo y Etienne Climent, *La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales (un manual de la UNESCO para la implementación de la Convención de 1970.)*, México, División de patrimonio cultural de la UNESCO, 1999. p. 19

históricos, la literatura, las obras de arte, los archivos y bibliotecas.”

Concepción en la cual se tienen en cuenta los bienes intangibles, lenguas, música, expresiones de las culturas populares, las practicas artesanales, el acervo intelectual, fílmico y fotográfico, entre otras manifestaciones de la cultura de un pueblo. Rafael Tovar y de Teresa sostiene que

“(…) el concepto de patrimonio cultural no es estático, y forma parte él mismo de las representaciones que los pueblos se hacen de su cultura en los diferentes momentos de su historia. Lo que una sociedad considera que es su legado cultural, es algo que va cambiando con el tiempo, tanto en su definición como en sus contenidos, y se encuentra estrechamente ligado no sólo con las formas culturales sino también con los procesos históricos y sociales.”⁴

En el patrimonio cultural se sintetizan los valores característicos de la sociedad a la que pertenecen, los reconoce como propios y por ello elabora políticas, actividades y acciones para conservarlo.

En la reunión de la UNESCO en París, en 1972 se estableció que el patrimonio cultural son los monumentos (arquitectura, escultura o pinturas monumentales), los conjuntos (grupo de construcciones excepcionales integradas en el paisaje) y lugares (obras

del hombre o de éste y la naturaleza, así como zonas que incluyen lugares arqueológicos). Olaia Fontal Merillas, lo define como “conjunto de bienes tangibles e intangibles que reflejan una herencia cultural de un pueblo, etnia y/o grupo social, lo cual determina un sentido de pertenencia a sus distintas producciones e imaginarios simbólicos”.⁵ En otras palabras es “la suma del legado histórico de todas las épocas y todos los grupos étnicos que han habitado nuestro territorio, y que remonta sus orígenes a nuestro siglo XIX.”⁶

Actualmente se toma conciencia de las diversas formas culturales desarrolladas en los países, se valoran los grupos heterogéneos que coexisten o coexistieron. Surge un interés por rescatar y revalorar todo aquello que había sido hecho a un lado, por ignorancia o desinterés, y que desafortunadamente tuvo consecuencias: la pérdida de bienes insustituibles.

El legado se conforma por aquellas creaciones de artistas, músicos, escritores, sin importar el área de especialización, incluso las que sean fruto de la colectividad, todo lo que tenga o le dé un cierto sentido a la vida, pueden ser cosas materiales o inmateriales como la lengua, ritos, creencias, lugares, literatura, se incluyen los bienes que integran el acervo cultural de una nación, son objetos que cuentan con características únicas.

⁴ Tovar y de Teresa, Rafael, “El patrimonio cultural de México,” *México en el Tiempo*, México, Dic.1994-Ene.1995, Año 1, No. 4, INAH-CONACULTA, p. 11

⁵ Fontal Merillas Olaia, *La educación patrimonial. Teoría y práctica en el aula, el museo e internet*, España, Ediciones Trea, 2003. p. 28, 30

⁶ *Idem*.

Protección de bienes culturales...

233

B. PATRIMONIO MUNDIAL O DE LA HUMANIDAD.

Al Hombre se le concede la titularidad de derechos sobre ciertos bienes, espacios físicos y recursos, la forma en que se pretende protegerlos es por medio de Convenciones.

La designación de patrimonio mundial, cultural o natural, obliga al país propietario a su protección, en caso de deterioro, los Estados signatarios deben colaborar en las campañas de emergencia.

Es necesario distinguir los bienes que pueden considerarse patrimonio cultural a nivel internacional, parte de este legado tiene la categoría “mundial”. A causa de la dificultad en la cuantificación de su valor como recurso cultural, se emplean criterios que se basan en la relatividad y subjetividad de consideraciones no solo sociales sino científicas.⁷

Junto con el término patrimonio mundial se utiliza el de humanidad en virtud de la titularidad del legado, es la idea general de la cultura y de la existencia de un legado, la creación artística y pensamiento científico traspasa fronteras. Humanidad es un concepto que engloba valores éticos presentes en toda sociedad, universales, intangibles para cualquier hombre.

Por patrimonio común de la humanidad, de acuerdo con Antonio Blanc,

deben reconocerse dos cuestiones diferentes:⁸

a. Alcance del concepto “Humanidad”: la concepción universalista del género humano se vinculan a los intentos de teorización del Derecho Internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial y al constituirse la Organización de las Naciones Unidas, el término “humanidad” se ha incorporado progresivamente en los instrumentos internacionales. Esta noción de humanidad influye de modo considerable en el Derecho Internacional, de tal modo que estas regulaciones abarcan las futuras comunidades humanas, se trata de preservar los bienes para las generaciones venideras. La Humanidad está constituida por un conjunto de hombres y pueblos diferentes, no idénticos, que desean mantener su propia personalidad sin negar su pertenencia común al género humano. Es por lo tanto, un concepto abierto a los todos los hombres, pueblos y Estados.

b. La cuestión de la subjetividad: es necesario determinar hasta que punto se puede considerar, en la actualidad, a la humanidad como sujeto de Derecho Internacional, y como titular de derechos y obligaciones. Un sujeto es el ente al que se destinan las normas jurídicas de un ordenamiento, constituye una fuente de derechos, obligaciones, responsabilidades y competencias. En el momento en que se crea un sistema de reglas de Derecho, surge la necesidad de establecer a los destina-

⁷ Fontal Merillas *Op. Cit.* p. 28

⁸ Blanc Altemir Antonio, “*El patrimonio común de la humanidad: hacía un régimen jurídico internacional para su gestión.*”, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1992. p. 32 y ss

tarios de éstas, al ser un planteamiento general, el orden jurídico internacional también debe señalar a los sujetos a quienes se dirigen las normas. Barberis define Sujeto de Derecho Internacional como “aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación”.⁹ Se pretende adoptar una noción general de personalidad jurídica y una serie de características inherentes, reserva la condición de sujetos solo a quienes cumplan determinados requisitos. Postura que se rechaza, no es posible atribuir automáticamente a un ente derechos y obligaciones por similitud con un prototipo, por la gran diversidad de sujetos de derecho existentes. La humanidad ostenta una capacidad jurídica, es beneficiaria de una serie de derechos que el orden jurídico internacional le atribuye en forma de titularidad sobre el patrimonio, sin que implique capacidad para ejercer directamente sus derechos, por tanto no es sujeto directo de obligaciones, responsabilidades y competencias. Se le coloca paralelamente al Estado, es éste quien detenta la personalidad jurídica y titularidad del patrimonio con derechos y obligaciones, cumple con las funciones de representante de la humanidad, o de una parte de ésta. No puede afirmarse estrictamente que la humanidad sea sujeto de Derecho internacional.

La noción de Patrimonio de la Humanidad divulga en el mundo un

planteamiento del Derecho romano en donde se define al *patrimonium* como “bien heredado, que se transmite de padres y madres a hijos”. La globalización de la noción es una aplicación para la humanidad, de los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tiene como propósito conservar las condiciones vitales de los pueblos, para que las futuras generaciones gocen de circunstancias propicias para un desarrollo económico, social, político y cultural similar, no menor, al actual.

El concepto de Patrimonio de la Humanidad lo definió oficialmente la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas (UNESCO) en la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de París 1972, entró en vigor en 1975. Fija el marco administrativo y financiero para la protección del “Patrimonio de la Humanidad Cultural y Natural.”

Artículo 1.- A los efectos de la presente convención se considerará “patrimonio cultural”, los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y de grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

⁹ Barberis citado en Blanc Altemir. *Op. Cit.* p. 38.

Protección de bienes culturales...

235

Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

El artículo 8, crea el Comité del Patrimonio Mundial, compuesto de 21 integrantes. Desde 1976, se constituye en Asamblea General durante las reuniones ordinarias de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

A las sesiones pueden asistir, con el carácter de asesor o consultor un representante del Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (Centro de Roma), un representante del Consejo Internacional de Monumentos y Lugares de Interés Artístico e Histórico (ICOMOS) y uno de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN), con la posibilidad de incluir a representantes de otras organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales con objetivos similares.

El comité lleva y publica las listas del patrimonio mundial de la humanidad, en donde incluye los bienes del legado cultural y natural, por otra parte el patrimonio mundial en peligro en donde figuran los bienes cuya protección exige trabajos de preservación urgente por su estado de conservación y dar la difusión necesaria para que se haga labor de protección. La inscripción como Patrimonio de la

Humanidad se decide por un comité de la UNESCO compuesto por representantes de los Estados firmantes de la Convención.

La apreciación de “valor universal excepcional” se determina para los bienes culturales por seis dictámenes más un juicio de autenticidad, y para los naturales por cuatro dictámenes más un juicio de integridad, los realizan los miembros del Comité del Patrimonio Mundial. Este dispositivo, que muestra la voluntad de realizar un juicio de clasificación ecuaníme, es, de hecho, bastante delicado. Las primeras listas se establecieron en 1979, y se actualizan continuamente. La connotación de valor universal excepcional y el acuerdo del Estado al que pertenecen los bienes, hacen que surja un compromiso para identificar, proteger, conservar, rehabilitar y heredar a generaciones venideras el patrimonio universal, cultural y natural, la comunidad internacional tiene la obligación de cooperar.

Los nombres que aparecen en estas listas son representativos de la diversidad cultural y natural del mundo, de las religiones y de los parajes, al hacer la lista se tiene en cuenta todos los inventarios, y como evoluciona el valor sobre la cultura y la naturaleza. La lista agrupa cerca de 500 bienes, el 80% de los cuales son culturales. Entre ellos figuran Venecia, el centro de Florencia y San Gimignano en Italia; el palacio de Diocleciano en Split; los conjuntos de Delfos, de Epidauro y de Olimpia en Grecia; la Cueva de Altamira, la arquitectura mudéjar de Teruel, el Camino de Santiago, Catedral, Alcázar

y Archivo General de Indias de Sevilla, la Alhambra, el Generalife y el Albaicín de Granada, Monasterio y Real Sitio de El Escorial, Palacio y Parque Güell y Casa Milá de Barcelona en España; la ciudad de Edimburgo y el paraje de Stonehenge en Gran Bretaña; el templo de Angkor en Camboya, el palacio imperial de Pekín, la Gran Muralla de China; el templo de Borobudur en Indonesia; el palacio de Taj Mahal en la India; Mohenjo-Daro en Pakistán, la ciudad de Petra en Jordania, Baalbek en Líbano; Palmira en Siria; El Cairo Antiguo islámico, Abu Simbel y los templos de Nubia en Egipto; la ciudad romana de Timgad en Argelia; los acantilados del país Dogon y Tombuctú en Malí; los palacios de Ghana; el paraje arqueológico de Zimbabue; la estatua de la Libertad en Nueva York; la ciudad vieja de La Habana, la antigua ciudad minera de Ouro Preto en Brasil; el Machu Pichu en Perú, el centro histórico de Aviñón, la abadía del Mont-Saint-Michel, las orillas del Sena en París, el Palacio de Versalles, en Francia; la ciudad vieja de Berna, en Suiza. De México destacan: El centro histórico de la ciudad de México, Xochimilco, Puebla, Oaxaca, Monte Alban, Zacatecas, Morelia, Guanajuato y las minas adyacentes, Tlacotalpan, Campeche, Querétaro, Palenque, Teotihuacán, el Tajín, Uxmal, Chichén Itza, Xochicalco, Paquimé Casas Grandes, Calacmul, El hospicio Cabañas en Guadalajara, 14 monasterios del Siglo XVI en las faldas del volcán Popocatepetl, las misiones franciscanas de la Sierra Gorda de Querétaro, Casa Luis Barragán, la Biblioteca Palafoxiana,

Ciudad Universitaria, el paisaje agave-ro y antiguas instalaciones industriales de Tequila Jalisco.

Se encuentran inscritos como parajes naturales catalogados por la UNESCO el Gran Cañón, el bosque de Bialowieza en Polonia, la calzada de los Gigantes en Irlanda, Ayers Rock en Australia, las cataratas Victoria, los parques nacionales españoles de Doñana, Garajonay o el Rapa-Nui de Chile. La reserva de la biosfera de Sian Ka'an en Quintana Roo, Santuario de las ballenas de El Vizcaíno, junto con las lagunas costeras Ojo de Liebre y San Ignacio en Baja California Sur.

Aparte de su simbolismo, estos lugares protegidos poseen también un valor de mercado: atraen turistas, hasta el punto de ponerlas en peligro de destrucción.

De lo anterior se puede concluir que el Patrimonio de la Humanidad es aquel que se integra por el legado cultural y natural, se transmite de generación a generación, lo conforman los monumentos, parajes, monumentos materiales, formaciones geológicas, con valor excepcional de acuerdo con la historia, arte, estética o ciencia, por que tiene como titular a la humanidad, el fin común es preservar la identidad propia.

C. PATRIMONIO NATURAL.

Al tomar conciencia de los peligros que ocasiona la destrucción de los equilibrios fundamentales que rigen la biosfera, surge la idea de la existencia

Protección de bienes culturales...

237

de una herencia natural universal. Hay preocupación por la contaminación masiva del medio ambiente, su protección constituye un elemento indispensable para la supervivencia del hombre. Los problemas son globales, por la interconexión entre los sectores que lo integran y la movilidad de las sustancias contaminantes, se requiere de la cooperación internacional para solucionarlos. La acción aislada de los Estados no es suficiente, es necesaria la construcción de un “nuevo orden socio-ecológico internacional.”¹⁰

El artículo 2 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, reconoce como Patrimonio Natural

“los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas o biológicas, o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico. Las formaciones geológicas o fisiográficas, y las zonas estrictamente delimitadas que constituyen el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tienen un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico. Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tienen un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.”

Se han realizado una serie de convenciones, algunas de carácter regional, con perspectiva universalista

donde se determinó que la preservación y la utilización racional de suelos, aguas, flora y fauna, son vitales para el hombre, por lo que hay que fomentar la conservación para el bienestar presente y futuro de la humanidad.

Se integra de espacios naturales, algunos son hábitat necesarios para la vida de diversas especies, lugares que requieren protección.

El legado natural es aquel en el que no interviene la mano del hombre para la creación de lugares, seres vivos, monumentos naturales con belleza excepcional, que por el valor científico, estético, cultural, recreativo y económico, merecen protección, no es representativo de una sociedad por que ésta lo produzca, sino por encontrarse en su territorio, se debe proteger y conservar. Son diversos los criterios para determinar que un bien forme parte de ésta categoría, la importancia puede radicar en las especies animales y vegetales que ahí se localizan, por constituir un ecosistema de calidad sin igual.

Los trabajos para la conservación del patrimonio subacuático, son recientes, ahora se registran para protegerlos y fomentar investigaciones en esas zonas, por ejemplo el mar de Cortés.

D. PATRIMONIO INMATERIAL.

De acuerdo con el artículo 2 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, se define como:

¹⁰ Blanc Altemir. *Op. Cit.* p.181

Los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.... se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.¹¹

Especialmente para los grupos minoritarios y las poblaciones indígenas, el patrimonio intangible representa la fuente vital de una identidad profundamente arraigada. La filosofía, los valores, el código ético y el modo de pensamiento que se transmite por las tradiciones orales, las lenguas y las diversas manifestaciones culturales constituyen los fundamentos de la vida comunitaria. La índole efímera de

este patrimonio intangible lo hace vulnerable. ¡Es apremiante actuar, para su protección!

El patrimonio intangible es vasto y concierne a cada individuo, porque es portador del legado de la comunidad a la que pertenece. La salvaguardia de éste debe empezar con la iniciativa individual, con apoyo de asociaciones, personal especializado e instituciones; sólo así se tomará en consideración por las autoridades nacionales. La UNESCO está ahí para prestar ayuda cada vez que las autoridades de un Estado miembro se lo soliciten.

Trazar las fronteras entre lo que se denomina patrimonio cultural de la humanidad y el intangible no es fácil, todo lo que crea la inteligencia humana es obra del ingenio y de la creatividad que hacen que el saber y las habilidades sean transmitidas, modificadas de individuo a individuo, de generación en generación. El legado inmaterial impregna cada aspecto de la vida, está presente en todos los productos de la cultura, objetos, monumentos, sitios y paisajes.

Todo aquello, aun cuando no se materialice, pero que tenga un significado especial para la comunidad es parte de la herencia para las futuras generaciones, como las leyendas, dichos, tradiciones, conocimientos en múltiples disciplinas e incluso la forma de comunicarse, lenguaje, lo que sin verlo sabemos que influye el pensamiento y ahonda las raíces.

Para proteger es necesario conocer e identificar. Los actores sociales son los únicos, que como producto-

¹¹ <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006> Fecha de consulta 9 de mayo de 2011.

Protección de bienes culturales...

239

res de la cultura, otorgan valor a los bienes culturales y los hacen permanecer mediante la transmisión de generación en generación. Lo más importante para la transferencia es la autocomprensión mutua que los haga entenderse como miembros de una única comunidad y por tanto como constructores de su identidad cultural. Para poder ser uno es necesario ser todos.¹²

Los bienes intangibles requieren de la tutela del estado, producen unidad en la sociedad o grupo en el que surjan o se encuentren, son las tradiciones que permanecen o se transmiten.

2. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (UNESCO)

De acuerdo con el artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas, se crea en Londres el 16 de noviembre de 1945.

La Declaración Inicial establece que "...en la mente de los hombres deben erigirse los baluartes de la paz;...los desacuerdos entre los pueblos, han degenerado en guerra con mucha frecuencia; la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua;...

¹² García Aguilar Idalia, "Miradas aisladas, visiones conjuntas: Defensa del patrimonio documental mexicano", México Centro Universitario de Investigaciones Bibliotecológicas-UNAM, 2001. p. 58 y ss.

la paz debe basarse en la solidaridad intelectual y moral de la humanidad..."

El artículo primero de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura establece los propósitos y funciones, dentro de los que se encuentran los siguientes:

1. Contribuir a la paz y seguridad de las naciones a través de la educación, la ciencia y la cultura, para lograr respeto a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y libertades elementales, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.
2. Impulsar la educación popular y difundir la cultura, sugerir métodos educativos apropiados para preparar a los niños del mundo y así formar hombres libres.
3. Ayudar a la conservación, progreso y difusión del saber: *Velar por la conservación y protección del patrimonio universal* de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico y recomendar a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin.

Los órganos de la UNESCO son:

1. Conferencia General, representantes de los Estados Miembros, con un máximo de cinco delegados por cada país. México lo es desde el 4 de noviembre de 1946.

2. Consejo Ejecutivo, se integra por 58 países que elige la Conferencia General.
3. Secretaría General, el titular es el Director General, lo nombra la Conferencia General, a propuesta del Consejo Ejecutivo.

El artículo VII prevé que cada Estado Miembro realice todo lo necesario para asociar a la Organización los principales grupos nacionales interesados en los problemas de educación, ciencia y cultura, de preferencia con la creación de una Comisión Nacional de Cooperación que reúna a representantes del gobierno y de esos grupos, para lograr la colaboración con prestadores de servicios, organizaciones, instituciones y personalidades interesadas en la esfera de competencia de la UNESCO. Promover la participación de instituciones nacionales, gubernamentales o no, en la elaboración y ejecución de programas de la Organización.

Los Estados Miembros entregan informes sobre leyes, reglamentos y estadísticas relativos a las instituciones y actividades educativas, científicas, culturales, de las medidas tomadas conforme a las recomendaciones y convenciones.

La UNESCO se relaciona con organizaciones no gubernamentales,¹³ para establecer planes y prioridades, la ejecución de programas debe ser flexible y dinámica. Las relaciones

formales pueden ser de consulta o de asociación, se establecen por periodos de seis años, solo si la labor y funcionamiento son no lucrativos. Deben cumplir ciertos requisitos: contar con personalidad jurídica propia, realizar actividades competencia de la UNESCO, desplegadas en el ámbito internacional con objetivos de cooperación, tolerancia, solidaridad, bienestar de la humanidad y respeto a las identidades culturales.

Al adoptarse la resolución 6.42 en la 49ª sesión de la Conferencia General (París 1949) se establece la protección de los objetos con valor cultural y se confiere a la UNESCO la responsabilidad de preservar el patrimonio cultural de la humanidad.

Vigila que los bienes incluidos en la Lista de Patrimonio Mundial tengan una planeación estricta para su conservación, debe incluir entre otros: imagen urbana, cuidado de autenticidad de espacios arquitectónicos, de las áreas verdes, erradicación de graffiti, control de crecimiento, funcionamiento, programas de mantenimiento y los fenómenos que los pueda dañar.

En conclusión es un enlace entre los Estados y otras organizaciones, para la protección del patrimonio de la humanidad.

3. Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Tiempo de Conflicto Armado.

Surge a partir de la reunión celebrada del 21 al 14 de mayo de 1954 en La Haya, asistieron 56 Estados. El objetivo es equilibrar las necesidades humanitarias y militares.

¹³ UNESCO, *Manual de la Conferencia General*, Edición 2002, París. p 131.

Protección de bienes culturales...

241

Los países reconocen el problema que representa la destrucción irracional de los bienes culturales, por lo que convienen concentrar los ataques en los blancos militares, a través de medidas nacionales e internacionales previstas en época de paz. Los últimos conflictos armados constituyeron un menoscabo importante en el legado de la humanidad, de ahí que se busque aminorar los riesgos.

La Convención de la Haya, en el artículo 1º define aquellos a los que otorga protección, la lista es ilustrativa, distingue los objetos en razón del valor, arte, religión, caridad, educación. Además de crear el concepto "Centros monumentales", establece cinco categorías:

1. Objetos de alto valor o importancia cultural, bienes culturales.
2. Lugares de belleza natural.
3. Sitios arqueológicos.
4. Archivos y bibliotecas.
5. Colecciones de manuscritos y libros, y piezas individuales.

Ante la imposibilidad de atender todos los bienes culturales y con el fin de que las generaciones futuras los conozcan, se incluye fotografías o microfilmes, sitios subacuáticos de interés arqueológico e histórico.

Prevé la protección de edificios de dos tipos específicos:

► Cualquier estructura (edificio o trabajo de construcción) por:

- Los elementos en él fijados: museos, bibliotecas, almacenes de archivos,
- El propósito para el que se creó,
- El contenido: conservar o exhibir bienes culturales muebles,

► Refugios, lugares a donde se resguardan en caso de guerra los bienes culturales muebles.

Son las fuerzas armadas las encargadas de ejecutar acciones pertinentes durante el conflicto, para asegurar el respeto y protección de los bienes culturales. La guerra causa daños, con cada una de las operaciones militares, pero a la par hay perjuicios secundarios: humedad excesiva, temperaturas extremas, condiciones climáticas variables, entre otras, lo que implica que cada estado se anticipe a los efectos con base en sus recursos financieros, materiales y técnicos, y a las prioridades. Deben informar periódicamente para evidenciar el grado y eficacia de la salvaguarda, por lo menos cada cuatro años. La destrucción de bienes culturales puede ser un objetivo de guerra puesto que el efecto es debilitar la cultura y tradiciones del enemigo, y así evitar la resistencia de la población.

Durante la ocupación militar, la potencia invasora tiene la obligación de conservar y colaborar con la protección, los Estados se comprometen

a respetar los bienes culturales propios y de otros, así como a no realizar actos hostiles que los puedan destruir, en caso de guerra.

Para lograr lo que la convención establece es necesario que las autoridades civiles del Estado invadido establezcan contacto con sus similares, y discutan las medidas específicas a implementar. El ocupante debe asumir totalmente la responsabilidad, si la potencia asaltada no esta en posibilidades de cumplir con la obligación de salvaguarda.

Es en tiempo de paz que los países deben implementar las normas de protección. Las medidas varían de acuerdo al Estado, son ejemplo: Leyes y decretos que definan las obligaciones del personal militar, distribución de instrucción y aviso al cuerpo de fuerzas armadas, ejercicios militares: mapas de las jefaturas que protejan sitios y monumentos, lograr que los militares sean un aliado en las provisiones de la convención, entrenamiento del personal necesario para lograr la protección, elaboración de planes y procedimientos para la cooperación entre autoridades civiles y militares.

La protección puede ser más eficaz si en cada ejército existiera un grupo especial, que se encargue de los bienes culturales, durante un enfrentamiento bélico con medios de comunicación ajenos a los civiles. Preparar personal especialista en la protección y salvaguarda del patrimonio cultural es indispensable para aminorar los riesgos y daños posibles. Lo que establece la Convención

de 1954, se integra, sucesivamente, en las regulaciones para el ejército o fuerzas de emergencia de la ONU, del 20 de febrero de 1957, así como en el manual militar del proyecto del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Es importante delimitar las facultades de las tropas en cuanto a ocupación, identificar los inmuebles que no pueden utilizarse para sus propósitos. Son los comandantes de las fuerzas armadas quienes se encargan de las acciones protectoras y de verificación, para comprobar si los sitiados cumplen con los requisitos de la Convención. Lograr este fin es posible con la formación y sensibilización de personal especializado en derecho internacional humanitario, en particular en protección de bienes culturales, a través de manuales, y la difusión de las obligaciones a las que constriñe los firmantes.

En el siglo XIX una preocupación central era la protección de las obras de arte en caso que sea necesario transportarlas o cambiarlas al territorio de otro Estado, para evitar se utilicen en guerra o impliquen una ventaja. Requieren de respeto por ser parte integral de los derechos inmutables de una nación. No atacar los vehículos es un principio fundamental. Los medios de transporte cuentan con inmunidad, el traslado se efectúa bajo circunstancias especiales, dentro del territorio de la Alta Parte Contratante o al de otro Estado, con inspección internacional, previa solicitud de la parte interesada, pueden involucrarse, el país ocupado, el ocupante o el depositario. Los vehí-

Protección de bienes culturales...

243

culos deben portar el emblema, para que los bienes continúen inmunes, esta estrictamente prohibido incluir objetos que no tengan la calidad de patrimonio cultural.

Al iniciarse los ataques, de inmediato, debe ordenarse la evacuación de refugios, o en tiempo de paz, si se considera pertinente, por circunstancias imprevistas que requieran atención inmediata, en virtud de que las beligerancias estallan súbita e inesperadamente, es poco probable que los traslados se efectúen en un momento oportuno. Cuando sea de extrema urgencia, la movilización de los bienes, se realizará sin la notificación correspondiente, previa a la transferencia, o intervención internacional, con un control mínimo, para evitar, lo más posible, los actos de hostilidad contra los vehículos.

La naturaleza de los bienes culturales es variada, por lo que se debe contar con especialistas que los conserven, es decisión de cada Estado aceptar personal civil, militar o integrantes de las organizaciones internacionales para que realicen esa tarea. Se les proporciona protección, en la medida de lo posible, en caso de que los capturen, la potencia invasora tiene la obligación de facilitar los medios y condiciones para que continúen los trabajos de salvaguarda.

Para la formación de personal especializado en cada Estado firmante, la UNESCO imparte cursos a petición del país interesado, o envía a sus especialistas a realizar las acciones pertinentes, en casos de urgen-

cia, por los daños graves que sufra un bien.

Al iniciar la Segunda Guerra Mundial existía restricción respecto al ataque del patrimonio cultural, con la salvedad de que, así lo exigiera una necesidad militar imperativa, justificante bajo la que se destruyeron muchas ciudades. La modernización e industrialización de la época propicia un desarrollo carente de valores, el respeto y la tolerancia se mal interpretaron, motivo por el que se dio la destrucción masiva del legado edificado.

Europa se percata de la pérdida excesiva de sus riquezas culturales, catedrales, bibliotecas, museos, archivos, entre otros, se arrasa y borra de la memoria colectiva. El ejército enemigo no es el único objetivo, también los símbolos y no por situación fortuita, el patrimonio cultural mantiene la cohesión e identidad de una sociedad.

La Convención de La Haya es una reglamentación cautelar y preventiva, en tiempo de paz, se implementan medidas nacionales e internacionales. Difícilmente se aplica de manera adecuada, su incumplimiento. En guerra, una regla en el derecho internacional humanitario, es que la prioridad son los individuos que no participan directamente y la protección del patrimonio del país, su destrucción aumenta el grado de las hostilidades.

El patrimonio cultural le pertenece a un Estado, sin embargo es obligación y responsabilidad de todos evitar acciones que los afecten, en última instancia son bienes de la humanidad.

CONCLUSIONES

Los bienes culturales son extraordinarios, sin embargo como naturalmente forman parte del entorno social se valoran y reconocen poco. Los individuos no tienen claro lo que significan o representan, debe saberse la historia que representan, son testigos del devenir histórico.

Saber los acontecimientos relevantes del pasado, a través de los bienes culturales, permitirá que las personas aprecien su importancia.

Sensibilizar a la población de su significado, en el contexto social, así como vincular el aprendizaje a la existencia cotidiana, la interacción de la dinámica social, el contacto directo y espontáneo con los monumentos artísticos, arqueológicos e históricos, zonas, poblaciones típicas, pintorescas y lugares de belleza natural que reflejan el legado histórico acrecentará la identidad nacional.

Los museos tienen que convertirse en espacios de comunicación, en donde el contacto de los individuos con los

objetos permita un conocimiento directo, la nueva función es interactiva, permite mejor aprendizaje, los niños son los mejores para ésta nueva actitud.

En los lugares en donde existen monumentos de arquitectura, arte, históricos, religiosos o seculares, debe tratarse de integrarlos a la vida de la comunidad, resaltar la importancia que tienen con el entorno. Son un atractivo para el turismo y produce una serie de beneficios a la comunidad.

La protección eficaz de los bienes culturales requiere de la participación de todos los sectores de la sociedad, mayores recursos humanos, materiales y económicos pero principalmente del esfuerzo de cada uno de los individuos para que con acciones colectivas se proteja esa parte de la cultura que pertenece a la humanidad.

La firma de convenciones como la de La Haya de 1954 debe ser sólo el principio de un trabajo en conjunto, Sociedad-Estado, la legislación debe aplicarse y para ello se requiere que los individuos estén convencidos de los beneficios e importancia del Patrimonio Cultural.

Seguridad del Estado*

Orlando Olmedo Muñoz**

Sumario: 1.-Introducción. 2.-El Estado. 3.-Binomio orden y libertad como axioma de la Seguridad del Estado. 4.-Derecho, orden y libertad.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando escuchamos hablar de Seguridad del Estado o de la “Seguridad Nacional” se agolpan en nuestra mente muchas ideas, conceptos y doctrinas que dificultan la objetiva observación de sus límites, alcances y fines substantivos.

Penetrar a su mundo cognoscitivo es tarea ardua y difícil cuando caminamos por ese imbricado universo de mitos, leyendas y dogmas de verdades absolutas: Principalmente, porque en este brotan las visiones distorsionadas de los escenarios del mundo fantástico de los servicios de “inteligencia”, de lo militar y de lo policiaco; de los agentes encubiertos; de los investigadores; de las desapariciones; de los secuestros; de las persecuciones; de los “discretos seguimientos”; de la guerra ideológica y psicológica; de los reportes secretos; la represión y la defensa de un conjunto de valores de difícil interpretación para las ciencias política, jurídica y sociológica.

Múltiples son los factores que inciden en la formulación de una concepción de seguridad dinámica, capaz de adecuarse, en cada caso, a los cambios experimentados por la sociedad en el reacomodo, tanto de las energías cívicas, como de las fuerzas económicas y políticas del país, y a las del entorno mundial.

* Lo vertido en este texto es parte del libro que el autor tiene en preparación.

** Profesor de Teoría General del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El llamado derrumbe de las ideologías, la irrupción a la era posmoderna, el surgimiento de nuevos actores sociales, la complejidad de la construcción de un nuevo orden político en medio de las tensiones mundiales, la tendencia globalizadora en sí misma, así como las difíciles condiciones de adaptabilidad, autonomía y coherencia necesaria de los países para canalizar la pujante participación de la sociedad, sin perder su propia identidad, constituyen algunos de los fenómenos de mayor significación en el cambiante panorama social, los cuales deben ser tomados en cuenta para la creación de un perfil de seguridad con arraigo en la cultura y valores nacionales.

Hoy mismo, en estos convulsos tiempos del principio de siglo, cuando las manifestaciones humanas han soltado sin freno las libertades; ante la mutación sociológica global; cuando se habla del fin de la historia y del derrumbe de las ideologías, se observa una guerra de libelos especulativos, que confunden y desorientan el entendimiento del concepto jurídico, sociológico y militar, que omiten el método coherente y sistematizado (*la interpretación racional*) que sugiere la Ciencia Política para el conocimiento real de los fenómenos como la seguridad pública y la Seguridad del Estado.

La Seguridad del Estado se viene convirtiendo en una especie de juego de espejos cóncavos, que de acuerdo a la física óptica, modifica la ubicación y sentido de las imágenes según su posición; en una figura vacía de articulación doctrinaria que transita irres-

pensablemente en el diálogo habitual de gobernantes y gobernados, creando más confusiones y daños que beneficios y garantías, en el mismo objeto que trata de “proteger”.

Es cierto que el pretender dar una definición de un concepto tan complejo como es el de la Seguridad Nacional representa una tarea difícil pero en los tiempos que corren es necesario hacer el esfuerzo intelectual que nos permita rebasar los límites de la subjetividad y de la coyuntura en la que frecuentemente nos meten las naciones poderosas del mundo.

En el estudio objetivo, racional y lógico del concepto es necesario sustraerse de las visiones ideologizadas y politizadas que distorsionan las realidades de nuestro propio universo histórico, geopolítico, cultural, económico, jurídico, político y social. La mirada al mañana nos exige tomar el mayor número de elementos, tanto en la interpretación retrospectiva, del ayer lejano, como en las diferentes acepciones que se le ha dado al concepto en determinados sucesos contemporáneos.

Para ello es menester desprenderse de los intereses políticos personales y de las tendencias que buscan remediar algunos males específicos que se ubican en las condiciones de temporalidad y coyuntura, para que, en el conocimiento de la esencia podamos desprendernos de esa cerrazón que hace nebulosa la dimensión axiológica de la Seguridad Nacional o del Estado.

Omitiendo el recurso fácil de las definiciones extralógicas y “semánticas”, se tiene que aceptar que el con-

Seguridad del Estado

247

cepto si pretende ser independiente, Nacional, exhaustivo y completo, deberá partir de una visión global que posea una estructura filosófica básica con aplicación en todos los ámbitos de la vida del Estado interpretando, principalmente, los dos enfoques esenciales: el interno y el externo.

Por otra parte, el estudio de la Seguridad Nacional o del Estado tendrá que realizarse bajo la aplicación rigurosa – como lo sugiere la academia- de un método científico estructurado por y para las ciencias políticas, por donde se pueda penetrar al complejo espacio económico, social, político, cultural, antropológico, histórico, etcétera, que nos permita analizar con objetividad las causas, las contradicciones, el desarrollo y las expectativas de los acontecimientos que han impulsado los diferentes sistemas de Seguridad, en el mundo y en nuestro País.

En ese contexto y considerando el significado que la historia tiene en la interpretación de los fenómenos sociales y políticos, tendremos que desprendernos de ciertos rigores y desviaciones de la descripción histórica tradicional, que las más de las veces maneja visiones parciales y condicionadas a un juego de intereses, de figuras caudillistas y de escenarios falsos.

El tiempo y la circunstancia actual nos permite ver y comprender la interrelación de los factores externos e internos que trastocan el conjunto de valores que le dan existencia al Estado. Desde hace más de medio siglo se ha observado como en muchas naciones del orbe la denominada doctrina de Seguridad Nacional se aplica, y que

esta exige la defensa de un sistema económico y la rigidez militar con criterios de control regional y hegemónico, que procura el ejercicio permanente, casi institucionalizado, de violación de los derechos del hombre, práctica que culmina con la desaparición de las libertades ciudadanas y democráticas.

Desde tiempos inmemorables las potencias internacionales han intentado homologar los “objetivos y valores nacionales” de los demás países en términos de un reparto feudal del mundo con esferas hegemónicas que estandarizan el desarrollo y la cultura, para minimizar las diferencias y lograr un ambiente propicio que justifique las transgresiones de la soberanía de los pueblos. De ahí que sea impostergable la revisión de los conceptos geopolíticos que eviten la mixtificación del pensamiento que pudiera ser el medio no sólo para retrasar el desarrollo, sino dar pauta para romper con el viejo anhelo de la libertad y nacionalismo.

La coyuntura actual se caracteriza por un panorama internacional incierto, producto de una redefinición ideológica de las potencias hegemónicas en su carrera intensa para alcanzar la más sofisticada tecnología –especialmente en los rubros de comunicación y bélico- y de una economía mundial basada en la transnacionalización; que presiona nuestra Soberanía Nacional desde el plano externo.

Por otra parte, en el contexto interno, son evidentes nuestros problemas estructurales y se asiste a un proceso de irrupción política que evidencia un mayor nivel de politización de la sociedad y una intensa reactivación de las

energías cívicas que modifican profundamente el panorama político del país. Ante la conformación de relaciones sociales más complejas y ágiles, con un espectro político e ideológico de mayor amplitud, cuando los problemas de la comunidad han pasado del gabinete al ágora, cuando el malestar se expresa en el silencio y la abstención, se requiere de una visión de Seguridad más como un elemento de garantía de paz que de confrontación o de agravio.

En este sentido y en el marco de un nuevo concepto de seguridad, ya sea Nacional o del Estado, se tiene que hacer una revisión exhaustiva de los escenarios de nuestra historia; del comportamiento y la orientación ideológica de los hombres y los grupos que han detentado y detentan el Poder del Estado; del peso y valor de nuestra cultura; nuestra ubicación geográfica; el marco jurídico que nos rige; los fines, el interés y los objetivos de una Nación que aún guarda en el inconsciente el anhelo del destino de grandeza.

En el repaso histórico encontraremos lacerantes verdades pero también el estímulo, propio y nacional, para diseñar la nueva e independiente Doctrina, la cual debe concebirse como el compromiso del gobierno y la sociedad para preservarla, haciendo realidad el binomio indisoluble, en el que ambos tienen la obligación de salvaguardar los elementos que constituyen el verdadero Poder del Estado Nacional.

En principio la Doctrina Nacional debe partir de una ruptura con los criterios de bipolaridad y hegemonía, con un concepto estratégico de sus auténticos intereses, objetivos y valo-

res, que no correspondan a esquemas continentales de seguridad trazados con criterios extranacionales. En este esquema la doctrina deberá asegurar la preservación del Estado como forma de organización política producto de nuestra historia y perfilada en sus intereses y objetivos por el esfuerzo generacional de los mexicanos. Luego entonces, tendremos que revisar los conceptos y teorías que hasta hoy se han manejado para la definición del Estado y del Poder del mismo. Ahí encontraremos no sólo las virtudes y defectos de esas formas puras e impuras de las que hablaba Aristóteles, sino también el origen y esencia de la Nación así como la importancia que tiene el derecho (fruto de la razón) en el desarrollo de la organización política suprema.

En el estudio cognoscitivo y axiomático de estos elementos habremos de encontrar la equivocada valoración que los pueblos *dependientes* le otorgan a la Seguridad Nacional, quienes reducen sus espacios a la simple atención de los enemigos "políticos y/o ideológicos de las naciones imperiales y de los grupos transnacionales y nacionales de determinados poderes económicos y políticos.

El inicio del tercer milenio nos está exigiendo una comprensión más clara de lo que es el Estado y una acción legal más precisa y menos ambigua y subjetiva. ¿Acaso no daña la Seguridad de la Nación y del Estado la especulación económica; el acaparamiento desmedido de las riquezas; el individualismo antisocial; los monopolios, la consentida transculturación; el silencio

Seguridad del Estado

249

de las mayorías en una “democracia” colgada con alfileres; las fallas humanas del poder gubernamental; las presiones económicas externas; los yerros de la política económica; la impunidad; la pobreza extrema; la inseguridad ciudadana y la corrupción generalizadas.?

En la nula atención de estos aspectos se estimula, entre el odio y el rencor, el instinto rebelde del que hablaban ya hace algunos siglos tanto los pensadores laicos como cristianos. Rebeldía en las masas que alarma y que provoca reflexiones como la de *Gustavo Le Bon*, *Tarde*, *Fromm*, *Freud* y *Ortega y Gasset*, entre otros, cargadas de advertencias de violencia, ingobernabilidad y anulación del poder en los Estados pobres y dependientes.

De ahí que la auténtica Seguridad Nacional o del Estado, así como la necesaria modernización de sus conceptos, estrategias, métodos y acciones, sean los aspectos nucleares del principio del milenio. Como ya lo señalamos anteriormente, hay conflictos ideológicos en todo el mundo; manifestaciones sociales muy complejas que evidencian patologías graves; dificultades en la construcción de un nuevo orden político y económico interno; presiones y usura del exterior; fenómenos naturales inéditos, individualismo exacerbado, en fin, acontecimientos de una gran significación que deben ser tomados en cuenta para la creación de un Sistema de Seguridad Nacional o Estatal que obedezca a los intereses, objetivos y valores propiamente Nacionales.

Este documento, pretende ser un aporte a la formulación de una Doctrina Independiente de Seguridad Nacional o del Estado, cada uno de los rubros seguidos aquí son temas que concierne lo mismo a la sociedad civil que a los actores políticos y a los representantes del poder del Estado: Es materia que se debate todos los días en una sociedad plural y heterogénea, discutible y dispuesta a la discusión, que ve en este campo un perfil oscuro de horror y miedo.

Finalmente lo vertido aquí no pretende erigirse en una verdad acabada, por el contrario, busca impulsar el debate en puntos que requieren de una ingente reflexión y discusión que pueda esbozar líneas generales de actuación que correspondan a las exigencias del nuevo tiempo universal y que sean, simultáneamente, expresión diferenciada de la identidad Nacional y de la Soberanía y Poder del Estado.

2. EL ESTADO

Nuestra premisa fundamental es el estudio del Estado, luego entonces continuamos con los efectos y condiciones que éste requiere para su adecuado funcionamiento. Para establecer criterios científicos sobre su existencia y justificación, tenemos que definir un método y algunos tipos de conocimiento que nos permita acercarnos a la realidad científica.

El trabajo es arduo y tal vez difícil si la obra tiene intenciones magnas pero como esto no es así, por las naturales

limitantes del espacio, habré de realizar una síntesis sobre algunos de los aspectos más relevantes para el entendimiento y comprensión del fenómeno político denominado Estado, con sus correspondientes condiciones y efectos. El mejor camino para explicar el conocer humano, dice el maestro González Uribe, es el de la observación y descripción del *fenómeno* mismo del conocimiento. Esto tiene la gran ventaja de que se puede partir de lo real, con objetividad e imparcialidad, y sin que los prejuicios de una determinada posición filosófica oscurezcan la visión de las cosas.

Al ser este el objeto de conocimiento primario nos interrogamos y definimos un método de estudio, el cual sugerimos que sea¹:

- a) *Empiriológico vulgar*. Es la actividad cognoscitiva que realizamos de inmediato al ponernos en contacto con el Estado y sus diversas manifestaciones.
- b) *Empiriológico científico*. No es más que el siguiente paso que damos cuando, después de comprobar de hecho la existencia del Estado y sus notas características, pasamos a explicar esa realidad fáctica por sus causas inmediatas.
- c) *Filosófico*.- No basta conocer los fenómenos estatales, clasificarlos, computarlos matemáticamente,

buscar sus causas inmediatas. Hay que investigar lo que está más allá de las apariencias fenoménicas, lo que explica su persistencia y unidad, lo que les da un puesto en la jerarquía de los valores humanos.

- d) *Histórico*.- El Estado es, en efecto, una organización humana o estructura que va sufriendo transformaciones a lo largo del tiempo. Va evolucionando y dando lugar a diversas formas que pueden ser reconocidas, con más o menos facilidad, en el tiempo y lugar en que aparecieron.

Ya definidos los caminos cognoscitivos iniciamos el largo proceso por el que habremos de encontrar las respuestas a nuestras interrogantes, las cuales no se pretende sean ideales sino reales, es decir, omitiendo a donde más sea posible las visiones deontológicas o idealistas del “deber ser”:

El hombre, desde su origen, vive, según los tratadistas, al impulso de sus instintos, pasiones, necesidades, deseos y otros actos irreflexivos, que lo llevan en primer término a vivir, a satisfacer sus más apremiantes necesidades y luego a ocuparse de la manera de vivir. Frente a las calamidades, ante ese mundo de la naturaleza tan imprevisible, la razón lo proyecta a buscar en primer término el cómo sobrevivir para después aprender a vivir. Primero, sufre los embates del poder de la naturaleza y luego busca como contenerlo para, finalmente, neutralizarlo. El sujeto cognoscente aun no sabe cuál es la esencia del objeto, ni cuál es su ubicación en la naturaleza misma.

¹ González Uribe Héctor, *Teoría Política*, México, Editorial Porrúa S.A, 1972, pág. 16 y 17.

Seguridad del Estado

251

Dejemos, como escribiera el maestro Andrés Serra, que Luis Gumprowicz nos diga:

Déjese a la ciencia un consuelo, uno sólo, el de entregarse sin trabas a la investigación de la verdad, y el de proclamar sin obstáculo lo que ha reconocido como verdadero. Prescíndase de escrúpulos inútiles, y déjese intacto su único dogma. No es cierto que la verdad y su investigación puedan perjudicar a la humanidad.

Algunos estudiosos del fenómeno del Estado nos señalan la necesidad de penetrar, sin dogmas ni fanatismos, al ancho mundo de lo social. A ese imbricado universo de la sociología o teoría social del Estado, así como, del surgimiento de ese mundo coercitivo y coactivo de lo jurídico o normativo.

Es un hecho indiscutible la naturaleza sociable de los seres humanos, de tal forma que se haga ineludible el estudio de la psicología colectiva, pues como bien decía el célebre maestro Don Antonio Caso:

La sociedad es un complejísimo movimiento sinérgico que, a cada instante, se desarrolla en formas nuevas, en ritmos nuevos, en organizaciones y estructuras, antes insospechadas.²

En lo que se refiere al ámbito jurídico, en el estudio del proceso de evolución nos topamos con la fuente inmediata y primaria del Derecho: la

costumbre. Esta es anterior a los pactos y a la Ley, en virtud de que aparece en los primeros actos colectivos del grupo. La costumbre nos revela un grado mayor de evolución de los pueblos primitivos que, como sabemos, ya había sido superada la edad paleolítica o de la piedra tallada; la edad neolítica o de la piedra pulimentada. De la costumbre, dominada por la ley del más fuerte, se paso a los pactos y finalmente a las leyes como fruto de la reflexión y de la razón: al pensamiento consciente y meditado.

El Código de Manú (600 años a.C.), los Libros Zendos, atribuidos a Zaratrasta (1000 a. C.), el Código de Hammurabi (2000 años a. C.), en la legislación hebrea el Deuteronomio, la Michná, el Talmud; el Corpus Juris Civilis, las Leyes Barbarorum, nos muestran como la experiencia o costumbre los había impulsado a la reflexión de aspectos tan importantes como era el control del poder, los procesos legales, las garantías individuales y colectivas, etcétera. Otorgaba entonces la facultad del pueblo para rebelarse contra las tiranías o el abuso del poder, contemplando también, las virtudes del buen gobernante.

De la exacta observación del fenómeno social y jurídico podemos sacar algunas conclusiones sobre el desarrollo del Estado. En el comportamiento social, se observan los rasgos negativos y positivos de las estructuras del poder, que en nombre y representación del Estado ejercen la coactividad y la coercitividad. Se abre o se cierra la participación política: Se sueltan las ataduras de la libertad o se bus-

² *Sociología*, Ed. Porrúa, S.A., 1945, pág. 103.

can nuevas formas para el control y la manipulación. La ideologización se cimienta buscando la homogenización que de la cohesión suficiente para el crecimiento propiamente Nacional. Los órganos representantes del poder del Estado van construyendo la estructura que permita la dominación y el control. De tal forma que, en aras del bienestar general o “bien común”, la minoría, las élites del poder, la sociedad política, entre razonamientos, dogmas, fanatismos e impulsos humanos, cancela la explosión de los instintos naturales del ser humano.

Históricamente se comprueba que la anterior conducta alimenta los impulsos totalitarios, dictatoriales y despóticos de algunos Estados. De la misma manera el que haya una explosión de libertades, que suelte las amarras del control de los instintos, proyecta no sólo a la estimulación del individualismo antisolidario sino también a la conformación de sociedades con inclinación a la anarquía. Las sociedades hoy denominadas posmodernas, tienden, después de un largo periodo de contención de los impulsos, a manifestarse “por el estado de naturaleza como la personificación de la ley universal”, por el placer y el egoísmo. Estas, en la festividad democrática, aún no han aprendido a dominar sus pasiones ni a establecer pactos sociales. El silencio, la apatía, el repudio a los actos gubernamentales, la violencia y la injusticia son el nítido reflejo de su descontrol.

A través de la historia se ha observado que la evolución de los Estados

depende en gran medida de criterios muy estrechos en donde las minorías se sobreponen a las mayorías. En aras de un anhelado “bienestar general” y del cumplimiento de unos fines y objetivos de dudoso peso axiológico se imponen políticas públicas que supuestamente habrán de permitir la convivencia civilizada y constructiva. Surge entonces la esperanza de ese conglomerado humano, políticamente organizado que es el Estado; se juega con los instintos naturales del hombre, amor en un extremo y odio en el otro, todo dependerá entonces de la satisfacción de los deseos, instintos y pasiones de esa gran masa humana.

Señalar los riesgos y amenazas de una población determinada no es cosa fácil si consideramos que son muchos los factores que convergen en ella. Hay elementos naturales y otros que son generados por el hombre mismo, de tal forma que los métodos de solución deben ser también diferenciados. Las estrategias o planes que se apliquen no pueden ser atendidos con los mismos criterios. Las causas son totalmente diferentes. Un fenómeno natural no puede tener la misma consideración que el fenómeno social y cuando hablamos de lo social, estamos hablando de aspectos políticos, económicos y culturales. El origen de una patología social no es el mismo que el de una catástrofe natural. Ambos son previsible pero su atención tiene que ser diferenciada y especializada. Las amenazas están en todos lados pero requieren de un conocimiento profesional. El perfil psi-

Seguridad del Estado

253

cológico de un policía nunca será el mismo que el de un soldado.

El acto humano obedece a un sinnúmero de factores internos y externos: Existe en él una naturaleza que aún la ciencia sigue desentrañando. El cerebro es la interrogante en donde se buscan respuestas. En éste se procesa la conciencia y se construyen los sentimientos. Miedo, rencor, odio, valor, depresión, alegría, ambición, conformismo, deseo, pasión, confianza y desconfianza no son más que expresiones de la conciencia. El sujeto cognoscente frente al objeto conocido.

En ese contexto el pensamiento social e individual se construye entre escenarios muy difíciles. El hombre, en cualquier lugar de la tierra, es siempre una manifestación de la naturaleza humana, pero (conjunción de lo contrapuesto) una manifestación que en su forma específica está determinada por la organización social en que vive. Es cierto que el hombre por su naturaleza no sólo carga con muchas patologías, narcisista dicen los psicólogos e inseguro, pero también es cierto que cuando se rebasan esos límites permisibles de temor y ego, se cae en pánico, depresión o miedo indebido. De ahí que podamos afirmar que hay que tener más miedo, al miedo mismo como efecto psicosocial. Una sociedad enfangada en la inseguridad es menos creativa y productiva. Destruye más que construye. Creación y destrucción, amor y odio, no son dos instintos que existan independientemente. La destrucción

surge cuando no puede satisfacerse la voluntad de crear.

La nueva dinámica con que se comportan las sociedades modernas, más demandantes y participativas que en el pasado cercano, exige visiones creativas ante problemas añejos, pues los propios esquemas de relación entre los grupos sociales y de éstos con el gobierno han cambiado sensiblemente, y han creado un panorama en el cual no caben ya ni la pasividad ni las responsabilidades parciales, menos la improvisación o el abuso de la coactividad.

Así, la seguridad pública, uno de los núcleos de la gobernabilidad y de la seguridad de los Estados en el mundo, adquiere un valor peculiar al sintetizar el conjunto de normas y principios que rigen la labor de gobierno. En tanto creación y mantenimiento de las condiciones adecuadas para el libre ejercicio de la actividad humana, la seguridad ciudadana es una de las tareas esenciales del Estado.

La seguridad es piedra miliar de cualquier gobierno, pues es uno de los atributos de la soberanía del Estado. Ninguna injerencia externa es aceptable en este campo, sobre todo en cuanto al legítimo uso de la coacción en un territorio previamente determinado y definido como Nacional. En este punto hay que advertir que es la sociedad misma la que no permite que su capacidad de instituir se vea ahogada por las perversas intervenciones externas y por el lastre de instituciones que ya no pueden ser discutidas jamás, ni que las decisiones que más le afectan sean tomadas

por especialistas en mandar, internos o externos, separados de quienes deben obedecer.

De ahí la importancia de que las acciones gubernamentales en materia de seguridad se traduzcan en un cultivo permanente de la confianza ciudadana en los servicios que el Estado presta, como una forma de promover la corresponsabilidad que la propia sociedad tiene respecto de la labor policial.

La sociedad política moderna, sobre todo en sus formas más avanzadas, no es una cuestión fácil de manejar. Uno de sus puntos más indóciles es el de la garantía de libertad individual, junto con la de la seguridad de las personas y de la comunidad en su conjunto. Por ello, la alta prioridad que tiene para el gobierno de la República la especialización, profesionalización y modernización de los instrumentos coactivos. Dotar a éstos de sentido social es el reto, ya que el equilibrio entre el orden social y la libertad individual permite que la tarea de protección se convierta en un canal de comunicación entre el Estado y la sociedad. Corresponsabilidad como expresión de los tiempos modernos. Es en este sentido que el consenso social en torno de una forma de gobierno se edifica, ya que se debe partir de considerar la tarea coactiva como la forma elemental de construir la legitimidad y la legalidad en los actos sencillos y cotidianos.

Por lo anterior, es indispensable reflexionar acerca de la carga de legalidad que sustenta un acto de coacción o de fuerza en manos de los órganos del Estado, pues de otra forma la auto-

ridad pierde su categoría ética y moral. En el desarrollo de la vida democrática es sumamente significativo el papel de las fuerzas de seguridad pública, ya que éstas se encuentran en el punto nodal de la consolidación de nuevos modelos y prácticas de convivencia en los diversos planos.

Una sociedad crítica, dinámica y participativa como la mexicana rechaza los actos de prepotencia y de agresión injustificada que parten, muchas veces, de una concepción equivocada de la función coactiva. La relación entre autoridad y sociedad se desvirtúa en razón de que la primera es entendida como la fiscalizadora y sancionadora del acto social, pues en cada ciudadano se ve a un potencial infractor de la ley, es decir, se privilegia el acto punitivo por encima de la labor preventiva o de disuasión. Esta forma de conducta coactiva entraña viejos y arraigados vicios de un ejercicio patrimonialista del poder y de la autoridad, ya que comúnmente se piensa que el policía encarna, en sí mismo, la impartición de justicia, de lo que se derivan juicios morales que sólo se sustentan en el criterio personal o, en el mejor de los casos, en patrones de usos y costumbres de aceptación social.

3. BINOMIO ORDEN Y LIBERTAD COMO AXIOMA DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO.

El principio del binomio orden y libertad descansa en nuestra tradición política liberal, que amplió el sentido

Seguridad del Estado

255

de la libertad al de la justicia social. No puede haber libertad para deambular por las calles sin empleo o para morir-se de hambre, a la pregunta despótica de ¿libertad para qué? el pensamiento social mexicano debe responder con la idea de justicia como sustento del orden, esto es, no puede existir un orden legítimo sin justicia social, pues de lo contrario el orden serviría para oprimir los derechos de los más des-protegidos en beneficio de una minoría plutocrática.

El orden sin libertad se transforma en tiranía. La libertad carente de orden deviene en anarquía. De ahí que las políticas de seguridad deban desarrollar su quehacer en base al equilibrio de ambos valores. Se rechaza el esquema de un Estado policíaco, que en lugar de proteger la libertad la conculca, pero esta defensa de la libertad para ser real se funda en el mantenimiento del orden, pues la libertad sin conciencia social (fenómeno de las sociedades posmodernas) puede dar lugar al egoísmo antisolidario, o a la anarquía.

El orden no es una estructura monolítica, ni una nivelación por lo bajo del cuerpo social. Se trata de un orden dinámico, que impulsa a las mayorías a una vida mejor a través de la seguridad y la educación y que se asienta en el principio de la justicia social. No se trata de un orden masificante que destruye la iniciativa social e inhibe a la personalidad creativa, al contrario, de un orden que propicie y estimule la libre iniciativa siempre que ésta no sea antisocial, o busque imponer el interés particular sobre el de la Nación.

La seguridad pública constituye un alto valor político para el Estado, de tal forma que es necesario que la actividad policíaca se desenvuelva fortaleciendo el orden social, esto sólo es posible si la policía manifiesta en su acción diaria los valores de convivencia del Estado, pues en el caso opuesto la acción policíaca puede llevar al aumento de irritación social o a la exacerbación de un determinado conflicto, lo que constituiría una amenaza a la paz social.

Dar educación, seguridad y justicia es el objetivo supremo de todo Estado de Derecho. Sus instrumentos coactivos y coercitivos deben estar abocados a su responsabilidad fundamental, que es garantizar tanto educación, como seguridad y justicia en un marco de orden y libertad. Estos deberán estar conscientes de las consecuencias sociales y aún políticas de su desempeño, pues el difícil equilibrio de la libertad y el orden puede romperse debilitando al Estado con la represión o el desorden que es la antesala del caos. No existe libertad para privilegiar a grupos o individuos cuyo interés es opuesto al de la sociedad entera. No existe tampoco libertad para aniquilar el sistema de libertades.

Otro de los factores que deben dar una característica particular a la interacción del orden y de la libertad es la tradición y la cohesión cultural. Señala *Karl Mannheim*, en su libro *"Libertad, poder y Planificación Democrática"* que cuando prevalece una ansiedad de masas, porque la conmoción ideológica general elimina toda base sana para la acción común, y cuando la gente no sabe dónde está o lo que debe

pensar sobre los problemas más elementales de la vida, entonces se puede hablar con razón, de una desintegración espiritual de la sociedad.

Esta confusión y ansiedad afecta el equilibrio del orden y de la libertad, ya que este tipo de sociedades en que ha declinado el sentido nacional, la unidad psíquica colectiva, y el sentimiento de pertenencia a una cultura diferenciada suele extralimitar los derechos individuales en contra de los derechos comunitarios. Se produce lo que los teóricos de la modernidad y la posmodernidad como *Lipovestky* en su obra *“La era del Vacío”* señalan como el fenómeno del “hiperindividualismo” que sustituye el esquema *Ortega* de la rebelión de las masas con una cultura narcisista cuyo centro es la imagen, el “efecto look”. No se trata de ser, sino aparentar, en el mundo de la comunicación ya no hay convicciones, sino deslizamientos del criterio, formas de presentación de la imagen, reforzamientos de la vanidad, lo que ahora vemos influye en la acción política que se degrada a espectáculo y mercadotecnia.

El debilitamiento de las ideologías y de su poder de movilización, algunos han hablado ya de extinción de las ideologías como signo al parecer de las llamadas sociedades desarrolladas posindustriales o posmodernas. En este sentido un “enfriamiento de lo político” o lo político llevado a la mercadotecnia conduciría a la transformación del orden en un simple mecanismo de contención, sin nexos orgánicos con la cultura profunda de ese conglomerado social.

Una visión completa de la Seguridad del Estado debe tener una concepción estratégica y una global, el campo de acción de la seguridad es precisamente el ámbito que asegura la preservación del orden y la defensa de la libertad. La inseguridad y la carencia de políticas claras en éste campo, debilita el poder del Estado en la lucha por la afirmación de su destino en condiciones sociales precarias, y conduce al aislamiento internacional.

4. DERECHO, ORDEN Y LIBERTAD

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO.

Decía Kant, en su obra más famosa, que “los juristas buscan todavía una definición para su concepto del Derecho”. La frase del célebre pensador, como lo refiere García Maynez³, conserva aún toda su actualidad y lozanía: el derecho, como regla que trasciende la vida; como fuerza o como regla razonada de justicia; como orden social o medio de opresión, sigue sin armonizar sus doctrinas envolviéndonos en las disquisiciones axiológicas, ontológicas, y deontológicas.

A pesar de ello trataremos de presentar aquí algunas reflexiones y definiciones que responden a esas

³ García Maynez Eduardo, *La definición del Derecho*, Universidad Veracruzana, México, 1960.

Seguridad del Estado

257

interrogantes que desde mediados del siglo pasado hasta nuestros días, han mantenido tanto sociólogos, como juristas, filósofos del derecho y teóricos de la política.

Desde un punto de vista sociológico y jurídico el Derecho, como tal, es una norma constante que regula la conducta del hombre en sociedad. En sí mismo se origina en la naturaleza propia del hombre -ser racional y social- y su misión es regular el orden de la conducta dirigida a un fin en el ámbito de las relaciones humanas. Sólo tiene realidad cuando lo garantiza y hace valer algún órgano social. Hoy día, no se puede comprender una sociedad sin Derecho.

En su acepción etimológica la palabra alude a *directum*, con lo que se indica sujeción a una regla, figura que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas del latín *droit*, *diritto*, *etcétera*. Otras interpretaciones etimológicas encuentran su significado en la palabra latina *directus* y *dirigere*, cuyos significados refieren a, directo, enderezar o alinear.⁴ Independientemente de lo anterior su definición aún sigue siendo problema tanto para juristas como para otros científicos sociales; a la pregunta, ¿qué es el derecho? los más responden con interpretaciones contradictorias sobre su naturaleza, esencia, fines y características.⁵ En

las disquisiciones encontramos diferentes significados.

Dos son, sin embargo, sus usos más persistentes:

- a) Para designar el derecho objetivo, es decir, el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social, o el complejo de normas e instituciones que imperan coactivamente en una comunidad estatal y,
- b) Para designar el derecho subjetivo o facultad jurídica, es decir, la facultad que tiene una persona de realizar determinados actos; “permisiones” o “facultades”, así como “exigencias” o “reclamos” que se consideran jurídicamente justificados.

Como podemos observar en estas dos acepciones no se alude ni se limita la atención a una norma aislada, por el contrario se refiere a un conjunto, a un sistema, que constituye un orden jurídico y social, a un sistema de normas y reglas ordenadas y jerarquizadas.

Como algo que trasciende la vida, el derecho tiene que ser visto por la razón como un conjunto de reglas de aprobación moral sobre lo bueno y equitativo; como una idea fuerza, una “idea regulativa” de la vida social que se identifique con lo que es justo.

Para que sea tal y no una mera fachada externa, el orden impuesto ha de ser justo, es decir, “ajustado” a las características propias de lo ordenado, que es la conducta humana. En

⁴ Cabanellas Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta SRL., Buenos Aires, Argentina, 1972

⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

su aplicación justa es esencialmente un vehículo que promueve la paz y las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de todos los demás. En términos generales el fin del derecho es la justicia, es la vigencia plena y auténtica de la justicia en la convivencia humana.

Como elemento esencial y conatural del Estado, el derecho tiene que imperar como elemento nodal de su existencia. El Estado de nuestros días es una fuente constante e importantísima de normas jurídicas. Por diferentes medios hace una labor continua de interpretación, aplicación y sanción de las leyes. De ahí entonces que Estado y derecho forman un binomio indisoluble en la vida social.

Todo Estado que trate de justificarse ante la conciencia jurídica y moral de los hombres, tiene que ser un Estado de Derecho. Éste, representa el elemento de peso, de tradición, de resistencia, que da una estructura formal, firme y segura, a las actividades políticas. El derecho no es creado por él, sino que corresponde a valores sociales que anteceden y van más allá del poder político: la justicia, la seguridad, el bien común. "El Estado como sistema normativo, como ordenación jurídica o principal centro de imputación normativa, no nace en forma espontánea o milagrosa, sino que es una especie de precipitado o de expresión normativa de una serie de acontecimientos de vida social; es, en suma, el resultado de un conjunto de fenómenos reales de integración

colectiva con un especial sentido, a saber: con un sentido político; son el sentido de organizar un mando supremo de carácter legítimo."⁶ De ahí que toda observación se tenga que realizar en sus dos vertientes: la social y la jurídica.

En el Estado concebido como una institución social, a la manera de *Hauriou*, se da el juego constante de tres elementos que aseguran la estabilidad y la vida misma de la comunidad política: el poder, el orden y la libertad. Del movimiento armónico de los tres depende el equilibrio y la paz. El desequilibrio de cualquiera de los tres o la desatención de las tensiones naturales de alguna de ellas, produce el desvío cualitativo del Estado.

Por su parte, el Estado en su vertiente jurídica, adquiere el poder -como elemento de libertad, fuerza y superioridad- cuando crea, define y mantiene el orden y la seguridad jurídica. Ha de moverse, dice *González Uribe en su obra Teoría Política*, a la manera de un péndulo entre la libertad -elemento subjetivo- y el orden -elemento objetivo-. De ahí que podamos concluir que orden y libertad es un binomio indisoluble que se relaciona y actúa con equilibrio, en donde uno no puede sustraerse del otro o de lo contrario orden solamente sin libertad, conduce al totalitarismo y, libertad sin orden, proyecta a la anarquía.

⁶ González Uribe Hector, *Teoría Política*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1972.

El reducir la organización política a un descarnado esqueleto de normas y desconocer la naturaleza real del Estado, como ser social y cultural, provoca una especie de mixtificación en la conceptualización del poder y del Estado mismo. Las leyes sin interpretación de la realidad social dejan de ser normas razonadas de justicia, convirtiéndose en instrumentos coactivos y descarnados de la dominación. Es decir, cuando se interpreta equivocadamente el poder, imponiendo subjetivamente su razón, separándolo de la opinión social, pierde su legitimidad y el sentido que le da existencia.

Como tal, “es titular de derechos subjetivos, es decir, de facultades que le son inherentes y que puede ejercitar, ya sea en relación con los individuos que forman su población, ya en relación con los demás Estados”. Lo anterior no significa que deba conducirse por la vía libre sin acotamientos y al margen de las obligaciones pues “todo derecho trae consigo una obligación”⁷. De ahí que su actividad regida por el derecho objetivo (la ley) tenga que estar sometida al imperio de la Ley suprema, entendemos, que a la Constitución como norma de normas, carta fundamental o Ley de leyes, a la que todos -por consenso- estamos sometidos.

Difícilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, un Esta-

do sin un sistema de legalidad. Sin embargo, la realidad que ahora se palpa nos muestra que no todo Estado es Estado de Derecho. Verdad de Perogrullo, pero así es; de tal suerte que la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva -a veces intencionalmente- al confusionismo.

Por cierta la verdad puede parecer insulsa, de ahí que sea necesario precisar: el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Poder con todas sus actividades y funciones regulado y controlado por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el verdadero imperio de la ley, y será tal, siempre y cuando el Derecho y ley sean comprendidos como expresión de la voluntad general. En este sentido, el mandatario (quien recibe el poder) podrá ser regulado y limitado por la ley, contraponiéndose a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario.

Las ideas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, deben de aparecer pues, como elementos centrales en la Doctrina de Seguridad del Estado Nacional en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales. El

⁷ Moto Salazar Efraín, *Elementos de Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1969.

Estado de Derecho comienza entonces -lógica e históricamente- con el imperio de la ley; antes del control jurídico no hay, por ninguna razón, Estado de Derecho, sino Estados absolutos, autoritarios o totalitarios.

Hoy mismo podemos observar cómo en muchas naciones del orbe los estados absolutistas o totalitarios se encubren en el prestigio de la expresión "Estado de Derecho". De tal forma que se haga indispensable definir con la mayor precisión las características fundamentales que deben corresponder a todo Estado de Derecho, el que lamentablemente y desde siempre se ha desdibujado por el despotismo infiscalizable.

Las exigencias más básicas e indispensables a todo auténtico Estado de Derecho pueden concentrarse fundamentalmente en las siguientes notas:

1. *Imperio de la ley*: ley como expresión de la voluntad general.
2. *División de poderes*: legislativo, ejecutivo y judicial.
3. *Legalidad de la Administración*: actuación según ley y suficiente control judicial.
4. *Derechos y libertades fundamentales*: garantía jurídico-formal y efectiva realización material.

En el correcto entendimiento de estos cuatro elementos se encierra no sólo el concepto de Estado de Dere-

cho, sino que también se descubre parte del utillaje con el que puede integrarse la Doctrina de Seguridad del Estado.

a) *Imperio de la ley*. - La ley es la concretización racional de la voluntad popular. Algunas veces, sacándola totalmente de su contexto, se ha querido aprovechar interesadamente el prestigio de la fórmula, sacralizando ésta en pro de la conservación inamovible y la defensa a toda costa de un orden y de una legalidad autoritaria, de una legalidad nada democrática. En este contexto autoritario "imperio de la ley" significa "imperio de la voluntad absoluta del ejecutivo incontrolado", nunca "imperio del legislativo de representación popular". (Evidentemente esta postura altera la Seguridad del Estado Nacional).

b) *División de poderes*. - La existencia de un régimen de división o separación de poderes es también, en segundo lugar, exigencia ineludible para un Estado de Derecho. Significa esto que la creación de las leyes (función legislativa) corresponde al poder legislativo y que la aplicación de las leyes (función ejecutiva y judicial) corresponde bajo esas dos formas a los poderes ejecutivo y judicial.

El principio de la separación de poderes no debe entenderse en forma absoluta y rígida como si las diferentes funciones y poderes de un mismo Estado constituyesen compartimentos o estancos aislados, totalmente incommunicables entre sí, más bien, de una distribución o división de funciones y poderes, nece-

Seguridad del Estado

261

sitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y reciprocas.

“El significado histórico del principio de la separación de poderes, escribe *Kelsen*, reside precisamente en el hecho de que dicho principio, más que una separación de poderes, lo que pretende es evitar la concentración de los mismos.⁸ La separación de poderes constituye, en efecto, el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo: es evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del ejecutivo. El criterio de un sólo hombre o de una camarilla, pone en riesgo la seguridad del todo nacional. Éstos, por un capricho despótico, pueden cambiar sustancialmente la voluntad general, su ideología, su cultura y su destino.

Los tres poderes, limitándose recíprocamente, nunca entorpeciendo innecesariamente, constituyen una garantía frente al absolutismo, la dictadura y el autoritarismo de las elites y de los hombres. Sólo el adecuado sistema democrático podrá limitar y controlar el poder legislativo, que a su vez acotará el poder del ejecutivo y la fuerza arbitraria de la coactividad judicial. De ahí, la seguridad jurídica y la aplicación razonable del monopolio legítimo de la coercitividad, por la vía del derecho y la eficiente administración pública.

Este último punto (de la legalidad de la administración y del gobierno) constituye el tercer requisito esencial de todo Estado de Derecho.

c) *Legalidad de la administración: actuación según la ley y suficiente control judicial.* Las absolutas inmunidades de los grandes poderes discrecionales y políticos de la administración, es decir, la total falta de control jurisdiccional sobre ellos, constituyen válvulas importantísimas para la concentración ilimitada e irresponsable de poder en el ejecutivo o Gobierno. El principio de legalidad de la administración, la sumisión de ésta a la ley, debe manifestarse a través de un sistema efectivo de control y responsabilidad de la administración, sistema que asegure el comportamiento de ésta conforme a Derecho y que sirva de garantía para la seguridad jurídica de los particulares. De ahí que sea fundamental para la seguridad del Estado Nacional organizar técnicas eficaces de control respecto de los poderes normativos (no legislativos) de la administración.

d) *Derechos y libertades fundamentales.*— El objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho. La retórica humanista en la que en ocasiones se cae, que sirve de cobertura ideológica a algunos Estados autoritarios, obliga

⁸ Kelsen Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, EdINal Impresora, México, 1974.

a la realización efectiva, formalizada e institucionalizada, en el ordenamiento jurídico positivo. En este mismo sentido se debe procurar que los mecanismos socioeconómicos se dirijan y planifiquen con vistas a lograr para todos los hombres la realización efectiva material de esos derechos. Las contra-

dicciones entre el sistema económico realmente operante y las declaraciones de derechos han sido frecuentes en la historia, impidiendo la realización práctica y a la vez hasta la misma protección jurídica de esos derechos que son exigencia humana de carácter fundamental.

Aspectos básicos de la teoría del delito y de la teoría del caso conforme a la legislación chilena*

Juan Andrés Hernández Islas**

Sumario: I.- Introducción; II.- Planteamiento del Problema. III.- Desarrollo. IV.-Conclusiones; V.- Bibliografía.

Resumen: La Teoría del Delito, está vinculada necesariamente con la Teoría del Caso, ahora con el sistema Acusatorio que se implementará en nuestro país; la trilogía Delito, Responsabilidad y Pena, juega un papel fundamental.

* Conferencia dictada el 9 de Septiembre del 2010, en Centro de Estudios de Derecho Penal, de la Universidad de Talca, Campus Santiago de Chile.

** Licenciado, Maestro y Doctor por la Universidad Nacional Autónoma de México. Catedrático de esta Facultad en las materias *Teoría del Delito* y *Derecho Procesal Penal*. Autor del libro *Mitos y realidades de la teoría del delito*. Merecedor del premio universitario por la dirección de la mejor tesis en doctorado por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Colaborador desde 1999 del Seminario de derecho Penal de la Facultad de Derecho.

I.- INTRODUCCIÓN

Buenas tardes a todos, me da mucho gusto estar aquí en este país tan esplendido; me he sentido muy a gusto, muchas gracias por la invitación a la universidad de Talca, en este Campus de Santiago; es para mí un placer y un gusto venir a platicar con gente de mucha especialidad en la materia¹; en esta apasionante área del Derecho Penal o del Derecho Criminal².

Ahora vamos a ver de qué se trata eso, lo vamos a conocer desde el principio, al Doctor Raúl Carnevali³ muchas gracias por esta atenta invitación, para exponer aspectos desarrollados en la elaboración de mi teoría, investigaciones hacia mi doctorado, en la Universidad Nacional Autónoma de México.

II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Minó: ¿Qué es el Derecho Penal?

¹ Tal es el caso del Dr. Carnevali Rodríguez Raúl, Cuestiones de Política Criminal en los tiempos actuales, 1ª Edición, Editorial de Jurídica Chile, Colección Estudios Jurídicos, República de Chile 2009, 256 págs. Obra fundamental para el tema que se expone.

² Sobre el tema, véase mi obra: Mitos y Realidades de la Teoría del Delito, edición privada, limitada, México 2010.

³ Director del Centro de Estudios de Derecho Penal, de la Universidad de Talca, Santiago de Chile.

en este caso, lo vamos a vincular con cuestiones de la práctica; esto es, cinco años en los que me desempeñé como Defensor Federal y doce años que llevo como Juez Penal; todo ello derivará en una cuestión sobre: ¿Qué está pasando con la dogmática en los juicios; esto es, ¿la aplicará el defensor?; ¿la postulará el fiscal?; ¿Qué debemos hacer los jueces en cuanto a la dogmática?; les propondré un esquema muy amplio; lo observo luego de las investigaciones en varios libros especializados; teóricos Alemanes, Italianos, Colombianos, etcétera; tanta bibliografía existente deriva un desorden en cuanto a las ideas que a continuación expongo y someto a consideración de ustedes.

III.- DESARROLLO

Sobre la estructuración del Derecho Penal, aprecio un desorden en las ideas centrales, intento, procuro ordenar los temas y “comienzo desde el principio”⁴.

Sobre nuestra apasionante materia, en un principio nos dijeron que se llamaba: Derecho Penal; para llegar a su correcta denominación comenzaremos de lo general a lo particular; vamos a ir revisando algunos puntos; de qué trata el Derecho Penal a parte del delito, qué otros temas estudia, que más abarca. En relación a las Penas y Medidas de Seguridad el Código Penal

⁴ Valga la expresión, para reordenar las ideas básicas desde un inicio.

Aspectos básicos de la teoría del delito...

265

Chileno, no las delimita o determina de manera precisa⁵.

En España hay una espléndida obra que trata sobre las Medidas de Seguridad⁶; en ella se puede apreciar toda la evolución de las Medidas de Seguridad incursionadas por Carl Stos en ese proyecto de Código Penal Suizo de 1893.

Recordemos que a partir del nacimiento de las medidas de seguridad, que no fueron aceptadas inicialmente en Alemania; fueron aceptadas paulatinamente, estaban previstas en leyes accesorias; hasta los años 70, fueron incursionadas en su Código Penal; antes de la década de los setentas, se preveían sólo penas; tengamos presente: es en este momento, cuando la dogmática acuña el apelativo del *Derecho Penal de la Doble Vía*; es cuando nos dicen: ya no es solamente la pena, el castigo, la sanción, sino que también hay que darle una alternativa para la persona.

En este caso, las medidas establecidas en el proyecto suizo de Carl Stos, fueron planteadas para personas que tenían hábitos de consumir drogas, padecían alcoholismo inclusive, medidas para adolescentes.

Esa doble vía, no debe confundirse con la dualidad de Delito y Pena, figuras que han prevalecido, contenido del Derecho Penal, con el paso de los años.⁷

¿Qué más estudia el Derecho Penal como tal?: En efecto, estudiará aquellas personas que cometen un delito; y ¿cómo se les llamará? ¿Delincuentes?; ubicando las ideas, no se puede decir: Estudian a las personas, porque hay muchas ciencias que estudian a las personas: la Sociología, la Psicología y la Antropología, entre otras.

¿El Derecho Penal estudia los Delincuentes? Si estuviéramos en la era de César Lombroso, se podría afirmar: efectivamente se estudia al delincuente, como los tres evangelistas del positivismo: Lombroso, Garófalo y Ferri.

Tengamos presente: cuando se realizan los estudios propiamente del delincuente, *Criminal Nato Lombrosiano*, nacia la ciencia llamada Criminología, empero ellos, los positivistas no le llamaban Criminología, le seguían llamando Derecho Penal.

Cuando se enfocaron específicamente al delincuente, las causas que lo motivaron u orillaron a delinquir, los índices delictivos, las etapas estacionarias del año en las que se producen los delitos, temas insertados como estudio de nuestra materia, Derecho Penal, sufriendo un profundo

⁵ El Código Penal de la República de Chile, no tiene previsto un capítulo relativo a las Medidas de Seguridad; solo se puede apreciar en su Art. 23. La caución y la sujeción a la vigilancia de la autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas, en los casos especiales que determinen este Código y el de Procedimientos.

⁶ Barreiro Agustín Jorge, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*; Editorial Civitas, Madrid, España, 1976, 363 P.

⁷ Delito, Pena y Proceso, 1ª Edición, Editorial Jurídica Chile, Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Colección Tratados Jurídicos, República de Chile 2008. 832 págs.

desvío; umbral del nacimiento de la Criminología.

El máximo tratadista de Derecho Penal de todos los tiempos: Don Luís Jiménez de Asúa, sobre el contenido del Derecho Penal, determina su estructura y composición por: el delito, el delincuente y la sanción; al respecto, no estamos de acuerdo en que el Derecho Penal estudie al delincuente, porque cuando se estudia como tal, estaremos hablando de estudios antropométricos, psiquiátricos entre otros, derivados de la Ciencia Criminológica.

Si no estamos de acuerdo con el segundo elemento del Derecho Criminal, Delincuente; ¿Entonces cuál es? Es una gran interrogante; le denominaremos: la Responsabilidad, porque incluso el Código Penal Chileno, no obstante su Libro Primero empieza con el Delito, inmediatamente trata sobre las circunstancias que eximen de Responsabilidad;⁸ ¿pero responsabilidad de quién? Por supuesto, de la persona que está implicada en los hechos.

Ubiquemos, ahora sí la trilogía componente del Derecho Criminal, es lo que vengo a proponer en este momento, porque si la aceptamos como tal, todo lo que devenga va a tener un reacomodo y entonces ahí entra todo lo que implica la Teoría del Delito, que deberá ser llevada a la Teoría del Caso en el Juicio Oral; estos temas; insisto, reitero, el delito, la responsabilidad, las penas y medidas de seguridad, darán

la pauta para reubicar el contenido de los temas.

Como temas de estudio del Derecho Penal; ¿Qué falta: o con esto tres elementos se cubrirá todo? Hagamos reflexiones: Si hablamos sobre temas de: aborto, violación, secuestro, ¿dónde se ubican en esa trilogía? dónde ubicaremos el hurto, la estafa. En el delito; los temas: autoría, participación, cómplice: los ubicaremos en la responsabilidad; y obviamente, si se tratan tópicos como: prisión, multa, trabajo a favor de la víctima o de la sociedad, desde luego que se ubican en las penas y medidas de seguridad, tercer elemento de la trilogía propuesta por el expositor.

¿Faltará algo? No. Como temas centrales del Derecho Criminal, consideramos que todo el esquema del aspecto sustantivo está cubierto; a partir de esta tríada, se derivará toda una cascada de ideas, discusiones y cuestionamientos.

Si se pensara: la víctima no figura dentro de la trilogía; consideramos que no es un tema de estudio a profundidad en el Derecho Criminal, como los podría hacer la Victimología; más bien en el proceso criminal, se atenderá a la situación propia de la víctima⁹ sobre quién y de qué manera tienen derecho de la Reparación del Daño y a los apoyos institucionales.

⁸ Código Penal de la República de Chile: Título I, § 2. De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:....

⁹ Sobre el particular y temas específicos del proceso, puede consultarse la magnífica obra del jurista: Tavolaro Raúl, Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y casos, Reimpresión de la 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Tratados, República de Chile 2007, 440 pp.

Aspectos básicos de la teoría del delito...

267

Nótese que se ha preferido la denominación *Derecho Criminal* a Derecho Penal porque la pena, como se ha expuesto no es único tema central, se suman el Delito y la Responsabilidad.

Antes de abordar los aspectos básicos, me gustaría profundizar un poco más sobre cómo le han denominado a los estudios de Derecho Penal; se le ha denominado Derecho de Penas con Feuerbach; Derecho Represivo, Ernesto Puglia en Italia; Derecho Penal protector de los Criminales, con Pedro Dorado Montero; Defensa Social denominado en Cuba por José Antonio Martínez; Derecho de lucha contra el Crimen a decir de Thomsen; y Derecho Criminal por Francesco Carrara y su maestro Giovanni Carmignani, entre otros.

¿Cuál será la denominación correcta? Todo lo que se exponga tendrá que ser, en estricto rigor jurídico, debidamente fundado y motivado.

¿Cuál es el correcto? lo correcto es denominarle: Derecho Criminal; aplica incluso para la legislación penal y procesal Chilena.

El término Criminal se puede apreciar desde la propia Constitución Política de la República de Chile¹⁰; el capítulo tercero de los derechos y deberes individuales constitucionales, artículo 19, numeral 7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en consecuencia: el inciso "F" trata sobre las causas Criminales; es decir, si la Carta fundamental lo refiere, estare-

mos facultados para usar el término Criminal; en su artículo 76, se establece la facultad del poder judicial, para conocer causas civiles y Criminales, entonces de cierto modo lo Criminal, no se aparta de nuestra Constitución.

Sobre el elemento Responsabilidad¹¹, también se aborda en la Constitución Chilena, propiamente en el artículo 17, donde se establece que pueden recuperar la ciudadanía, una vez extinguida la responsabilidad penal.

El Código Penal de la República de Chile¹², también se refiere a lo criminal; en su libro primero, se denomina La responsabilidad criminal y comienza el numeral 1, como subtítulo de los delitos y el artículo 1º versa sobre lo que debe entenderse por delito; consecuentemente, previo a la responsabilidad criminal, es determinar el o los delitos.

El Código Procesal Penal¹³ Chileno, en sus artículos: 7º, 72, 113, 128, 171, 173, 176, 249, 251, 264, 271,

¹¹ Se puede apreciar: Capítulo III DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: Párrafo sexto del numeral 3º, La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

¹² Código Penal, LIBRO PRIMERO, responsabilidad criminal, 1. De los delitos. Artículo 1º Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2010-03-18&p=>.

¹³ Código Procesal Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <http://www.leychile.cl/N?i=176595&f=2008-03-14&p=>.

¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2010-01-07&p=>.

306, 324, 374, 424, 460, 471 y 473, se refieren al término: *Criminal*.

Como podemos apreciar, la trilogía mucha de las veces está dispersa tanto en la redacción, como en las ideas; esto es, mucha de las veces, comienzan al revés, para la aplicación de una pena, previamente el sujeto tiene que ser responsable de un delito; si observamos las redacciones, nos podemos dar cuenta que el legislador se pierde o no ubica, la estructura lógica de la trilogía.

Muchos de los problemas se han suscitado, porque aspectos de la responsabilidad, los mezclan con el delito y viceversa; en cuanto a la responsabilidad del sujeto, tendremos que ver si el órgano impartidor de justicia o el propio legislador es de corte causalista, finalista u otro aspecto dogmático. Si se hace un juicio de reproche o atribubilidad, se está adoptando una postura finalista¹⁴; si se determina que en la responsabilidad se puede ubicar el dolo y la culpa y sobre todo, se establece la relación de causalidad¹⁵, será obviamente una postura causalista.

¿Qué dice la gramática de la Real Academia?, ¿Por qué no nos podemos apartar de ella?, ¿Cuántos asuntos

jurídicos no se han resuelto por una palabra?, ¿Cuánta jurisprudencia se ha pronunciado por una frase o por una palabra que teníamos mal entendida?, muchas veces tenemos que acudir a nuestra raíz; Criminal conforme a la Real Academia¹⁶, deriva del latín *Criminalis*, que significa: Perteneciente al crimen o que de él toma origen; leyes institutos o acciones destinadas a perseguir y castigar los crimines o delitos, aquí ya encontramos delitos y faltas de las que también trata el Código Penal Chileno; en una cuarta acepción se establece “que ha cometido o procurado cometer un crimen”.

En la misma Real Academia volvemos encontrar esos aspectos de la trilogía de nuestra factura.

Por todo lo expuesto, el término *CRIMINAL*, lo encontramos tanto en la Constitución de la República de Chile, en el Código Penal, así como en la Real Academia de la Lengua; entonces, de entrada los investigadores, los máster en Derecho, –los estudiantes que seguimos siendo– tenemos que ser más precisos y prácticos en los conceptos que usamos porque toda esa fraseología, a veces nos puede confundir; el mismo Código Penal Chileno refiere: están exentos de responsabilidad Criminal: el que obre en defensa de su persona, en efecto, la defensa legítima le excluirá de responsabilidad Criminal, pero si tomamos el punto de vista que los que mezclan el

¹⁴ Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Reimpresión de la 4ª edición en español, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Traducciones Jurídicas, Traducción: Juan Bustos R. y Sergio Yáñez P., República de Chile, 2002, 344 pp.

¹⁵ Novoa Monreal Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Tercera parte. 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Clásicos Jurídicos, República de Chile, 2005, 1064 pp.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española, voz: Criminal. Vigésima segunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>.

Aspectos básicos de la teoría del delito...

269

delito con la responsabilidad, dirán en la dogmática, que no hay delito.

Si la defensa legítima, el estado de necesidad y todas esas causas son el elemento contrario a la antijuridicidad, entonces no habrá delito.

Si se priva de la vida a una persona, mediante una causa de justificación, como es, la Defensa Legítima, dogmáticamente se establece que no hay delito. ¿Será esto cierto?; ¿Qué hago entonces con el occiso?; ¿Habrà investigación? Habrà un juicio para determinar la forma en que el sujeto actuó. Si se obra en legítima defensa, entonces ¿No hay delito?: Si hubo homicidio, si se privó de la vida a una persona.

En este sentido es acertado el Código Penal de la nación, cuando establece en su artículo 10 que están exentos de responsabilidad criminal, su numeral 4 determina: el que obra en defensa de su persona o derechos...¹⁷

Ese es el grave problema, mezclar temas la trilogía, esto es, temas del delito, con la Responsabilidad; una cosa es el delito y otra muy distinta es la responsabilidad.

Muchas veces ubican al dolo en el tipo, ofrezco mil disculpas por no estar de acuerdo y sé que causará mucho revuelo; en los tipos Penales previstos en el Código Penal Chileno, no se aprecia tal afirmación.

Si analizamos de manera objetiva el artículo 391 de la legislación penal Chilena: "El que matare a otro...",

¿dónde está el dolo inserto en el tipo?; no se encuentra porque se puede cometer el homicidio imprudencialmente o dolosamente.

IV.-CONCLUSIONES

1.- No se tiene hasta el momento un esquema general de la Teoría del Delito, que pudiera aplicarse a la Teoría del Caso.

2.- Lo anterior es consecuencia de no tener bien establecido el contenido del llamado Derecho Penal.

3.- Llamamos Derecho Criminal, al conjunto de conocimientos y disposiciones legales, relativos al estudio del Delito, La Responsabilidad, las Penas y Medidas de Seguridad.

4.- La trilogía que se propone, cambiará todo el esquema planteado hasta hoy por a dogmática penal.

5.- De lo anterior ahora si se justifica una Teoría del Delito.

6.- Se justifica una Teoría de la Responsabilidad.

7.- Adicionalmente a una Teoría de las Penas y Medidas de Seguridad.

8.- Existe similitud en las legislaciones penales y procesal penal mexicana, como en la legislación penal Chilena, para enlazar los temas del Derecho Criminal.

¹⁷ Código Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2010-03-18&p=>.

V.- BIBLIOGRAFÍA

Carnevali Rodríguez Raúl, Cuestiones de Política Criminal en los tiempos actuales, 1ª Edición, Editorial de Jurídica Chile, Colección Estudios Jurídicos, República de Chile 2009, 256 págs.

Hernández Islas, Juan Andrés, Mitos y Realidades de la Teoría del Delito, edición privada, limitada, México 2010.

Código Penal de la República de Chile.

Barreiro Agustín Jorge, Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español; Editorial Civitas, Madrid, España, 1976, 363 P.

Delito, Pena y Proceso, 1ª Edición, Editorial Jurídica Chile, Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Colección Tratados Jurídicos, República de Chile 2008. 832 págs.

Tavolaro Raúl, Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y casos, Reimpresión de la 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Tratados, República de Chile 2007, 440 pp.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2010-01-07&p=>.

Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Reimpresión de la 4ª edición en español, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Traducciones Jurídicas, Traducción: Juan Bustos R. y Sergio Yáñez P., República de Chile, 2002, 344 pp.

Novoa Monreal Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Tercera parte. 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Clásicos Jurídicos, República de Chile, 2005, 1064 pp.

Diccionario de la Real Academia Española, voz: Criminal. Vigésima segunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>.

Código Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2010-03-18&p=>.

Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho, editada por la Facultad de Derecho, se terminó de imprimir el 8 de julio de 2011 en los talleres de CREATIVA IMPRESORES S.A. de C.V. calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09920, México, D.F. Tel. 5703-2241. En su composición se utilizaron tipos Arial y Calibri. Tipo de impresión offset, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel ahuesado de 75 grs. y los forros en cartulina sulfatada de 14 pts. La edición estuvo al cuidado del Lic. Alberto J. Montero. La edición consta de 1000 ejemplares.