



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Annuario giuridico

DIRITTO E PROCESSO

a cura di ANTONIO PALAZZO

Numero speciale



Anni 2006-2009

DIRITTO E PROCESSO



*Annuario giuridico dell'Università
degli Studi di Perugia*

Rivista annuale
ISSN 1722-1110
Anni 2006-2009

Direttore scientifico e responsabile: Antonio Palazzo

Comitato scientifico:

Mario Álvarez Ledesma – Mario Ascheri – Mauro Bove –
Francesco Donato Busnelli – Severino Caprioli – Marco
Comporti – Francesco Paolo Luiso – Agustín Luna Serrano –
Maurizio Lupoi – Slavatore Mazzamuto – Antonio Palazzo –
Vito Rizzo – Umberto Santarelli – Andrea Sassi – Francesco
Scaglione – Peter Stein – Ferdinando Treggiari

Comitato di redazione:

Silvio Pietro Cerri – Roberto Cippitani – Valentina Colcelli –
Francesco Reali – Stefania Stefanelli

Diritto e Processo n. 5/2006-09 – Pubblicato a Perugia nell'anno 2010
Registrazione presso il Tribunale di Perugia del 24 luglio 2003, n. 33
Responsabile: Antonio Palazzo

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)

Il numero speciale di *Diritto e Processo* 2006-2009 vuole celebrare tre momenti molto importanti.

Innanzitutto, si tratta del numero del settecentenario dell'Università degli Studi di Perugia, che celebra sette secoli di studi giuridici, che hanno formato tante generazioni di studenti europei ed il pensiero giuridico moderno.

L'altro motivo di interesse è la pubblicazione della *Rivista*, da questo numero, anche sul *web*, in modo da renderla maggiormente visibile in ogni luogo e più facilmente fruibile dai suoi lettori.

Da ultimo, ma non per ultimo, la nuova uscita dell'annuario celebra la collaborazione tra la Scuola perugina di diritto civile e i colleghi del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus di Città del Messico (TEC), diretto da Mario Álvarez Ledesma, ottimamente coadiuvato da un valente gruppo di studiosi, tra i quali preme segnalare Beatriz E. Sosa Morato, docente di diritto civile.

La collaborazione con il TEC ha prodotto in poco tempo una ormai consolidata consuetudine di attività scientifiche e didattiche: due numeri speciali celebrativi delle riviste delle due università: quello che qui si introduce e il numero della *Rivista Jurípolis* del TEC; i corsi tenuti presso il TEC a Città del Messico e presso il Dottorato a Perugia; la nostra partecipazione al primo Congresso internazionale sulla Giustizia costituzionale «El Juez Constitucional en el Siglo XXI», tenutosi a Cancún nel maggio dello scorso anno; la redazione di alcune voci del prestigioso *Diccionario historico-judicial del Mexico*, realizzato dalla Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana¹; la collaborazione dei colleghi messi-

¹ Le voci redatte dall'Università degli Studi di Perugia e da me coordinate, sono le seguenti: *Permanencias del derecho civil* (Antonio Palazzo); *Derechos patrimonialmente neutros* (Andrea Sassi); *Antitrust (en el Derecho Europeo)* (Francesco Scaglione); *Derecho subjetivo y Interes legitimo* (Valentina Colcelli); *Solidaridad (en las relaciones jurídicas)* (Roberto Cippitani).

cani all'opera in tre volumi «Diritto privato», edito da Utet (a cura di Alberto Donati, Alessandro Garilli, Silvio Mazzaresse, Andrea Sassi)². Inoltre è iniziata la traduzione in spagnolo di alcune opere della Scuola e in italiano degli scritti di Mario Álvarez Ledesma e di Beatriz E. Sosa Morato e la traduzione in spagnolo di nostre opere.

** *** **

Il progetto scientifico che sta alla base di questa collaborazione parte dagli ottimi rapporti con gli studiosi messicani e cerca di favorire l'obiettivo più ampio di creare uno spazio giuridico comune tra Europa e America Latina.

Che diritto europeo e quello americano abbiano origini e sviluppi comuni è un fatto che non va ulteriormente dimostrato. Eppure oggi questa vaga aria di famiglia è destinata a diventare la base dell'integrazione giuridica tra le due sponde dell'Atlantico.

Nei due continenti, fino a pochi decenni fa, gli studiosi e gli operatori del diritto erano custodi un sapere tranquillamente circoscritto entro i confini del diritto nazionale. Si volgeva lo sguardo al diritto degli altri paesi europei solo per un esercizio storico o comparativistico, senza una reale ricaduta applicativa sul diritto interno.

Ora, però, si è prodotto un fenomeno irresistibile e irreversibile, che è costituito dall'integrazione regionale. Una integrazione che si è voluta all'inizio soltanto economica, ma che è divenuta essenzialmente giuridica. Le fasi di questo processo sono ovviamente diverse in Europa e in America Latina. Ma sono uguali gli obiettivi da raggiungere ed il contributo dei giuristi al loro raggiungimento. Inoltre, proprio in virtù di quella area di famiglia che ha prodotto nel passato importanti contaminazioni, i due processi di integrazione giuridica trovano reciproco impulso dal confronto reciproco, per evidenziare problemi, proporre soluzione, evitare errori.

Questo confronto è particolarmente evidente nei richiami contenuti nelle fonti e nella giurisprudenza delle corti latino-americane.

² Il contributo di M. Álvarez Ledesma è «L'Accesso alla giustizia»; quello di B. Sosa Morato si intitola «Persona y Derecho».

Tale riferimento si osserva nelle forme di collaborazione tra gli stati sudamericani, che stanno passando da accordi economici e settoriali (come il Mercosur) ad una cooperazione di carattere politico, basata sull'idea di «solidarietà», sviluppo sostenibile e sulla riduzione delle asimmetrie tra regioni (come è accaduto per il recente trattato dell'Unasur, ma anche per i nuovi sviluppi del Mercosur, come la creazione del fondo per la convergenza strutturale, la creazione della banca del sud, la dichiarazione sui diritti del consumatore, il *Mercosur Sociolaboral*). Questo passaggio si ispira e cita spesso letteralmente il percorso dell'Unione europea.

Inoltre il modello comunitario europeo guida la letteratura e la giurisprudenza, le quali supportano i processi di integrazione. Infatti, le Corti latino-americane, istituite nell'ambito degli accordi intergovernativi, fanno sempre più riferimento ai concetti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, seguendone inoltre il metodo interpretativo, che costituisce in Europa un essenziale strumento di integrazione giuridica. È il caso del Tribunale Permanente di Revisione del Mercosur, il quale, richiamando anche talune decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, utilizza nozioni quali i diritti umani, diligenza e buona fede, diritto alla corretta informazione e così via, che non sono esplicitamente contenuti nelle fonti intergovernative (solo per citare un esempio: *Commissione c. Francia* – C-265-95; caso *Schmidberger* (C-112-00)).

Per non parlare, ovviamente, dell'influenza che il diritto europeo, soprattutto quello privato, hanno avuto e hanno sui codici dell'America Latina.

Allo stesso modo la letteratura giuridica europea potrebbe trarre importanti spunti di riflessione dal diritto dell'America Latina, che già da tempo ha affrontato questioni legate a società multietniche, il confronto con i modelli nordamericani, la globalizzazione.

In questo quadro la Scuola perugina ha stretto rapporti scientifici e personali con studiosi e istituzioni americane, realizzando un Dottorato europeo ed internazionale sui temi dell'integrazione regionale (intitolato alla Società della Conoscenza, coordinato dal mio allievo, Andrea Sassi), partecipando a convegni e seminari, organizzando ricerche comuni.

Questo nostro progetto si collega strettamente all'impegno per costruzione di un diritto privato europeo che si realizza attraverso diverse iniziative di ricerca di questo periodo e per mezzo della collaborazione

con l'Accademia dei Giusprivatisti Europei diretta dall'amico Giuseppe Gandolfi.

** *** **

In questo quadro è maturata l'idea di questo numero speciale, che si immagina sarà soltanto il primo di un percorso comune con i colleghi dell'altra sponda dell'Atlantico.

In particolare gli studiosi del TEC hanno scritto i loro contributi per evidenziare i problemi attuali del dibattito scientifico in Messico, dal punto di vista delle diverse branche del diritto. Sono sicuro che questi lavori costituiranno il punto di avvio di ulteriori riflessioni nei prossimi numeri.

Il nostro contributo riguarda temi particolarmente cari alla Scuola, che, come si è anticipato, formano oggetto delle voci che saranno pubblicati nel *Diccionario historico-judicial* e che qui sono pubblicati nella loro versione in lingua italiana.

Tra i due gruppi di lavori, il contributo di Ferdinando Treggiari, frutto delle sue lezioni a Città del Messico l'anno scorso, rappresenta, non solo nel titolo, un ponte tra le esperienze giuridiche europee e dell'America Latina dal punto di vista storico.

Perugia, ottobre 2009

Antonio Palazzo

Señoras y señores:

El Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México festeja 10 años de su licenciatura en Derecho. Este festejo debe ser considerado principalmente como una magnífica oportunidad, al menos, en dos sentidos, a saber: reconocer lo que se ha hecho bien y reconocer a quienes lo hicieron posible pero, sobre todo, reflexionar sobre el significado de la importancia del compromiso educativo en el campo del Derecho.

Por ello, es menester tener presente que la formación de abogados durante 10 años ha requerido la conformación de un equipo de trabajo académico en torno a la filosofía educativa del Tecnológico de Monterrey. En ese equipo han colaborado una pléyade de juristas mexicanos y extranjeros, en su calidad de profesores-investigadores de tiempo completo y de profesores de asignaturas quienes, en las distintas facetas del Derecho que han conformado nuestros planes de estudio, han puesto lo mejor de sí ya en la cátedra, ya en la investigación. A todos ellos nuestro reconocimiento puntual y nuestro agradecimiento permanente, porque el proceso de enseñanza-aprendizaje requiere de conocimiento pero, sobre todo, de pasión por la educación, la que se apoya en la convicción de que lo mejor que puede ofrecer un ser humano es compartir con otros su conocimiento y su experiencia. Con base en esa certeza y en torno a ella se mueve y camina, a final de cuentas, la labor educativa. Sabemos que sin esa pasión por la educación jurídica este décimo aniversario de nuestra Licenciatura en Derecho no hubiese sido posible.

En este aniversario es también necesario recordar y agradecer a los directivos que estuvieron al frente tanto del Departamento como de la Licenciatura en Derecho. La administración educativa es una de sus vertientes más complejas porque implica acentos humanos y un acompañamiento del proceso de enseñanza-aprendizaje que no están presentes en ninguna otra forma de administración. En efecto, el objeto y fin de la

educación es la persona humana, representada por hombres y mujeres de carne y hueso que habrán de ser formados para enfrentar retos profesionales los cuales, dada su complejidad, requerirán para su solución no sólo de habilidades y conocimientos técnicos sino de una carga valorativa que se transmite con palabras pero que se ejemplifica con acciones. Por eso debe reconocerse a quienes estuvieron a cargo de la administración académica y del alumnado durante estos 10 años de la Licenciatura en Derecho, por su capacidad de transmitir e inocular valores, que particularmente en el ejercicio de la abogacía resultan insoslayables, valores tales como la honestidad y el amor por la justicia. Una postura y concepción ética del Derecho y de su ejercicio deberán estar presentes más que nunca dados los dilemas morales con los que los abogados, egresados de nuestra licenciatura, habrán de enfrentarse cotidianamente en la realidad profesional y social de un país como México, con retos tan significativos en ese ámbito.

La formación de abogados a lo largo de 10 años ha estado acompañada de actividades que enriquecen esa formación, como son la generación de espacios de reflexión jurídica, conferencias y seminarios, principalmente, así como de publicaciones especializadas en las que el Departamento de Derecho ha dado muestra de riqueza y prolificidad, y que sin duda han ayudado a identificar a los egresados de nuestra Licenciatura en Derecho como provenientes de un ambiente de trabajo y actualización constantes en la ciencia jurídica; ambiente en el que se fomenta de manera permanente la reflexión y la discusión.

Es en este espíritu que a fin de dejar permanente testimonio de los 10 años de nuestra licenciatura en Derecho, la Universidad de Perugia, Italia ha decidido publicar un número especial, en forma electrónica, de su reconocido anuario *Diritto e Processo*, el cual está a cargo de una de las mayores autoridades del Derecho civil europeo, el Profesor Antonio Palazzo, acompañado para tales efectos de los destacados profesores Andrea Sassi y Roberto Cippitani. Es menester hacer hincapié en que el intenso intercambio sostenido desde hace más de dos años entre el Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey y la Facultad de Derecho de la Universidad de Perugia ha producido múltiples frutos académicos, uno de los cuales es esta publicación, cuyo objeto es dar a

conocer ciertos aspectos del estado del arte del Derecho mexicano a los juristas europeos, principalmente a los italianos. Es en tal virtud que este número especial de aniversario de *Diritto e Processo* se compone de 17 artículos escritos por juristas mexicanos, en su práctica totalidad profesores de nuestro Departamento de Derecho.

Cabe decir que el valor simbólico de esta publicación se sustenta en una convicción central: que el Derecho y la justicia caminan de la mano de la labor de investigadores que son capaces, luego, de plasmar en las aulas, su preocupación y ocupación por las áreas del Derecho que cultivan y ejercen.

Atentamente,

Dr. Mario I. Álvarez Ledesma
Director del Departamento de Derecho
Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México

SOMMARIO

FERDINANDO TREGGIARI, <i>Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune</i>	Pag.	1
MARIO I. ÁLVAREZ LEDESMA, <i>Consideraciones en torno a derechos humanos y políticas públicas</i>	»	13
OCTAVIO AVENDAÑO CARBELLIDO, <i>Concursos mercantiles y crisis financiera</i>	»	35
GERMÁN ADOLFO CASTILLO BANUET, MTRO. HORACIO PÉREZ ORTEGA, <i>Los alcances de la reforma constitucional al sistema de seguridad y justicia penal y su implementación</i>	»	79
ELIZABETH CRUZ REYNA, <i>Justicia constitucional y democracia en México</i>	»	121
BERTHA ESTELA FERREGRINO BASURTO, « <i>El secuestro en México, ¿una industria?</i> » « <i>el derecho penal mexicano, ¿sinónimo de impunidad?</i> » ó « <i>crónica de una ciudad secuestrada!</i> »	»	141
VICENTE FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, <i>Responsabilidad patrimonial del estado en México</i>	»	169
IMER B. FLORES, <i>El derecho a la igualdad en México</i>	»	185
ENRIQUE GUADARRAMA LÓPEZ, <i>Esquema de garantías al consumidor en materia de prestación de servicios a futuro</i>	»	217
JUAN FRANCISCO GUTIÉRREZ, <i>Divorcio express</i>	»	251
RENEE C. LICONA VÁZQUEZ, <i>Evolution of the right to remain silent in Mexico, nemo tenetur se ipsum accusare</i>	»	261

D. DANTE LÓPEZ MEDRANO, <i>Las garantías penales y procesales. La reforma constitucional de 2008</i>	»	287
MANUEL MAESTRO MUNIVE, <i>Problemática de la ejecución de sentencias extra-njeras en materia civil y mercantil en el sistema jurídico mexicano</i>	»	317
EMILIO RABASA GAMBOA, <i>El dualismo constitucional mexicano</i>	»	347
JUAN RAMÍREZ MARÍN, <i>Ordenamiento territorial tricolor</i>	»	367
FERNANDO E. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, <i>Principio de autonomía</i>	»	405
BEATRIZ E. SOSA MORATO, <i>Derecho sanitario en México: notas sobre la experiencia de la comisión nacional de arbitraje médico y el perfil de la relación de iure médico-paciente</i>	»	415
FRANCESCO SCAGLIONE, <i>Antitrust europeo</i>	»	443
ANDREA SASSI, <i>Diritti patrimonialmente neutri</i>	»	455
VALENTINA COLCELLI, <i>Diritto soggettivo e interesse legittimo</i>	»	469
ANTONIO PALAZZO, <i>Permanenze del diritto civile</i>	»	479
ROBERTO CIPPITANI, <i>Solidarietà (nei rapporti giuridici)</i>	»	489

FERDINANDO TREGGIARI*

IL DIRITTO MIGRANTE E LA COSTRUZIONE
DELLO SPAZIO GIURIDICO COMUNE**

SOMMARIO: 1. L'atlante dei diritti e i compiti della storia giuridica comparata. — 2. Il sistema del diritto comune storico europeo. — 3. La migrazione in America del sistema giuridico europeo. — 4. Dal diritto comune al diritto comunitario. — 5. La costruzione del diritto europeo uniforme.

1. — La plurisecolare vicenda del flusso e del trapianto di istituti e di esperienze giuridiche da un ordinamento all'altro e da un'area all'altra del mondo ha reso oramai anacronistica la visione del diritto come tradizione e storia nazionale. La cultura storico-giuridica ha oggi sempre più bisogno di farsi comparazione, superando sia i confini dell'ordinamento nazionale sia i suoi stessi tradizionali confini disciplinari.

La geografia attuale dei diritti sollecita questo allargamento del raggio di studio. Il contesto odierno è infatti dominato da due tensioni apparentemente contrarie: quella alla frammentazione e quella all'unità. Il mutato atlante politico dell'Europa degli ultimi venti anni ne è un esempio. Il Vecchio Continente coltiva da tempo una vocazione unitaria, che ha già tagliato traguardi importanti: la moneta unica, la caduta delle barriere doganali, la cittadinanza europea, un embrione di diritto uniforme. Ma al tempo stesso l'Europa ha visto moltiplicarsi i confini federali e regionali. Dopo la caduta del Muro di Berlino sono aumentati in Europa gli Stati pluralistici e multiculturali e si sono riaccese e diffuse le spinte autonomiste interne agli Stati nazionali. Un fenomeno ana-

* Professore associato dell'Università di Perugia.

** Il presente testo raccoglie il contenuto della lezione tenuta nell'Università di Perugia il 15 luglio 2009 nell'ambito del corso di Dottorato in «Società della conoscenza e disciplina del mercato comune. Profili interdisciplinari dell'integrazione europea ed internazionale». Un suo svolgimento più ampio, sotto il titolo *Traiettorie del diritto comune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, è in corso di stampa in *Juripolis. Revista de derecho y política del Departamento de derecho*.

logo ha coinvolto l'America Latina e molti paesi post-coloniali dell'Africa e dell'Asia.

Il doppio orizzonte (diritto globale e diritti locali) che caratterizza il sistema in costruzione segna anche il definitivo tramonto dell'idea del carattere universale dei sistemi giuridici occidentali, impostata sulla dicotomia tra i sistemi continentali di *civil law* e quelli anglo-americani di *common law*. Sia l'uno (*civil law*) che l'altro sistema (*common law*) si sono da secoli diffusi nel mondo assumendo spiccati connotati regionali, risultato della simbiosi tra il modello originario 'migrato' e la cultura giuridica locale che lo ha accolto – o a cui è stato imposto, come nel caso delle colonie –. Postulando due differenti ma omogenee tradizioni giuridiche, la tradizionale visione eurocentrica dell'atlante dei diritti si mostra oggi incapace di cogliere i caratteri locali e regionali degli ordinamenti giuridici, continuando a perseguire la ricerca astratta delle analogie, anziché studiare e analizzare le differenze.

Quest'universo di differenze è oggi attraversato da un fenomeno apparentemente antitetico: la transnazionalizzazione del diritto, cioè la vicenda di regimi giuridici internazionali e sovranazionali che attraversano gli ordinamenti nazionali, imponendo regole e comportamenti uniformi. È questa l'ottica seguita anche nella costruzione del diritto unitario europeo: le norme prodotte dalla Comunità Europea si sovrappongono e si inseriscono nei tessuti normativi nazionali degli Stati membri creando un nuovo diritto comune. All'interno del singolo Stato opera però contemporaneamente anche una forza tendenzialmente contraria al processo unificatore. Il diritto nazionale non cambia infatti solo per l'effetto delle norme comuni prodotte e imposte dagli organi sovranazionali, ma anche per la spinta centrifuga del pluralismo giuridico interno, che si rivolge contro la centralità del diritto posto dallo Stato e la sua pretesa di regolare in via esclusiva la vita sociale. Al processo di erosione della sovranità dello Stato per effetto della transnazionalizzazione partecipa dunque anche un processo di frammentazione della totalità del diritto statale, che tende a rompere l'unità e l'universalità del sistema giuridico statale di stampo liberale-costituzionale moderno.

Anche questa frammentazione contribuisce a screditare l'efficacia della dicotomia *civil law-common law*. Ogni cultura giuridica nazionale può dirsi oggi – e ognuna in modo diverso – cultura giuridica 'mista'. È a par-

tire da questo dato che storiografia e comparazione giuridica devono osservare e studiare oggi la varietà delle culture giuridiche del mondo.

2. — Proviamo a scolpire, in un rapidissimo *excursus*, i tratti essenziali del sistema storico del diritto comune vigente nell'età medievale e moderna in gran parte d'Europa e le tappe fondamentali del suo processo formativo.

Con la ricostituzione dell'Impero ad opera di Carlo Magno (800) il sistema politico e giuridico cominciò ad assumere quell'aspetto bipolare, civile-canonistico, imperniato sui due poteri universali, che avrebbe conservato per molti secoli. L'Impero era il naturale protettore della Chiesa: era «romano», ma anche «sacro». L'imperatore incarnava il potere temporale e il diritto dell'impero era il diritto romano della compilazione di Giustiniano. Il papa incarnava il potere spirituale e il diritto della Chiesa era il diritto divino, il diritto emanato dal papa e dai concili, ma anche il diritto romano, sotto l'egida del quale la Chiesa di Roma da secoli era divenuta universale. Le due autorità universali del Medioevo, imperatore e papa, si dividevano, non senza attriti, le competenze: la giurisdizione dell'imperatore era *in temporalibus*; quella del papa *in spiritualibus*. I destinatari delle norme imperiali e delle norme pontificie erano però i medesimi, unendo due simultanee qualità: quella di *cives* e quella di *fideles*.

Dopo l'anno Mille la scena cambia. Muta l'economia, nasce il fenomeno cittadino, fermenta la cultura. A Bologna rinasce lo studio del diritto romano e si fonda l'Università (1088). Contemporaneamente, sempre a Bologna, un analogo processo investe il diritto canonico, che nel XIII secolo riceverà il suo *corpus* normativo. I due diritti universali (civile e canonico) dei due ordinamenti universali (Impero e Papato) sono ormai costituiti e sono provvisti di una rispettiva e raffinata scienza.

Nel frattempo si assiste alla nascita di numerosi ordinamenti 'minori', ognuno dotato di un proprio autonomo diritto. Ai due diritti universali, *ius civile* e *ius canonicum*, che insieme formano l'*utrumque ius* (*ius commune*), si affianca una molteplicità di diritti particolari, prodotti da una pluralità di ordinamenti fra loro assai diversi: feudi, Comuni cittadini, regni monarchici, corporazioni artigiane e professionali. Sono ordinamenti pienamente autonomi, ma consapevoli di derivare la loro *potestas* da una fonte superiore, a cui sono giuridicamente collegati. È una pluralità

nell'unità: un'unità animata dalla fede universale cattolica e sostenuta dal diritto universale della tradizione romana. La varietà degli *iura propria* presuppone sempre lo *ius commune*. E il rapporto tra le norme di *ius proprium* e le norme di *ius commune* è la chiave di volta del sistema giuridico medievale (del «sistema del diritto comune», inteso appunto come «sistema di rapporti fra *ius commune* e *ius proprium*»): fenomeno europeo, non solo italiano.

Come funzionava questo articolato sistema di fonti? In primo luogo si applicava lo *ius proprium*, mentre per i casi da questa fonte non previsti trovavano applicazione le *leges* romane. I *canones* avevano applicazione in ogni caso in cui la materia da disciplinare avesse rilevanza spirituale (come anche in ogni caso in cui intervenisse una *ratio peccati*), non tollerando il diritto canonico alcuna deroga da parte delle fonti di *ius proprium*. La concorrenza tra *ius proprium* e *ius civile* (*ius commune* in senso stretto) ubbidiva invece alla regola della prevalenza del diritto speciale sul diritto generale. Lo *ius civile* si applicava solo se non era in vigore una norma di *ius proprium* che implicitamente lo derogasse, disciplinando diversamente l'istituto o la fattispecie. Il sistema, insomma, aveva trovato il suo equilibrio nel criterio della deroga dello *ius proprium* rispetto allo *ius commune* sussidiario.

Il sistema *pluralistico* e al tempo stesso *unitario* di fonti giuridiche (*ius commune* e *ius proprium* come elementi di un unico sistema normativo), arricchito nel corso del suo sviluppo da *auctoritates* vecchie e nuove (la grande dottrina del diritto comune; la giurisprudenza dei tribunali dell'età moderna), durerà nell'Europa continentale fino alla Rivoluzione francese e avrà fine formale solo con l'esperienza codificatoria.

3. — Il ponte creato alla fine del secolo XV a seguito della Scoperta e della Conquista dell'America Latina ha avvicinato Vecchio e Nuovo Mondo grazie alla comunicazione di modelli istituzionali e normativi, garantendo il transito, prima attraverso il canale del *ius commune*, poi attraverso quello dei *codici* e delle *costituzioni*, della cultura giuridica da un continente all'altro. Appunto perché fondato sulla tradizione giuridica del Vecchio Continente, il diritto vigente nei territori della Conquista, nei suoi cinquecento anni di storia, riflette un modello di integrazione fra ordinamenti, offrendo lo spunto per studiare la funzionalità extraeuropea

del modello di sistema giuridico fondato sull'integrazione di una varietà di diritti particolari attorno ad un unico diritto comune.

La storia giuridica dell'America Latina non può però essere letta solo come una vicenda 'esterna' di esportazione di regole e modelli e di colonizzazione. Essa induce a riflettere anche sui problemi rappresentati dalla co-vigenza e dall'integrazione di più ordinamenti. Anche per questo aspetto l'America Latina può essere considerata uno specchio per l'Europa. Lo stesso *ius commune*, nella sua traiettoria moderna, non può essere pienamente conosciuto senza considerare il modo in cui l'esperienza della colonizzazione americana ha influito su di esso.

L'assoggettamento delle Nuove Terre al sistema normativo europeo, al diritto «antico» che da quattro secoli reggeva la vita dell'Europa, creando una interrelazione tra i diritti indigeni consuetudinari e il diritto importato dalla Spagna, riprodusse di fatto il modello di integrazione fra diritto degli ordinamenti universali e diritto degli ordinamenti particolari, che costituiva il marchio del sistema europeo di diritto comune. Al tempo della Conquista questo modello di integrazione tra diritto comune (sussidiario) e diritti propri (derogatori del diritto comune) viveva in Europa, come abbiamo visto, la sua fase matura. Trasferito nel Nuovo Mondo, quel modello non cambiava struttura, ma in parte solo contenuti: *iura propria* erano il diritto castigliano e il diritto indiano; *ius commune* restava l'*utrumque ius* composto dal connubio fra *ius civile* e *ius canonicum*. Ad essere esportato, dunque, non era un semplice complesso di norme positive, ma un sistema logico-giuridico. Non si trattava solo di applicare la legislazione castigliana ad un territorio diverso dalla penisola iberica, ma di trapiantare il modello normativo e di organizzazione delle fonti fondato sulla dialettica generale-particolare, *ius commune-iura propria*, con la particolarità che il diritto vigente nelle Indie era costituito da *iura propria* di più aree giuridiche, quella spagnola e quella indiana.

Il trapianto del sistema normativo europeo fu accompagnato e favorito dal simultaneo trapianto delle istituzioni del Vecchio Continente. L'intero ambiente sociale delle nuove terre venne trasformato secondo il modello dominante in Europa sin dalla bassa Età Media, a cominciare dalla creazione di nuclei urbani con la denominazione di *ciudades*, cellule primarie dell'ordinamento politico, centri di vita amministrativa, econo-

mica, culturale e religiosa, sede del governo e della giustizia territoriale, che rievocavano la *civitas* europea e il suo glorioso passato medievale.

Un altro importante fattore di unificazione fu costituito dalla classe dei giuristi. La tradizionale rilevanza di questo gruppo sociale, in Europa e nella Spagna moderna, era determinato non solo dal prestigio della cattedra universitaria, ma anche dalla centralità della presenza e della mediazione dei *doctores* del diritto comune nelle attività amministrative e legislative delle città e in quelle giudiziarie dei tribunali cittadini, regi ed ecclesiastici. La presenza dei giuristi spagnoli in America dopo la Conquista coincise non a caso con la fondazione delle città e con la redazione dei primi documenti normativi per le terre conquistate. Anche il modello accademico visse la sua vicenda di esportazione. Se in un primo tempo i giuristi presenti in America erano originari della Penisola e formati nelle sue università, a partire dalla seconda metà del secolo XVI furono fondati centri universitari nelle terre conquistate, che si svilupparono in simbiosi con la colonizzazione. Teologia, giurisprudenza e medicina furono, in America come già in Europa, i saperi superiori. Fu dunque la cultura giuridica con le sue categorie concettuali a rappresentare l'interfaccia tra il Vecchio mondo medievale e il Nuovo mondo, la cui scoperta inaugurava l'età moderna.

Lo *ius commune*, che aveva dato e all'epoca della Conquista ancora dava ottima prova di sé nel vecchio Continente, accomunando il vivere giuridico degli ordinamenti di gran parte d'Europa, dimostrava, attraverso la colonizzazione, di poter fare da modello di integrazione per i paesi del continente ibero-americano. Il panorama culturale, così come il contenuto e l'ordine delle fonti normative, cambierà nell'America latina solo nel XVIII secolo, in sincronia con la critica del sistema del diritto comune, del pluralismo delle fonti e degli abusi della giurisprudenza che caratterizzerà la cultura giuridica europea nel secondo Settecento, premessa del nuovo ordine giuridico che si affermerà, di lì a poco, con l'avvento delle costituzioni e dei codici. Ma anche questi sviluppi storici successivi del diritto europeo condizionarono la parallela vicenda giuridica del Nuovo Continente. All'inizio dell'Ottocento anche i giuristi centro-sudamericani avviarono un intenso dibattito sull'inadeguatezza del sistema del diritto comune. L'Europa continentale con il codice napoleonico (1804) aveva rovesciato l'ordine legale dell'antico regime, abrogato ogni

fonte normativa concorrente e instaurato un nuovo ordine legale fondato sull'esclusività della legge statutale, sulla negazione del pluralismo normativo, sulla condanna dell'arbitrio interpretativo e sull'uguaglianza formale dei soggetti. Anche nelle ex colonie spagnole d'America si fecero presto strada iniziative di riforma, fra cui, appunto, quella codificatoria. E ancora una volta, il modello per l'America Latina fu l'Europa.

Analogo cambio d'epoca si realizzò all'inizio del XIX secolo in America Latina sul versante costituzionale, per l'influenza convergente del costituzionalismo nordamericano ed europeo. Le prime costituzioni, sia in Spagna sia nell'America centro-meridionale, portano i segni evidenti delle carte costituzionali francese e nord-americana e furono tra loro contemporanee.

4. — La realtà pluriordinamentale europea nell'età del diritto comune e quella analoga sviluppatasi nel Nuovo Mondo per effetto della colonizzazione costituiscono importanti precedenti storici per discutere la questione odierna dell'integrazione fra *diritto comunitario* e *diritto interno* dei singoli Stati europei. Oggi, come allora, in Europa ci troviamo di fronte alla contemporanea vigenza sullo stesso territorio di norme provenienti da fonti ed autorità eterogenee, di *iurisdictiones* e di apparati normativi fra loro correlati.

Il sistema del diritto comune aveva risolto il problema dell'*armonizzazione* delle diverse fonti normative ordinandole secondo un criterio che non era gerarchico e verticale, ma concorrente e orizzontale. Quelle fonti e quegli ordinamenti, a differenza di quanto avviene nei sistemi giuridici codificati e a rigida sovranità statutale, non ricevevano legittimazioni dall'esterno, ma si autolegittimavano in quanto espressioni spontanee delle più diverse espressioni del sociale. Certamente, ciò era reso possibile dalla *mancanza di barriere geografiche*, quelle che si sarebbero in seguito interposte fra gli Stati a seguito dei processi di identificazione nazionale, con conseguente riduzione ad unità delle fonti normative e pretesa esclusività del diritto nazionale. Certamente, ciò era reso possibile anche dalla *lingua comune*, il latino, e dalla *tradizione giuridica comune*, costituita dal diritto imperiale romano, che ridimensionava e superava ogni confine, annullando le distanze geografiche fra gli ordinamenti.

Oggi il diritto in Europa non parla più una lingua comune, ma il processo di integrazione europea ha reso attuali le condizioni per la creazione di un nuovo diritto comune che faccia da sfondo e coordini fra loro le autonomie giuridiche dei vari Stati membri. L'indebolimento della sovranità esterna sotto i colpi dell'azione sovrastatale dell'Unione europea e la scoperta del diritto comunitario come patrimonio comune dei popoli europei suggeriscono un paragone e un collegamento con la comune esperienza giuridica del passato. Anche oggi siamo in presenza di un ordinamento a più livelli – municipale, regionale, nazionale, europeo – in cui il giurista deve sapersi muovere facendo spazio anche alle fonti sovrastatali e alle fonti non legislative, alla consuetudine, alla dottrina e alla giurisprudenza, seguendo una prospettiva che non solo rievoca, ma affonda le sue radici nella storia giuridica europea. Oggi l'Unione europea sta per tagliare il traguardo della Costituzione unitaria, fondata sulla mediazione fra identità culturali e ricerca di valori e tradizioni comuni, favorita in questo passo dalla omogeneità socio-economica, dal comune patrimonio storico e dal declino delle sovranità statuali.

In questo contesto si può proporre un accostamento fra due età, quella del *diritto comune* e quella del *diritto comunitario*, pur nella consapevolezza dei contesti storici che rendono molto diversi fra loro i rispettivi intrecci pluriordinamentali e irripetibile l'esperienza del passato. Tuttavia incuriosisce la coincidenza di problematiche. I rapporti fra *ius commune* e *iura propria* sembrano offrire almeno un esempio di coordinamento e di equilibrio fra *un ordinamento* (quello comunitario) e *tanti ordinamenti* (quelli degli Stati membri). In fondo, è pur sempre un diritto universale (ieri lo *ius commune*, oggi il *diritto comunitario*) a doversi inserire, come diritto positivo comune, nel tessuto giuridico degli ordinamenti particolari.

Ma bisogna tenere bene a mente le differenze, oltre che di contesto storico, anche di struttura.

1) Il *diritto comune* era un diritto *sussidiario*. Esso era sempre in vigore in tutti gli ordinamenti particolari, ma veniva *applicato* solo ove non vi fossero norme *ad hoc* dell'ordinamento particolare. L'applicazione del diritto comune era dunque un'applicazione di secondo grado, giacché l'esistenza di una norma di diritto particolare che disciplinasse il caso concreto aveva la forza di derogare alla norma di diritto comune contra-

stante (ma non anche la forza di abrogarla implicitamente). Da qui due vantaggi. Il primo era che un conflitto tra *ius commune* e *iura propria* non poteva verificarsi. L'altro era che il sistema non conosceva lacune.

2) Il *diritto comunitario*, al contrario, gode oggi di primaria (e non sussidiaria) applicazione nel territorio dei singoli Stati membri. Le norme comunitarie – sotto forma di *regolamenti* direttamente precettivi, e di *direttive*, bisognose di legge interna di adeguamento – prevalgono sempre sul diritto interno. Il giudice dello Stato membro che accerti l'esistenza di un contrasto tra norma comunitaria e norma interna, deve *disapplicare* quest'ultima. I principi generali di diritto comunitario non solo costituiscono una risorsa per colmare le lacune dell'ordinamento comunitario, ma conformano la stessa produzione di norme dei singoli Stati membri, svolgendo una funzione di armonizzazione e di riavvicinamento delle legislazioni.

In questa sua funzione il diritto comunitario 'mima' lo *ius commune*. Anche lo *ius commune*, tra il XII e il XVIII secolo, aveva contribuito ad avvicinare le legislazioni particolari di tutta Europa. E non solo di Europa, come abbiamo visto, ma anche di terre lontanissime, come quelle americane. L'esperienza storica può dunque offrire utili spunti per suggerire tecniche per l'integrazione delle fonti normative dell'Unione europea e dei singoli Stati membri in un unico sistema.

5. — Nell'orizzonte della definizione di nuove aree giuridiche omogenee si colloca anche il processo dell'unità giuridica europea. Il diritto privato comune europeo è quel diritto che si sta cercando di creare all'interno dell'Unione europea, nuovo «spazio giuridico» costituito dall'unità politica degli Stati membri.

Ma quanto potrà essere 'nuovo' il costruendo diritto europeo? Il processo in realtà è circolare. Gran parte delle regole oggi incluse nei trattati comunitari e create dalle fonti di produzione del diritto comunitario riflettono terminologie, concetti, istituti appartenenti alle culture giuridiche dei singoli Paesi membri. Questo fenomeno certamente agevola il cammino verso la costruzione di un nuovo diritto comune, inteso come *corpus* di regole in cui si riconoscono le diverse esperienze dei Paesi appartenenti all'Unione.

Ma la costruzione dello spazio giuridico comune deve affrontare interrogativi che sono di metodo e di contenuto. L'armonizzazione delle legislazioni dovrà essere spontanea o autoritaria? Dovrà procedere per settori di discipline o per interi comparti di materie? Quale peso nel processo di costruzione del diritto privato europeo avranno le tradizioni? Come si supererà l'antiteticità tra i due modelli ereditati dal medioevo europeo e che ancora oggi caratterizzano due distinte aree dell'esperienza giuridica europea: il *diritto scritto* e la *case law*? Quali valori condivisi assumerà il nuovo diritto comune in tema di persona, famiglia, successioni, obbligazioni e contratti? E quali *forme* ('codici', 'testi unici', indirizzi giurisprudenziali) prenderanno i nuovi corpi normativi?

Questioni aperte, che impegneranno il lavoro dei giuristi d'Europa nei prossimi anni.

Riferimenti bibliografici:

- John Merryman, *The Civil Law Tradition*, II ed., Stanford, Stanford University Press, 1985.
- Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, II ed., Athens and London, University of Georgia Press, 1993.
- Klaus Günther-Shalini Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung*, Bad Homburg, Werner Reimers Stiftung, 2001.
- Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, Giuffrè 1954.
- Severino Caprioli, *Varianti e costante del diritto comune*, in «Rivista di diritto civile», XXXIX (1993), II, pp. 639-643.
- Javier Barrientos Grandon, *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación*. vol. I. *Ius commune-Ius proprium en las Indias occidentales*, Roma, Il Cigno, 2000.
- Ricardo Piqueras (a cura di), *La conquista de América. Antología del pensamiento de Indias*, Barcelona, Península, 2001.
- Aldo Andrea Cassi, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, Terra, Oro nel Diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004.

- Aldo Andrea Cassi, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Bari, Laterza, 2007.
- Piero Bellini, «*Oceanus duobus populis mancipatus*». *Considerazioni canonistiche circa la spartizione alessandrina dell'Atlantico*, in «Diritto romano attuale», 18 (2007), pp. 7-77.
- Victor Tau Anzoátegui, *Cultura jurídica y órdenes normativos en la colonización española en América. Una visión panorámica*, in *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto comune europeo e ordo iuris globale tra età moderna e contemporanea*, a cura di A.A. Cassi e A. Sciumè, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 117-141.
- Victor Tau Anzoátegui, *¿Qué fue el derecho indiano?*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- Manlio Bellomo, *Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 11 (2000), pp. 21-32.
- Hispania entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio* (Firenze-Lucca, 25-26-27 maggio 1989), a cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1990.
- Carlos Ramos Nuñez, *El código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- Aa.Vv., *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, a cura di S. Schipani, in «Studi sassaresi», 5 (1977-78), 1981, pp. XXXVI-606.
- Alejandro Guzmán Brito, *La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, in «Index», 6 (1976), pp. 74-82.
- Ferdinando Mazzarella, *Europa e America: storie di colonizzazione giuridica. A proposito di integrazione fra ordinamenti e di globalizzazione*, in «Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo», 47 (2002), pp. 233-272.
- Eduardo Cebreiros Álvarez, *La condición jurídica de los indios y el derecho común ejemplo del «favor protectionis»*, in «Panta rei». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t. I, Roma, Il Cigno, 2004, pp. 469-489.
- José M. Mariluz Urquijo, *«Ius commune» y Nuevo Mundo*, in «Panta rei». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t. III, Roma, Il Cigno, 2004, pp. 513-522.
- Luigi Nuzzo, *Un mondo «mas conversable». Grammatica della colonizzazione e diversità indigena*, in «Panta rei». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t. IV, Roma, Il Cigno, 2004, pp. 263-290.
- Serge Gruzinski, *La colonisation de l'imaginaire. Sociétés indigènes et occidentalisation dans le Mexique espagnol (XVIe-XVIIIe siècle)*, Paris, 1988, trad. it. a cura di

D. Sacchi, *La colonizzazione dell'immaginario. Società indigene e occidentalizzazione nel Messico Spagnolo*, Torino, Einaudi, 1994.

Luigi Mengoni, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 51 (1997), pp. 523-551.

M. Rosa Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

Paolo Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in «Il foro italiano», 2002, V, coll. 151-164.

Stefano Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2004.

Guido Alpa, *Diritto privato europeo. Come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, http://www.astrid-online.it/Il-diritto/Studi--ric/Alpa_-Come-costruireunit--nel-rispe.pdf

MARIO I. ÁLVAREZ LEDESMA*

CONSIDERACIONES EN TORNO A DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Qué son y para qué sirven los derechos humanos: su función técnica. — 3. La triple personalidad de los derechos humanos: su concepción multidimensional. — 4. Derechos humanos y políticas públicas: una primera aproximación. — 5. Políticas públicas, derechos humanos y democracia.

1. — Una de las cuestiones que más ha menoscabado la efectividad de los derechos humanos en estos últimos veinticinco años, lo que en sí mismo constituye una ironía, es el supino desconocimiento que existe en torno a su función técnica en las sociedades modernas y los Estados democráticos de Derecho. Ironía, en la medida en que buena parte de los usuarios mundiales de la expresión ‘derechos humanos’ aluden a éstos, inadvertidamente, como si se tratase de una moneda de cambio de validez y aceptación totalmente universal, cuando lo único claramente universal son, en realidad, sus violaciones.

En mi criterio, ello obedece en buena medida a una especie de abuso que la expresión ‘derechos humanos’ ha padecido en su empleo o «uso emocional». En otras palabras, que al hallarse tales derechos íntimamente vinculados a parámetros de corrección ética o moral, suelen evocar (o al menos ha permanecido en su empleo) un predicado específico, esto es, una suerte de eco justiciero en el sentido de que los derechos humanos constituyen un límite del actuar gubernamental. Lo anterior, tiende a generar en el gran público un sentimiento generalizado de justicia, cuya imagen colectiva (y, por supuesto, su resolución, parcial o total), pasa, se identifica o relaciona con la idea de «derechos humanos». Esta circunstancia ha dotado a los derechos humanos de lo que, en términos wittgensteinianos, se podría denominar un nuevo «juego de lenguaje»,

* Director del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México.

caracterizado o identificado con las prácticas humanas relativas a ese sentimiento o emoción de justicia; circunstancia ésta que, por cierto, es perfectamente normal en el uso de las palabras¹.

Un ejemplo recurrente de ese «uso emocional» se encuentra en términos como «derecho», el cual es empleado bajo ciertas realidades o «formas de vida» no en tanto un concepto o palabra que se refiere a normas objetivas, leyes o sentencias concretas, producidas y con validez en un momento o lugar histórico determinado, sino como un conjunto de criterios aceptados que constituyen una especie de percepción universal de justicia que forma parte de una, más o menos, generalizada cultura pública, una axiología compartida por «todos los pueblos civilizados del orbe». En realidad, por «todos los pueblos civilizados del orbe» quiere decirse, sin hacerse explícito, los pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas y que reconocen la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Huelga decir que estamos ante un singular reduccionismo que parte de percepciones y usos lingüísticos². Este fenómeno, al que he denominado «*emocionalidad de los derechos humanos*», ha contribuido sustancialmente a un paulatino abandono de tres aspectos que están íntimamente unidos y debieran irse tejiendo sucesivamente en su práctica, a saber: la *justificación racional de los derechos humanos* (o la preocupación por ella); la consecuente *positivación de los derechos humanos* en normas de Derecho vigente, vinculantes y, en su caso, dotadas de coacción; y, sobre todo en estos momentos, en democracias modernas, su *concreción en políticas públicas* que hagan de los valores, aspiraciones o principios de justicia que comportan los derechos humanos, una realidad fehaciente, planteada en términos que faciliten su discusión, sus metodologías de aplicación y, sobre todo, sus resultados, los cuales deben ser transparentes y fáciles de evaluar. En efecto, deviene de fundamental importancia *revisar conceptualmente* una de las formas mejores en que ha

¹ Un análisis relativo al significado de las palabras en función de su uso, en la concepción más wittgensteiniana posible, está en A. TOMASINI BASSOLS, *Enigmas filosóficos y filosofía wittgensteiniana*, Interlínea, México, 1995. En particular el véase el apartado titulado *La esencia del lenguaje*, pp. 17-35.

² Sobre «uso» en sentido wittgensteiniano, puede consultarse de M. NARVÁEZ MORA, *Wittgenstein y la Teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 60 ss.

evolucionado la praxis de los derechos humanos: su traducción en *políticas públicas*.

Las políticas públicas son instrumentos de administración o gestión gubernamental cuyo propósito es planear, programar y concretar acciones de gobierno que, en el caso de los derechos humanos, permiten plasmar los criterios ideales de justicia, principios o normas jurídicas – ciertamente abstractos – en que suelen elaborarse los derechos humanos. Las políticas públicas no son otra cosa que *objetivos públicos compartidos*, con el carácter de programas de acción orientados a la consecución de fines sociales valiosos.

Un aspecto toral es que las *políticas públicas*, concebidas como *objetivos públicos compartidos*, permiten el fácil acceso de los ciudadanos, individualmente considerados o agrupados, a los procesos de legitimación de la acción gubernamental, la cual puede ser constantemente sometida, según se decía antes, al análisis, medición y permanente discusión y debate. En suma, un diálogo de problemas públicos abierto, es decir, democrático, fundado en razones, vinculado a realidades concretas (salud, seguridad pública, transporte, educación, etc.), que requieren soluciones de derechos humanos o pasadas por el tamiz de los derechos humanos.

Es menester puntualizar que la identificación del fenómeno de la «*emocionalidad de los derechos humanos*», para empezar, no comporta una crítica concreta al interés, disposición para o voluntad orientada a que la justicia se verifique en sociedad. Esta motivación o sentimiento de justicia debe necesariamente acompañar cualquier acción reivindicatoria de orden social o político. Lo cuestionable de ese fenómeno, en cambio, se encuentra en circunscribir la promoción y defensa de los derechos humanos a tal emocionalidad, porque reduce su fuerza e impacto y, sobre todo, su eficacia y exigibilidad en la vida social. Efectivamente, cuando la defensa y promoción de los derechos humanos se hace depender de «momentos» o «emociones», suele debilitarse su sustento racional, porque la emocionalidad diluye la vinculatoridad jurídica o la exigibilidad racional de una conducta. Es obvio que «momentos» o «emociones» dependen operacionalmente de estados de ánimo. Motivaciones o sentimientos, por ejemplo, de caridad, auxilio, solidaridad que una situación de injusticia genera en el actor, provocan que éste decida hacer algo, no porque juzgue objetivamente la injusticia, sino porque se

siente lacerado emocionalmente y, por ende, motivado, antes que convencido, de llevar a cabo ese algo. Lo anterior explica que ante cierto cuadro de cosas un mismo actor pueda actuar de forma diferente e inconsistente.

Ciertamente, en casos como los mencionados, la ayuda o el auxilio se hacen depender de la «buena voluntad» o de la solidaridad, no están sustentados racionalmente en criterios, principios, normas, derechos, ya morales, ya jurídicos, que impelen a que se actúe o se deje de actuar de la misma manera en todos aquellos cuadros de cosas en que se presentan las mismas condiciones objetivas de injusticia, incorrección moral o ilicitud jurídica. La racionalidad desarma el carácter contingente e imprevisible en las respuestas del actor, haciendo viable la igualdad, en tanto valor formal; típico resultado éste, por cierto, de la aplicación de normas jurídicas.

La justificación racional de las normas jurídicas constriñe al Estado a realizar ciertas acciones u omisiones, y a la sociedad a tratar con respeto ciertos movimientos, decisiones o posiciones sociales, las cuales son producto de la autonomía individual, de una conciencia crítica, subjetiva, que actúa al margen de la moral social o de la simpatía o antipatía que provoquen (considérese aquí, por ejemplo, los múltiples ejemplos de objeción de conciencia).

Pueden traerse a colación, entre otros, sentimientos que se hallan detrás de la discriminación que tienen su origen en hecho tales como que ciertas personas opten sobre ciertas preferencias sexuales o políticas. La persistencia de formas de discriminación en contra de tales decisiones personalísimas, suele estar basada en emociones o aversiones absolutamente subjetivas, vinculadas con aspectos que generalmente no tienen ninguna clase de sustento racional.

Ahora bien, la «*emocionalidad de los derechos humanos*», en mi criterio, como otra curiosa ironía, viene empujada desde dos frentes, uno teórico y el otro de praxis política, ambos bien intencionados pero que en la realidad han producido, en algún sentido, un efecto contrario al esperado.

El primer frente se encuentra en la corriente intelectual, bobbiana para mayor referencia, llamada *L'età dei diritti* (La edad de los derechos),

muy difundida en los años noventas³. Esta doctrina establece que, en materia de derechos humanos, su realidad, su verdadero problema es el de su eficacia antes que el de su justificación. Es decir y en todo caso, que de cara a una realidad de violaciones y abusos atroces, por más que necesaria, la fundamentación de los derechos humanos resulta de importancia secundaria⁴. Por ello, para esa posición teórica la citada justificación racional de los derechos humanos es más determinante en su oportunidad y vigencia histórica, que en su fuerza intrínseca y la atemporalidad de sus argumentos. El fundamento de los derechos humanos es sólo el posible y, en todo caso, el que resulte oportuno históricamente hablando.

El segundo frente que ha propiciado esta «emocionalidad» se halla impulsada por la necesidad, otra vez, de solucionar gravísimas violaciones a los derechos humanos en el mundo, a través de un más duro y constante activismo ideológico en favor de aquéllos, en el que se hace prevalecer principalmente su dimensión política por sobre sus dimensiones ética y jurídica. En este segundo frente se impone la urgencia del actuar, de «imponer» derechos a los que nadie, se piensa, puede o debiera oponerse, menos aún un poder público que incurre en abusos a pesar de reconocerse a sí mismo como democrático. Una suerte, pues, de perfeccionismo ético que justifica el activismo, el «tomar la calle» y hacerse oír con base en estrategias políticas típicamente democráticas: las libertades de pensamiento, reunión y difusión de las ideas.

¿Qué justifica esos desplantes de certeza ideológica?: escudarse en

³ Véase de N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1992. En el apartado *Presente y porvenir de los derechos del hombre*, el iusfilósofo italiano escribe: «El problema que se tiene enfrente, en efecto, no es filosófico sino jurídico, y en el más amplio sentido político. No se trata de saber cuáles y cuántos sean estos derechos, cuál sea su naturaleza y su fundamento, si sean derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál sea el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que no obstante las declaraciones solemnes resulten continuamente violados». *Ibid.*, pp. 17-18.

⁴ En la parte final de esa misma obra se lee, respecto del papel secundario de la racionalidad bajo este criterio bobbiano, lo siguiente: «En una visión de la historia respecto de la cual se puede decir que la racionalidad no habita más aquí — ¡como en tiempos lejanos en los que Hegel enseñaba a sus alumnos de Berlín que la razón gobernaba al mundo! — hoy podemos solamente hacer una apuesta. Que la historia conduzca al reino de los derechos del hombre antes que al reino del Hermano Mayor, puede ser objeto solamente de esfuerzos». Cfr. *Ibid.*, p. 270.

los derechos humanos. Derechos humanos entendidos como una especie de único y universal criterio de justicia, respecto del cual hay una cierta «unanimitad» que los hace horizonte de certidumbre, aceptado y practicado por todos, respetado y seguido por el poder público, más si es de talante democrático.

Ambos frentes de los derechos humanos, más bien dicho, de la defensa de los derechos humanos, han provocado consecuencias ya positivas, ya negativas, que han caracterizado el movimiento de los derechos humanos tanto en la parte final del siglo XX como en los comienzos del XXI.

Por principio, y para los efectos del presente ensayo, nos hallamos ante un movimiento en favor de tales derechos que se identifica o singulariza por una fuerte carga de ideologización, que implica una cierta proclividad y latente riesgo de hacerse dogmática, en la medida en que los derechos humanos se conciben como verdades absolutas y sin discusión que los gobiernos y sus instituciones deben imponer a cualquier costo y sobre cualquier circunstancia aleatoria.

Decimos que esta conceptualización de los derechos humanos corre el riesgo de volverse dogmática puesto que, finalmente de lo que se trata, es hacer prevalecer este criterio de justicia al margen de cualquier discusión o diálogo respecto de su viabilidad y oportunidad en el marco de ciertos contextos, circunstancias o realidades sociales, económicas y/o políticas.

¿Qué riesgo comporta esta tendencia a la ideologización de los derechos humanos; esta prevalencia de su dimensión política sobre las otras? El riesgo es el de la preeminencia de la emocionalidad como supuesto modo de justificación; lo que podría resumirse en una forma de pensar: la de creer que se posee siempre la razón por el sólo hecho de parapetarse en, o referirse a, los derechos humanos.

Esta tendencia a lo dogmático en la toma de posiciones ideológicas suele acompañarse, curiosamente, con una disminución en la eficacia práctica de los mismos derechos humanos. Inclusive, en algunos sectores de la sociedad, se han incubado anticuerpos que ven en el activismo de los derechos humanos un sinónimo de desorden, abuso del derecho, defensa a ultranza de los delincuentes o de movimientos anarquistas

ocultos tras el buen crédito original de los derechos humanos y su prestigio democrático⁵.

Una posible y probada solución a esta encrucijada en que se hallan los derechos humanos pasa por su verdadera ciudadanía y democratización. Esto es, un proceso de legitimación que implica un desarrollo paralelo y armónico de sus tres personalidades; es decir: los derechos humanos como fundamento racional de principios, como praxis política y como Derecho positivo. Dicho de una manera más directa, la concreción de la multidimensionalidad de los derechos humanos en políticas públicas que liberen a éstos de la tendencia a los fundamentalismos en su dimensión ética; a su ideologización excesiva y trivialización en su dimensión política; y a su inoperatividad e ineficacia en su dimensión jurídica⁶.

Lo que sigue, entonces, es un alegato en favor de esa conversión y las condiciones para que ésta surta los efectos deseados. Con tal propósito partiremos de la necesaria explicación de dos criterios fundamentales que suelen olvidarse respecto de los derechos humanos: su doble teleología y su triple personalidad; es decir, su función técnica en los Estados modernos, democráticos y de Derecho. Posteriormente, analizaremos, así sea sucintamente, las condiciones para que, en el ámbito democrático, los derechos humanos se conviertan en políticas públicas eficaces.

2. — Una visión idílica y emocional de los derechos humanos les ha restado eficacia, es por ello de singular importancia responder a dos preguntas clave: ¿qué son técnicamente los derechos humanos en una sociedad democrática? y ¿qué efectiva función llevan a cabo en un Estado de Derecho?

Suele olvidarse que los derechos humanos surgen como un criterio de legitimidad política dentro de las teorías iusnaturalistas-contractualistas del siglo XVIII. En efecto, para tales teorías los derechos humanos

⁵ Un análisis muy interesante en torno a este proceso de dogmatismo e ideologización de los derechos humanos puede hallarse en M. IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e ideología* (Traducción de Francisco Beltrán Adell), Paidós, Barcelona, 2003.

⁶ Sobre la tesis de la multidimensionalidad, puede consultarse de M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *Acercas del concepto 'derechos humanos'*, McGraw-Hill, México, 1999. En especial su primer capítulo.

en tanto derechos naturales constituyen valores fundamentales que los seres humanos poseen, por su condición de tales, y los cuales se encuentran en permanente riesgo por causa del estado de naturaleza en que la sociedad vive; a saber, una condición primitiva de relaciones en las que priva la ley del más fuerte. El Estado surge, en consecuencia, para librar a los seres humanos de esa primitiva condición de convivencia. Pero esta solución es el resultado de una resolución racional, voluntaria, en la que las personas comprometen o condicionan parte de su libertad a cambio de su seguridad y supervivencia⁷.

En ese esquema teórico es que se justifica el surgimiento del Estado y el uso del poder del que los ciudadanos le dotan para la protección de los derechos naturales; lo que hoy entendemos, toda proporción guardada, por derechos humanos.

Esta concepción de la legitimidad política explica los movimientos revolucionarios de ese período histórico; en particular y como referente necesario, la Revolución francesa. A partir de tal *momentum* los derechos humanos se convierten, entonces, en un criterio de legitimidad, de justificación del poder político que se impone universalmente al terminar la Segunda Guerra Mundial por quienes vencen en esa guerra. Principio de legitimidad alrededor del cual se construye un nuevo orden internacional a mediados de la pasada centuria y que tiene como símbolo más notorio la Organización de las Naciones Unidas, a la que queda encomendada la salvaguarda de ese nuevo orden con base en el respeto y promoción de los derechos humanos⁸.

Consecuentemente, los derechos humanos se desarrollan en el Estado de Derecho como un criterio de justicia, son por ende una teoría de la justicia; es decir, una *técnica (una metodología científica)* para determinar los aspectos más básicos de una sociedad, como por ejemplo: qué es lo justo; cuáles son los derechos básicos que poseen las personas; cuáles son los pilares en que debe edificarse la convivencia social; quién es el depositario del poder; cuáles son los límites de éste; qué obligaciones debe asumir el Estado para con los particulares; qué obligaciones tene-

⁷ *Ibid.*, pp. 31-68. Muchos de los pensadores utilitaristas, Bentham o Mill, por ejemplo, dirigen sus críticas al contractualismo considerando absurda y antinatural esa renuncia voluntaria de los seres humanos a su propia libertad.

⁸ *Ibid.*, pp. 71-91.

mos los seres humanos para con nuestros conciudadanos, entre otros aspectos torales de la convivencia humana en sociedad.

Más específicamente, la teoría de los derechos humanos es sólo una de las distintas teorías que de la justicia existen, la que por cierto posee características propias que la identifican y distinguen de otras⁹.

De hecho, la concepción de derechos humanos puede clasificarse como un tipo de teoría de la justicia, para mayor precisión, una teoría deontológica que se singulariza por determinar la corrección o justicia del comportamiento estatal con base en el respeto de ciertos derechos o principios morales básicos. El respeto de tales derecho o principios, con independencia de los resultados (no se trata obviamente de una teoría de la justicia consecuencialista, como el utilitarismo), es el criterio operacional para determinar lo justo. Así las cosas, la teoría de los derechos humanos parte de varios presupuestos básicos, a saber: las personas están dotadas de razón y voluntad, por lo tanto puede asignárseles principios éticos o derechos morales tales como el de autonomía de la voluntad y dignidad humanas, que predicarían, respectivamente, que las personas son capaces de diseñar su proyecto de vida y cambiarlo por voluntad propia, responsabilizándose por ese proyecto. Se presupone, también, que los seres humanos son fines en sí mismos, nunca medios, objetos, cosas de cuya vida o destino se pueda disponer¹⁰. De tal suerte, toda acción estatal o gubernamental que vulnere esos principios sobre los que se asientan los derechos humanos es considerada injusta.

Se infiere, entonces, que la puntual función técnica de los derechos humanos en tanto condición de legitimidad política y de justicia del Derecho y de las instituciones sociales, es la de constituirse en un criterio último de ordenación social; por consecuencia, un tipo (entre otros) de justificación final que una sociedad democrática y un Estado de Derecho moderno pueden ofrecer respecto de la posesión y ejercicio del poder así como del funcionamiento de sus instituciones básicas. De ahí, precisa-

⁹ Cfr. J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 2005, pp. 56-62.

¹⁰ Cfr. M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia*; en *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, No. 1, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006.

mente, la trascendencia e importancia de los incomprendidos y emocionalmente vapuleados derechos humanos.

3. — La *concepción multidimensional de los derechos humanos* es una metodología cuyo objeto consiste en comprender y entender la triple personalidad de los derechos humanos y, por ende, su particular forma de funcionamiento como criterio de legitimidad y justicia, cuya complejidad radica en que los derechos humanos se desenvuelven, al unísono, en tres dimensiones distintas que mutuamente se influyen y hasta condicionan.

Esta triple personalidad, de no ser entendida a cabalidad, impide una correcta apreciación de la forma el que se desenvuelven los derechos humanos y, sobre todo, afecta su optimización en cuanto criterio de ordenación social. Desafortunadamente, la tendencia se dirige, como la *«emocionalidad de los derechos humanos»* muestra, a explotar o desarrollar una de las dimensiones de tales derechos en demérito de las otras, ofreciendo en la praxis un concepto débil, desgastado y, sobre todo, incapaz de cumplir la complejísima función técnica que los referidos derechos humanos tiene encomendada en nuestras sociedades contemporáneas, sin contar el esfuerzo que implica resistir los embates que les encaminan sus detractores.

Esta idea de la multidimensionalidad de los derechos humanos parte de analizar el periplo que dichos derechos experimentaron para convertirse en el criterio de justicia y legitimidad que hoy conocemos. Este periplo comienza en el siglo XVIII, gracias a que grandes teóricos de la época (Hobbes, Locke y Rousseau, entre otros) construyeron un concepto de filosofía política, a saber: la teoría de los derechos naturales como principio de legitimidad del Estado y, por consecuencia, del poder político. En ese concepto se acuña la original y primera personalidad con la que nacen los derechos humanos: un concepto filosófico (e inclusive, de filosofía política) que concibe al hombre, al individuo, como un ente moral, dotado de razón, al que le son asignables principios como la autonomía y la dignidad humanas. Estamos frente a la que denominaremos, en cuanto personalidad primera u original de los derechos humanos, *dimensión filosófica, axiológica* o, si se quiere, *ética* de los derechos humanos.

Las misiones que a dicha dimensión corresponden son obvias. La principal es, sin duda, la justificación racional de los derechos humanos. O sea, la argumentación, la búsqueda o construcción (según la posición teórica que se asuma) de las razones puras y duras en las cuales apoyar la idea de asignar a las personas derechos (ya naturales, ya históricos, ya morales, según sea el tipo de argumentación de que se trate). Ejercicio intelectual que, como los iusfilósofos sajones han caracterizado, es de «filosofía dura» (*hard philosophy*), dada la complejidad que implica discernir respecto de la justificación de una concepción de persona, como ente moral por excelencia, que se constituye como último argumento frente a los abusos, veleidades y preferencias del poder o los intereses que en la sociedad existen.

Históricamente, la segunda dimensión de los derechos humanos es la política. Surge en el momento en que los derechos humanos se convierten en la ideología que encabeza movimientos sociales, como paradigmáticamente se ha reconocido a los derechos humanos en tanto estandarte de la Revolución francesa, entre otros movimientos sociales de ese género. Esta dimensión constituye una transición natural que lleva a los derechos humanos de los textos de filosofía política, es decir, la especulación teórica, al campo de acción, a las declaraciones políticas de derechos. Ejemplos muy conocidos y difundidos son la Declaración del Buen Pueblo de Virginia o la misma Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano. Aquí debe llamarse la atención en el hecho de que dichas declaraciones son, como se ha precisado, de naturaleza política, no jurídica. O sea, criterios o exigencias de legitimidad que se esgrimen ante el poder o los abusos del poder.

Finalmente, el periplo de los derechos humanos y, por consecuencia, la concreción de su tercera dimensión, la jurídica, se da con la plasmación de los derechos humanos en los textos constitucionales, lo que en el constitucionalismo primero se consideró, dada su trascendencia, su parte dogmática. Es decir, los derechos humanos como derechos fundamentales o garantías constitucionales, dotados de vinculatoriedad y en su caso de coacción, los cuales cuentan con el apoyo que le brinda la fuerza legitimada del poder soberano en caso de inobservancia.

Lo que la multidimensionalidad hace ver es que detrás de todo caso o circunstancia referida a los derechos humanos existe o se proyecta su

triple personalidad. Porque de lo que se trata es de una figura compleja que conlleva a un tiempo, pero en diferentes dimensiones conceptuales, un alegato de índole ética, filosófica o moral, dirigido a la justificación del poder político pero que, al mismo tiempo, comporta una muy importante repercusión en el terreno jurídico-normativo. Los derechos humanos son, a simple vista y he aquí precisamente el problema, una expresión sencilla, propositiva y amigable, usada frecuentemente con irresponsabilidad y hasta desparpajo – por gobernantes y gobernados – que oculta tras de sí, para bien o para mal, un triple espectro, personalidad y alcance, el de ser un concepto de naturaleza *ético-político-jurídico*.

La multidimensionalidad, asimismo, nos permite analizar cuál es la situación o estado de los derechos humanos en un momento determinado. Porque, como suele suceder, si se presentara un desarrollo asimétrico entre los tres niveles o dimensiones de los derechos humanos, la eficacia de éstos como criterio de justicia y legitimidad política se vería de distinta manera afectado, complicando su vigencia.

Así, por ejemplo, puede pensarse en un estado de cosas tal donde exista un importante desarrollo teórico-filosófico de los derechos humanos acompañado de un importante activismo político en favor de los mismos, el cual convive con un ineficiente sistema de procuración de justicia. U, otro hipotético caso, donde un incipiente desarrollo teórico de los derechos humanos se vea acompañado de un activismo político generalizado que no encuentra eficaz asidero en la ley. Por ende, las combinaciones posibles de un, por así llamarlo, desarrollo asimétrico de los derechos humanos son, como puede verse, múltiples como múltiples y diversos serán también los efectos que se reflejarán en la vigencia y eficacia de tales derechos.

Pues bien, ésta es la explicación de la distorsión o desarrollo asimétrico que los derechos humanos han sufrido con la llamada *«emocionalidad»*, y que se entiende perfectamente como producto de un importante fortalecimiento de la dimensión política de los mismos que no va acompañada de un desarrollo paralelo de sus correspondientes dimensiones ético-filosófica y jurídica.

Efectivamente, es difícil lograr el desarrollo armónico de las tres dimensiones centrales de los derechos humanos. Alcanzarlo requiere importantes estadios, como es de suponerse, de disquisición y preocupa-

ción ética respecto de la vigencia de ciertos valores en la vida social; implica incentivar una vida política plural y plena, que permita la manifestación de una cultura de los derechos humanos, reflejada en formas variadas y eficaces de participación y preocupación de la ciudadanía respecto del proceder del poder público y de los otros poderes fácticos; y, finalmente, implica también contar con instituciones jurídicas sólidas, que aseguren el acceso a la justicia a través de garantías efectivas para prevenir y sancionar las posibles violaciones a los derechos humanos.

4. — Un instrumento moderno para la concreción de los derechos humanos como forma de legitimación del poder y la realización de la justicia, es su puesta en marcha a través de políticas públicas¹¹.

Aquí entramos, evidentemente, en el territorio de la administración pública, es decir, en el de las técnicas, modos y maneras de organizar y hacer eficiente la «*res pública*», en tanto servicios y funciones asignadas al Estado para el bienestar de sus gobernados. Estamos, pues, ante la ciencia misma de la administración pública¹², la cual ha tenido un desarrollo dilatado y complejo, que por supuesto no es materia de este ensayo.

Sí lo es, en cambio, el tema de las políticas públicas. Éstas han representado una respuesta organizada y planeada de la administración pública para hacer efectivos los productos y servicios de los que está a cargo. Pero, ¿de qué cuestiones está a cargo el Estado y su administración? La respuesta dependerá del tipo de Estado al que hagamos referencia; un *Estado mínimo*, al estilo liberal clásico, no se verá constreñido a

¹¹ «Políticas públicas que se han convertido, en efecto, en una especie de piedra de toque para los estudiosos y también para los responsables de las tareas de gobierno. Frente a las intenciones omniabarcantes de aquella disciplina administrativa, la ciencia de las políticas ofrece en cambio un objeto de estudio preciso y concreto: un objeto que, además, puede ser estudiado o puesto en práctica. Estudio *de* las políticas y estudio *en* las políticas mismas, una vez que se han convertido en acciones». Cfr. M. MERINO, «*De una disciplina sin objeto de estudio, a un objeto de estudio sin disciplina. Administración y políticas públicas desde una perspectiva nacional*», en *Lecturas básicas de administración y políticas públicas* (José Luis Méndez, compilador), El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, México, 2000, p. 115.

¹² La administración pública «[...] *se ocupa del conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que lleva a cabo (la autoridad administrativa) en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga*». Cfr. M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *Conceptos jurídicos fundamentales*, McGraw-Hill, México, 2008. p. 211.

prestar los servicios de la cosa pública a los que sí se considera está obligado el *Welfare State*.

¿Hasta dónde debe llegar la función del Estado y hasta dónde debe dejar éste el mercado y la prestación de servicios públicos al libre juego a los particulares? Esta es una cuestión que ha sido objeto de un muy añejo debate que, de algún modo, afecta la postura que se asuma respecto de la relación derechos humanos-políticas públicas. Debate que, por supuesto, ha de tomarse en consideración, puesto que habrá Estados que conciban que su función se limita a un básico *no hacer* en el que se realizan los llamados derechos humanos de la primera generación (libertad de pensamiento, conciencia, opinión, credo, libre tránsito, prensa, etcétera), mientras que otros Estados se consideran política y jurídicamente responsables de promover, inclusive, los derechos económicos, sociales y culturales, involucrándose con el desarrollo y la sustentabilidad del planeta.

Ese debate no nos es ajeno, pero tampoco es el objeto central de nuestra disquisición. Sin embargo, sí nos permitirá afirmar que en uno u otro extremos de tipos o modelos estatales, en uno y otro tipo de administración pública, los Estados democráticos tienen asumido un compromiso político-jurídico con los derechos humanos (de mayor o menor grado, según vemos) y, por lo tanto, muchos de los servicios que aquéllos deben ofrecer (salud, educación, seguridad pública, etcétera), no sólo deben ser eficientemente administrados *sino brindados en términos de los criterios de justicia que fijan los derechos humanos*. He aquí buena parte del *quid* del asunto.

En efecto, la primera relación que entre políticas públicas y derechos humanos existe es que estos últimos se constituirán, respecto de las primeras, *en un instrumento de medición o control de su justicia*. Por ende, toda política pública a la que quede encomendada la prestación de un servicio público deberá sujetarse a los criterios de corrección señalados por los derechos humanos y, regulados en la ley, en términos de derechos y obligaciones concretos y precisos.

Un caso de aproximación a este tema nos dará la pauta: piénsese en una política pública dirigida a la construcción de carreteras. A primera vista se trata de un asunto que nada tiene que ver con los derechos humanos y que se reduce a una cuestión de eficiencia en la realización de autopistas, al menor costo, en el menor tiempo posible, que aplique los

recursos públicos de la mejor manera, en la inteligencia de brindar óptimas vías de comunicación para los gobernados. ¿Dónde entran aquí los derechos humanos?

Dado que los derechos humanos son el criterio de justicia para medir la corrección de una política pública, en el caso que nos ocupa, la medición habrá de dirigirse al respeto de los valores fundamentales protegidos por los derechos humanos. Y dado que nos referimos a una vía de comunicación, el valor o paradigma de medición será, sin duda, la seguridad de los usuarios, por consecuencia, la protección de su vida e integridad físicas. De tal suerte que si la carretera en cuestión logró optimizar recursos pero, por ejemplo, sacrificó o no tuvo en cuenta desde la concepción misma de la obra el tema central e ineludible de la seguridad de los usuarios de la carretera, orientando en ese sentido aspectos tales como el diseño de la obra, el tipo y calidad de los materiales usados, la señalización, etcétera, dicha política pública podrá, incluso, considerarse como vulneratoria de derechos humanos. Más aún, la construcción de esa vía de comunicación, para empezar, también debería ser conteste con el respeto al medio ambiente, al entorno ecológico y así sucesivamente con el valor o valores, derecho o derechos fundamentales o humanos que, se considere, están en juego.

En la aplicación de los derechos humanos a políticas públicas se hace evidente la posible tensión entre los valores de los derechos humanos y los objetivos buscados en la eficiencia presupuestaria y el ahorro. Una política pública moderna es la que logra, efectivamente, el equilibrio entre ambos factores e intereses en juego. Está por demás hacer hincapié en que siendo jerárquicamente superiores los criterios de justicia, no debiera haber duda respecto de lo que (al menos teóricamente) tendría que suceder en el supuesto caso de una posible colisión entre intereses económicos y principios de justicia. Colisión, por cierto, sumamente frecuente.

Para concluir este inciso, es necesario destacar la siguiente distinción: una cosa es hablar de derechos humanos y políticas públicas, y otra cosa muy distinta es referirse a políticas públicas *sobre* derechos humanos. Veamos.

El tipo de relación a que da lugar la vinculación derechos humanos-políticas públicas es que las segundas están subordinadas, siempre, a los

criterios de corrección, en términos de justicia, señalados por los primeros. Es decir, toda política pública puede ser medida, calificada o pasada por el tamiz o filtro de los derechos humanos, por sus criterios de corrección, de suerte tal que dicha política por más eficiente, ahorrativa y práctica que pueda resultar es inviable, en términos de justicia, si lo hace en demérito o sacrificio de los derechos humanos¹³.

Es éste, como puede entenderse fácilmente, el aspecto más delicado de esa relación y el que pone en evidencia que, en materia de derechos humanos, el fin no justifica los medios (utilitarismo *versus* derechos humanos). Por lo tanto, la relación derechos humanos-políticas públicas podrá ser una de permanente tensión si no se atienden los criterios de *justicia-legitimidad-juridicidad* que están, precisamente, implícitos en la multidimensionalidad de los derechos humanos.

Esta cuestión suele ser olvidada por aquellos gobernantes o administradores a quienes les interesa la puesta en práctica de políticas públicas ignorando olímpicamente los derechos humanos. Generalmente tales políticas, en su ejecución y resolución, están sujetas a múltiples criterios de tiempo y eficiencia presupuestal que suelen dejar de lado temas como el medio ambiente y la calidad de vida de los ciudadanos a cuyo bienestar, se supone, va dirigida dicha política.

Finalmente, cabe decir que las políticas públicas *sobre* derechos humanos son aquellas cuyo objeto central es hacer realidad la concreción de uno o varios derechos humanos en lo particular. Caben, aquí, la infinidad de programas de gobierno dirigidos a la promoción de la educación, la salud, la lucha contra la discriminación y la protección de grupos vulnerables, verbigracia. Fácil es suponer que en estos casos la política pública se ve sujeta a un doble rasero: la eficiencia en la concreción y realización de un derecho humano, respetando, al unísono, los criterios de justicia de los propios derechos humanos. Dicho de modo ejemplificativo: no se podría llevar adelante una política pública en contra de la discriminación, discriminando; una política pública de protección a la sa-

¹³ En este punto crítico se sustenta, precisamente, la famosa tesis de Ronald Dworkin que conceptualiza a los derechos humanos como *cartas de triunfo social*, las cuales se sobreponen a directrices políticas u objetivos sociales colectivos supuestamente valiosos. Al respecto véase del autor *Los derechos en serio* (Traducción de Marta Guastavino), Planeta, Argentina, 1993.

lud, violando los derechos de los pacientes; una de seguridad pública, vulnerando los más elementales derechos de legalidad y seguridad jurídica de los gobernados.

5. — Un último factor a tomar en consideración y que nos permitirá establecer algunos parámetros con los que las políticas públicas deberán cumplir, tanto en aquellas de carácter general como en las referidas al desarrollo de derechos humanos, es el democrático¹⁴.

En los Estados de Derecho tradicionales, desde los que poseen una Constitución escrita hasta los que no la tienen, el pacto político (el contrato social, dirían los contractualistas) con el cual aquéllos aceptan su sujeción o compromiso con los derechos humanos, se concreta gracias a la Constitución misma o cualquiera otro documento o declaración de derechos (la *Bill of Rights* para los ingleses, por ejemplo). En esos documentos se establece, generalmente, un listado de los derechos, valores fundamentales o garantías individuales y sociales que le dan sentido a ese Estado; de igual modo se determinan los objetivos y aspiraciones de su sociedad. Son, ni más ni menos, que sus derechos humanos.

Sin embargo, este compromiso que es precisamente el tradicional, viene siendo ratificado de modo casi permanente con la aceptación y ratificación de tratados internacionales que suelen ampliar el catálogo de derechos humanos reconocidos al interior del Estado, a más de los recursos que, agotados los de jurisdicción interna, poseen los gobernados respecto de los órganos internacionales de promoción y protección de tales derechos a los que el Estado democrático en cuestión reconoce competencia. Así mismo, este tipo de Estados trata de armonizar su

¹⁴ Se ha escrito y con razón que: «[...] los actuales gobiernos democráticos no sólo se legitiman con los votos, sino que su legitimación deriva del respeto que éstos realicen a los derechos fundamentales de sus gobernados. Es bajo esta premisa, que dicha legitimación, no sólo se basa en la enunciación de derechos en su legislación, sino en la posibilidad de hacerlos efectivos frente a los poderes públicos y frente a terceros. En concreto, a mayor respeto y garantía de los derechos fundamentales, mayor calidad de la democracia». Puede consultarse al respecto el análisis de P. TORRES ESTRADA, *Reflexiones finales, en Políticas Públicas para el Crecimiento y la Consolidación Democrática 2006-2012. Propuestas para la Gobernabilidad, el Federalismo, el Empleo con Estabilidad y la Igualdad de Oportunidades* (Bernardo González-Aréchiga, Coordinador), Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006, p. 79.

legislación interna no sólo con los citados acuerdos internacionales, además busca que sus resoluciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales, por ejemplo, sean contestes con la jurisprudencia o doctrina internacionales en materia de derechos humanos. De esa manera se va promoviendo el desarrollo y se amplían los márgenes protectores de los derechos humanos.

Empero, en los últimos años ha alcanzado un especial desarrollo una vía más, a saber, el que los Estados democráticos establezcan un programa o plan de acción en materia de derechos humanos para la concreción o desarrollo de éstos, precisamente, a través de políticas públicas.

La aceptación de tales programas o planes de acción en materia de derechos humanos suele partir de un diagnóstico promovido por el propio Estado, con el acompañamiento de organismos internacionales y de la sociedad civil¹⁵.

Los diagnósticos o planes de acción en materia de derechos humanos constituyen uno de los más modernos esfuerzos de concreción efectiva de los derechos humanos en un Estado efectivamente democrático, toda vez que permite la elaboración de políticas públicas tanto genéricas como *ad hoc* en materia de derechos humanos. La realización de tales diagnósticos o planes de acción constituye un requisito esencial para la puesta en práctica de políticas públicas en países democráticos.

Este inicial requisito implica la aceptación pública de una línea de acción concreta y una ruta crítica específica en materia de derechos humanos. La trascendencia y los efectos de esta aceptación son múltiples: el primero es el significado de orden político-jurídico que comporta que un Estado ratifique que los derechos humanos constituyen, con todos los efectos jurídico-político-éticos que ya se han analizado, el criterio de justicia y legitimidad política que espontáneamente y democráticamente asume. De tal guisa, el Estado, consiente, se obliga, entonces, a que sus acciones de gobierno ante la sociedad y con la sociedad, deban pasar por la criba de los derechos humanos.

El segundo requisito es, evidentemente, la implementación de políti-

¹⁵ Un esfuerzo digno de reconocerse a este respecto lo ha encabezado y realizado el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Organización de las Naciones Unidas en diferentes países, incluido México.

cas públicas concretas. Para ser eficientes estas políticas públicas requerirán, a su vez, de la determinación de objetivos y de criterios que, se acuerde, han de ser constantemente medidos y evaluados para verificar su puntual cumplimiento.

Tercero: el Estado debe comprometer recursos públicos a las políticas públicas que hagan posible su realización, porque sin presupuestos asignados las determinaciones públicas suelen quedar en retórica y buenos propósitos. Hay una relación de carácter necesario entre la concreción jurídica de derechos y su real implantación en la realidad, implantación que pasa forzosamente por su costo en términos económicos. Dicho de modo más directo, los derechos humanos serán de imposible realización si el Estado no cuenta y destina los dineros públicos que requiere su instauración y defensa institucionales.

De igual modo, las políticas públicas deben establecer con claridad, tanto responsables como responsabilidades, en el orden tanto jurídico como político. Un calendario o ruta crítica de acciones, que fije el cumplimiento de objetivos a mediano y largo plazo resulta indispensable. Mejor aún es que la ruta crítica vaya acompañada de los recursos públicos y presupuesto que habrá de ser destinado y aplicado en cada etapa.

Otrosí, una condición *sine qua non* de las políticas públicas de los Estados democráticos está dada por el hecho de que éstas prevean y permitan la participación de la sociedad civil, tanto en lo que hace al diseño de la política pública como a su corrección y evaluación. De ningún modo se trata de que la política pública quede condicionada, en cuanto a su oportunidad, al capricho ciudadano; lo que se busca es un involucramiento directo de los destinatarios de la política pública en varios sentidos y propósitos. De una parte es indispensable determinar la prioridad de la necesidad de la política pública y, de la otra, dar seguimiento al pulso de la ciudadanía en torno a la eficacia de lo realizado y su real impacto en cuanto a la mejora de su calidad de vida. Cuestiones éstas que, gobiernos con hábitos poco democráticos, suelen olvidar con recurrente frecuencia. En los casos de políticas públicas que prescinden en absoluto de la consulta ciudadana, éstas suelen llevarse a cabo literalmente a espaldas de quienes, se supone, serán sus beneficiarios. Cuando esto sucede resulta prácticamente imposible saber, a ciencia cierta, si la política pública del caso cumplió efectivamente sus propó-

sitos o solamente concretó las expectativas formuladas, unilateralmente, por la administración en cuestión. Concreción que muchas veces se alcanza para lograr propósitos ciertamente cuestionables, mismos que curiosamente, nunca fueron ventilados previamente ante aquellos ciudadanos que serán, a fin de cuentas, sus destinatarios.

Si se analizan con detalle las condiciones para que las políticas públicas cumplan con estándares que las hagan de talante efectivamente democrático, es necesario, en nuestro criterio, que se cumpla con lo que he llamado la *fórmula de los siete*, es decir, *cuatro requisitos y tres controles*. Son requisitos en democracia de las políticas públicas: su *objetividad*, su *publicidad*, la *participación ciudadana*, y la *asignación presupuestal*. Son sus controles: la *transparencia*, la *evaluación o medición de resultados* y la *determinación jurídico-política de responsables y responsabilidades*¹⁶.

Cabe preguntarse, si la implementación de políticas públicas en el tenor de lo hasta aquí expuesto representa un avance en la lucha por la defensa y promoción de los derechos humanos; todo indica que sí. Hoy en día, por ejemplo, la voluntad democrática de los Estados no es suficiente garantía si ésta se limita a los discursos e, incluso, al cambio o la promulgación de nuevas leyes, cuya letra es muerta si no se traduce en acciones concretas. Por ello, resulta menester que la administración pública moderna considere y emplee todos los medios a su alcance para que, tanto las políticas públicas en general como las específicamente dirigidas a los derechos humanos, satisfagan mínimos de justicia.

La justicia, bien lo ha dicho uno de sus más connotados teóricos modernos, es una disposición de ánimo de las instituciones sociales, es una actitud¹⁷. Hay elementos suficientes que nos permiten pensar que la realización de políticas públicas y su relación con y para los derechos humanos, pueden ser una de las pruebas inmediatas más palpables de esa

¹⁶ Para algunos autores, en la misma línea de lo aquí apuntado, los factores o condiciones de éxito en las políticas públicas son los siguientes: participación ciudadana; evaluación por parte de órganos externos; solución de problemas estructurales; transversalidad; institucionalización; rompimiento de paradigmas; responsabilidad y prevención; amplitud del impacto; atención a minorías; innovación y transexenalidad. Al respecto puede consultarse de E. SOJO GARZA-ALDAPE, *Políticas públicas en democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 56 ss.

¹⁷ Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 7.

actitud o proclividad en favor de la justicia. Justicia que, es de esperarse, habrá de constituir una aspiración real de todo Estado democrático y de Derecho al que, efectivamente, más allá de los votos, le interese el bienestar y la calidad de vida de sus ciudadanos.

OCTAVIO AVENDAÑO CARBELLIDO*

CONCURSOS MERCANTILES Y CRISIS FINANCIERA

SUMARIO: 1. La Ley de concursos mercantiles. — 1.1. Panorama del Concurso Mercantil. — 1.2. Algunas precisiones y conceptos. — 1.2.1. Concepto de Concurso. — 1.2.2. El Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (IFECOM). — 1.2.3. El concepto de masa. — 1.2.4. El Concurso mercantil. — 1.2.5. Supuestos del concurso mercantil. — 1.3. Procedimiento para la declaración del concurso mercantil. — 1.3.1. Solicitud de declaración de concurso mercantil de la empresa. — 1.3.2. Demanda de concurso mercantil. — 1.3.3. Contestación de la demanda. — 1.3.4. Visita de verificación. — 1.3.5. Sentencia del concurso mercantil. — 1.4. Implicaciones de la sentencia de concurso mercantil. — 1.5. Apelación de la sentencia de concurso mercantil. — 1.6. Efectos de la sentencia de concurso mercantil. — 1.7. Etapa conciliatoria. — 1.8. Reconocimiento de créditos. — 1.8.1. Operaciones para el reconocimiento. — 1.8.2. La conciliación. — 1.8.3. Duración. — 1.8.4 Las funciones del conciliador. — 1.8.5. Pagos que deben estar considerados en el convenio. — 1.8.6. Aprobación y suscripción del convenio. — 2 Etapa de quiebra. — 2.1. Contenido de la sentencia de quiebra. — 2.2. Efectos de la sentencia de quiebra. — 2.3. Enajenación de activos. — 2.4. Graduación de créditos. — 2.5. Pago de los acreedores reconocidos. — 2.6. Fin del concurso y concursos especiales. — 3. Estado actual que guardan los concurso mercantiles en México. — 3.1. Cifras y estadísticas. — 4. El concurso mercantil y la crisis financiera-económica. — 4.1. El origen de la crisis financiera den EUA. — 4.2. El origen de la crisis financiera den EUA. — 4.3. El rescate de las entidades financieras. — 4.4. ¿Por qué no se afectó el Sistema Financiero Mexicano?. — 5. El problema de la crisis económica para México. — 6. El problema de insolvencia para las empresas. — 6.1. El apoyo de la banca para empresas con problemas de pago a acreedores. — 6.2. El Caso CODUSA. — 6.3. El Caso COMERCI.

1. — El 12 de mayo de 2000 se publicó la Ley de Concursos Mercantiles (LCM). Esta Ley abrogó la anterior Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos de 1943, misma que en su artículo 1 establecía que

* A.C. Profesor del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México, en las materia de: Derecho de la Empresa y Sistema Financiero Mexicano (en la licenciatura) y de la materia de Derecho Financiero Internacional (en la Maestría en Derecho Internacional) de la misma Institución. Profesor de metodología de la investigación jurídica del programa de Doctorado en Derecho en el Instituto de Posgrado en Derecho.

«Podrá ser declarado en estado de quiebra, el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones».

Como podrá apreciarse, el objeto de la extinta Ley era regular la quiebra del comerciante a través de un procedimiento, largo y tortuoso por cierto, pues permitía la acumulación procesal de otros juicios relacionados, de forma que tardaba varios años en resolverse sobre la quiebra del comerciante. Esa Ley no se ocupaba de la subsistencia de la empresa ya la finalidad era la quiebra de la misma, para obtener recursos por la venta de los activos y en su caso, pagar a los acreedores.

A diferencia de aquella Ley, la LCM establece diversos procedimientos tendientes a preservar a la propia empresa o al comerciante¹, aún y cuando atravesase por problemas de pagos con sus acreedores y solo en caso de no llegar a un arreglo con ellos (que supone la suscripción de un convenio de pago), podrá quebrarse la empresa. Así se desprende del artículo 3 de la LCM:

«La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos».

Si bien la empresa o el comerciante pueden atravesar por problemas financieros, en términos de la ley vigente, ello no es sinónimo de quiebra automática de la negociación mercantil, pues se pretende no afectar a la economía y a la industria nacional; y proteger el empleo.

1.1. — El concurso mercantil se ventila ante un Juez de Distrito (que es el rector de todo el procedimiento) y se compone de dos etapas sucesivas: la conciliación y la quiebra. Sin embargo, previo a la conciliación debe determinarse la existencia del propio concurso mercantil. El procedimiento es de orden Federal, como lo es la materia mercantil.

En el procedimiento para determinar que existe concurso mercantil (previo a la etapa de conciliación), el Juez de Distrito ordena a un verifi-

¹ Si bien la LCM establece que pueden ser objeto del concurso tanto los comerciantes como las empresas, para efectos de este artículo únicamente haremos referencia a las empresas.

cador que se constituya en la empresa para que a través de una visita/auditoría, determine si de la condición financiera de la empresa se desprende insolvencia, de acuerdo a los criterios que la misma LCM establece debiendo emitirse una sentencia que determine la existencia o no del concurso.

Una vez que se determina que la existencia del concurso mercantil, se entra en la fase de conciliación, en donde el sujeto que se desempeñó como verificador, se convierte en conciliador, quien será el encargado de lograr que tanto la empresa como los acreedores lleguen a un acuerdo sobre la forma de pago de los adeudos, situación que se materializará a través de un convenio; siempre que dichos acreedores hayan sido previamente reconocidos y determinada la prelación (para el pago), que guardan respecto del crédito que tienen en su favor. Todo ello debe ser reconocido en una sentencia. Esta fase termina con la suscripción del convenio correspondiente o en su defecto con la negativa expresa de hacerlo.

En caso de que no se hubiera llegado a ningún acuerdo en la conciliación, dará inicio la etapa de quiebra, en la cual, aquél que se desempeñaba como conciliador en la fase anterior, fungirá como síndico y liquidador, encargado de realizar las acciones necesarias para maximizar el valor de la empresa y vender los activos de la misma, con el propósito de obtener el mayor provecho y con ello pagar a los acreedores que fueron reconocidos en la etapa anterior. De igual forma, se emite una sentencia que determina esta situación.

1.2. — Dado que a lo largo de este trabajo se hará mención a diversos conceptos asociados al procedimiento de concurso mercantil, se hace necesario definir a los más importantes de ellos.

1.2.1. — Para Carlos Dávalos² en el Derecho Mexicano, el concurso tiene una doble connotación, ya que por un lado expresa el estado jurídico (fondo) en que se ubica una empresa cuando es declarada en concurso por un juez, declaratoria que lo somete a una esfera normativa dife-

² C. DÁVALOS, *Introducción a la Ley de Concursos Mercantiles*, Oxford, México, 2005, p. 1.

rente de la que tenía antes de ser concursado, por otra parte, así se llama al juicio especial (forma) que se inicia con la declaración de dicho estado jurídico.

1.2.2. — El IFECOM tiene particular relevancia dentro del concurso mercantil. Este organismo se crea a partir de la expedición de la LCM ya que, en su artículo 311 lo define, como un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal³, con autonomía técnica y operativa. Entre otras, el IFECOM cuenta con atribuciones para designar a las personas que desempeñarán las funciones de visitador, conciliador y síndico en cada concurso mercantil y supervisar la prestación de los servicios que éstos realicen, así como promover la capacitación y actualización de dichas personas.

1.2.3. — La LCM establece que la masa es la porción del patrimonio del Comerciante o de la empresa declarado en concurso mercantil integrada por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de la propia LCM, sobre la cual los Acreedores Reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus créditos.

1.2.4. — Como se señaló, el concurso mercantil consta de dos etapas: la conciliación y la quiebra y una fase previa a las dos que es la declaración de concurso mercantil.

Con el propósito de comprender con cierta aproximación los aspectos más relevantes del concurso mercantil, a continuación se analizarán las etapas y fases que lo conforman, de acuerdo con la LCM.

1.2.5. — El inicio de concurso mercantil puede iniciarse de dos maneras:

³ De acuerdo con el artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Consejo de la Judicatura Federal, será un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones y resuelve sobre la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, entre otras facultades.

- a) Por solicitud de declaración de la propia empresa; o
- b) Por virtud de la presentación de una demanda de cualquier acreedor o del ministerio público.

En cualquiera de los dos casos, la empresa debe encontrarse en el supuesto de «incumplimiento generalizado de obligaciones». Conforme al artículo 10 de la misma Ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de la empresa consiste en el impago de sus obligaciones a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:

- Que las obligaciones de pago tengan por lo menos treinta días de haber vencido y representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo de la empresa a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y que
- La empresa no tenga activos⁴, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.

Se establecen con puntualidad aquellos casos en que se podrá considerar que la empresa se encuentra en un incumplimiento generalizado de obligaciones y por tanto, en posibilidad de que sus acreedores le demanden el concurso o ella solicite la declaración a un juez. En suma, el incumplimiento generalizado de obligaciones de la empresa para con sus acreedores, es un requisito de procedibilidad para el concurso mercantil.

La LCM⁵ establece una presunción de incumplimiento generalizado de obligaciones, en los siguientes casos:

- Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar embargo;
- Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores;

⁴ La LCM establece que por activos, para efectos del concurso, se entenderán: a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista; b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud; c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud, y d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda o solicitud sea conocida.

⁵ Artículo 11.

- Ocultación o ausencia, sin dejar a alguien al frente de la empresa o bien el cierre de locales;
- Acudir a prácticas ruinosas o fraudulentas con el ánimo de dejar de cumplir obligaciones; e
- Incumplimiento de obligaciones (dinero), de un convenio de conciliación.

Como se señaló al inicio, con la anterior Ley de Quiebras y Suspensión de pagos podía darse la acumulación procesal, de forma que el juicio podría alargarse demasiado. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 15 de la LCM no se acumularán los procedimientos de concurso mercantil de dos o más empresas, salvo que se trate de sociedades controladoras⁶ y sus controladas o de dos o más sociedades controladas por una misma controladora⁷.

1.3. — Como señalamos con antelación, será un Juez de Distrito quien conozca del concurso mercantil y su jurisdicción corresponderá a la del domicilio de la empresa.

De igual forma se señaló que el procedimiento puede dar inicio a través de la presentación de una demanda (en caso de que lo hagan los acreedores o el Ministerio Público) o puede ser a través de una solicitud de la propia empresa. Veamos las dos a continuación:

1.3.1. — De acuerdo con el artículo 20 de LCM, la empresa que considere que ha incurrido en incumplimiento generalizado de sus obligaciones en términos de cualquiera de los dos supuestos establecidos en el artículo 10 de la LCM y que han sido señalados en el punto 1.3.1, anterior, podrá solicitar que se le declare en concurso mercantil. En caso de ser procedente, se abrirá en etapa de conciliación, salvo que la

⁶ De acuerdo con el art 15 de la propia LCM, se entiende por sociedad mercantil controladora: I. Que se trate de una sociedad residente en México; II. Que sean propietarias de más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, y III. Que en ningún caso más de cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.

⁷ Lo anterior se justifica debido a que entre una sociedad controlada y una controladora existen vínculos patrimoniales, corporativos y de responsabilidad entre ellas.

empresa pida que el concurso mercantil se abra en etapa de quiebra, esto es generalmente, porque considere que no tiene activos para poder negociar con sus acreedores y pactar un esquema de pagos que le permita seguir operando la empresa.

Adjunto a la solicitud de declaración de concurso mercantil que le presente al Juez, la empresa deberá anexar: a) Los estados financieros de los últimos tres años, debidamente auditados; b) una memoria en la que razone acerca de las causas que lo llevaron al estado de incumplimiento en que se encuentra; c) una relación de sus acreedores y deudores; d) un inventario de todos sus bienes inmuebles y muebles; e) una relación de los juicios en los cuales la empresa sea parte, y f) el ofrecimiento de otorgar la garantía respectiva⁸.

La LCM⁹ establece que la empresa que haya solicitado su declaración de concurso mercantil podrá desistirse de su solicitud, siempre que exista consentimiento expreso de los acreedores.

Estos elementos deben ser valorados por el Juez, para saber si se actualizan los supuestos de incumplimiento generalizado de obligaciones a que hemos hecho referencia con antelación.

1.3.2. — Cuando se demanda el concurso mercantil por parte de un acreedor, al escrito deberá anexarse la prueba documental que demuestre que tiene tal calidad, el ofrecimiento de otorgar en caso de admisión de la demanda la garantía correspondiente y los documentos originales o copias certificadas que el demandante tenga en su poder y que sirvan como prueba de su parte, tal como lo señala el artículo 23 de la LCM.

El demandante del concurso mercantil puede solicitar al Juez que se adopten providencias precautorias¹⁰ a fin de evitar que el empresa in-

⁸ Art. 20 LCM.

⁹ Art. 28.

¹⁰ De acuerdo con el art. 37 de la LCM, las providencias precautorias pueden consistir en: I. La prohibición de hacer pagos de obligaciones vencidas con anterioridad a la fecha de admisión de la solicitud o demanda de concurso mercantil; II. La suspensión de todo procedimiento de ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante; III. La prohibición al Comerciante de realizar operaciones de enajenación o gravamen de los bienes principales de su empresa; V. El aseguramiento de bienes; V. La intervención de la caja; VI. La prohibición de realizar transferencias de recursos o valores a

cumpla deliberadamente sus obligaciones en perjuicio de los demandantes. Dichas medidas son establecidas tanto por el Código de Comercio, como por la propia LCM.

Respecto de las medidas precautorias, el Código de Comercio establece lo siguiente:

«Artículo 1171. — No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona en el caso de la frac. I del art. 1168, y en el secuestro de bienes en los casos de las fracs. II y III del mismo artículo».

Los acreedores que hayan demandado el concurso podrán desistir de su solicitud o demanda, siempre que exista el consentimiento expreso de todos ellos.

1.3.3. — Una vez que es admitida la demanda de concurso mercantil, el juez mandará citar a la empresa y le concederá un término de nueve días para contestar. La empresa deberá ofrecer, en el escrito de contestación, las pruebas correspondientes.

Al día siguiente de que el juez reciba la contestación dará vista de ella al demandante para que dentro de un término de tres días manifieste lo que a su derecho convenga y, en su caso, adicione su ofrecimiento de pruebas con aquellas relacionadas con las excepciones opuestas por la empresa¹¹.

1.3.4. — Esta parte del concurso mercantil tiene como propósito, corroborar *in situ* que efectivamente la empresa se encuentra en un incumplimiento generalizado de obligaciones. Para ello, en la LCM se previó la figura del verificador, quien, siendo un experto (o debiendo serlo), en materia de concursos, debe poner en práctica sus conocimientos técnicos, para apoyar las funciones del juez respecto de la determinación sobre si se está en presencia o no de un incumplimiento generalizado de obligaciones y por tanto, si puede haber concurso mercantil.

favor de terceros; VII. La orden de arraigar al Comerciante, y VIII. Cualesquiera otras de naturaleza análoga.

¹¹ Artículo 26 de la LCM.

Por ello, al día siguiente de que el juez admita la demanda, deberá remitir copia de la misma al IFECOM, ordenándole que designe un visitador dentro de los cinco días siguientes a que reciba dicha comunicación. El visitador, dentro de los cinco días que sigan al de su designación, comunicará al juez el nombre de las personas de las que se auxiliará para el desempeño de sus funciones. Al día siguiente de que conozca de dichas designaciones, el juez dictará acuerdo dándolas a conocer a los interesados¹².

Las funciones del visitador se circunscriben a dictaminar si la empresa incurrió en los supuestos previstos en el supuesto de incumplimiento generalizado de obligaciones a que se ha hecho referencia en el punto 1.3.1 como la fecha de vencimiento de los créditos relacionados con esos hechos, y sugerir al juez las providencias precautorias¹³ que estime necesarias (en su caso).

El visitador deberá presentarse en el domicilio de la empresa dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se dicte la orden de visita. El visitador y sus auxiliares tendrán acceso a los libros de contabilidad, registros y estados financieros de la empresa, así como a cualquier otro documento o medio electrónico de almacenamiento de datos en los que conste la situación financiera y contable de la empresa y que estén relacionados con el objeto de la visita. Asimismo, podrán llevar a cabo entrevistas con el personal directivo, gerencial y administrativo de la empresa, incluyendo a sus asesores externos financieros, contables o legales¹⁴.

El Comerciante y su personal estarán obligados a colaborar con el visitador y sus auxiliares. En caso de no hacerlo el juez podrá imponer las medidas de apremio que considere pertinentes (art. 35 LCM).

Al término de la visita, el visitador levantará acta en la que se harán constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido y podrá solicitar al juez en el transcurso de la visita, la ado-

¹² Artículo 29 LCM.

¹³ Ver nota al pie 9.

¹⁴ Arts. 32 y 34 de la LCM.

pción, modificación o levantamiento de las providencias precautorias que se hubieran adoptado¹⁵.

Conforme al artículo 40 de la LCM, el visitador, con base en la información que conste en el acta de visita, deberá rendir al juez, en un plazo de quince días naturales contados a partir de la fecha de inicio de la visita, un dictamen razonado y circunstanciado tomando en consideración los hechos planteados en la demanda y en la contestación, anexando al mismo el acta de visita. El dictamen deberá ser presentado en los formatos que al efecto dará a conocer el IFECOM. (*Ver Anexo 1. Dictamen del visitador*).

El juez al día siguiente de aquel en que reciba el dictamen del visitador lo pondrá a la vista de la empresa, del acreedor o acreedores demandantes y del Ministerio Público en caso de que éste haya demandado el concurso mercantil, para que dentro de un plazo común de diez días presenten sus alegatos por escrito.

1.3.5. — Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo para la formulación de alegatos, el juez dictará la sentencia que corresponda; considerando lo manifestado, probado y alegado por las partes, además del dictamen del visitador.

La sentencia de declaración de concurso mercantil, contendrá:

- I. Nombre, denominación o razón social y domicilio de la empresa;
- II. La fecha en que se dicte;
- III. La fundamentación de la sentencia así como una lista de los acreedores;
- IV. La orden al Instituto para que designe al conciliador;
- V. La declaración de apertura de la etapa de conciliación;
- VI. La orden de poner de inmediato a disposición del conciliador los libros, registros y demás documentos de su empresa;
- VII. El mandamiento para permitir al conciliador realización de las actividades propias de sus cargos;
- VIII. La orden a la empresa de suspender el pago de los adeudos contraídos con anterioridad a la sentencia de concurso mercantil;
- IX. La orden de suspender durante la conciliación, todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos de la empresa;
- X. La fecha de retroacción;

¹⁵ Ver nota al pie 9.

- XI. La orden al conciliador de que se publique un extracto de la sentencia;
- XII. La orden al conciliador de inscribir la sentencia en el registro público de comercio;
- XIII. La orden al conciliador de iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos;
- XIV. El aviso a los acreedores para que aquéllos que así lo deseen soliciten el reconocimiento de sus créditos, y
- XV. La orden de que se expida, a costa de quien lo solicite, copia certificada de la sentencia¹⁶.

1.4. — Conforme a los artículos 44 a 48 de la LCM, podemos resumir diversas implicaciones derivadas de la sentencia del concurso mercantil de la siguiente manera:

IMPLICACIONES	PLAZO
El Juez notifica la sentencia a la empresa, al IFECOM y al Visitador	Día siguiente que dicte la sentencia que declare el concurso mercantil
Conciliador solicita la inscripción de la sentencia en los registros públicos que correspondan	Cinco días después de su designación
Conciliador publica un extracto de la Sentencia en el Diario Oficial de la Federación (DOF) y en un diario de circulación nacional	Cinco días después de su designación
Arraigo del comerciante o de quien sea responsable de la administración de la empresa, para no abandonar su domicilio sin nombrar algún apoderado (en su caso)	Una vez notificada la sentencia
Que las cosas vuelvan al estado que tenían con anterioridad a la emisión de la sentencia (si no se declara el concurso mercantil)	Una vez notificada la sentencia
Levantamiento de las providencias precautorias (si fuere el caso)	Una vez notificada la sentencia
Liberación de garantías (que se hubieren constituido)	Una vez notificada la sentencia

1.5. — Contra la sentencia que niegue el concurso mercantil procede el recurso de apelación en ambos efectos, contra la que lo declare,

¹⁶ Art. 43 de la LCM.

procede únicamente en el efecto devolutivo. Podrán interponer el recurso de apelación la empresa, el visitador, los acreedores demandantes y el Ministerio Público demandante.

La apelación deberá interponerse por escrito, dentro de los nueve días siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación de la sentencia y en el mismo escrito el recurrente deberá expresar los agravios que ésta le cause, ofrecer pruebas y, en su caso, señalar constancias para integrar el testimonio de apelación. El juez, dará vista a la parte contraria para que en el término de nueve días conteste los agravios, ofrezca pruebas y, en su caso, señale constancias para adicionar al testimonio¹⁷.

El tribunal de alzada, dentro de los dos días siguientes al que haya recibido, según sea el caso, el testimonio o los autos, dictará auto en el que deberá admitir o desechar la apelación, y resolverá sobre las pruebas ofrecidas y, en su caso, abrirá un plazo de quince días para su desahogo. Se concederá un término de diez días para presentar alegatos y posteriormente dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de dichos plazos deberá dictar, sin más trámite, la sentencia correspondiente. (*Ver Diagrama 1. Procedimiento para la declaración del concurso mercantil*)

1.6. — La emisión de la sentencia de concurso mercantil tiene diversos efectos, que podemos resumir en los siguientes:

- a) Suspensión de los procedimientos de ejecución;
- b) Separación de bienes que se encuentren en poder del comerciante;
- c) Administración de la empresa del comerciante;
- d) Actuación en otros juicios
- e) Obligaciones del comerciante
 - e.1) Regla general y vencimiento anticipado
 - e.2) Contratos pendientes
- f) Actos en fraude de acreedores

A continuación se presentan de manera sucinta las acciones más relevantes derivadas de estos efectos, a partir de la sentencia de concurso mercantil:

¹⁷ Artículo 50 LCM.

Efecto	Acciones	Artículos LCM
Suspensión de los procedimientos de ejecución	<ul style="list-style-type: none"> • Hasta que termine la etapa de conciliación, no podrá ejecutarse ningún embargo contra los bienes y derechos de la empresa; • En caso de que se ordene el embargo de bienes para asegurar créditos a favor de los trabajadores la empresa será la depositaria; • Los créditos fiscales continuarán causando actualizaciones, multas y accesorios; • No se interrumpe el pago de las contribuciones fiscales o de seguridad social; y • Se suspenderán los procedimientos administrativos de ejecución de los créditos fiscales. 	65 a 69
Separación de bienes que se encuentren en poder del comerciante	<ul style="list-style-type: none"> • Los bienes que no hubieren transferido legítimamente podrán ser separados por sus titulares; • Podrán separarse de la masa ciertos bienes (p.ej. los que puedan ser reivindicados, los inmuebles vendidos no pagados por la empresa, bienes adquiridos por la empresa a crédito, contribuciones retenidas); y • La separación estará subordinada a que el separatista dé cumplimiento previo a las obligaciones que tuviere. 	70 a 73
De la administración de la empresa del comerciante	<ul style="list-style-type: none"> • Durante la etapa de conciliación, la administración de la empresa corresponderá a la empresa; • La empresa efectuará sus operaciones ordinarias y el conciliador vigilará éstas, así como la contabilidad; • El conciliador decidirá sobre la resolución de contratos, aprobará la contratación de nuevos créditos y podrá 	74 a 83

	<p>enajenar activos (con opinión del interventor);</p> <ul style="list-style-type: none"> • El conciliador y la empresa deberán considerar la conveniencia de conservar esta última en operación; • El conciliador podrá solicitar al juez que ordene el cierre de la empresa (total o parcial, temporal o definitivo); y • El conciliador puede solicitar al juez la remoción de la administración de la empresa. 	
Actuación en otros juicios	<ul style="list-style-type: none"> • Las acciones y juicios promovidos por o en contra de la empresa, no se acumularán al concurso mercantil; 	85 a 85
Obligaciones del comerciante (regla general y vencimiento anticipado)	<ul style="list-style-type: none"> • En general, continuarán aplicándose las disposiciones sobre obligaciones y contratos; • Se tendrá por no puesta, cualquier estipulación que establezca modificaciones que agraven para la empresa los términos de los contratos; y • El capital y los accesorios financieros insolutos de los créditos se convertirán a UDIs (Unidades de Inversión). 	86 a 90
Obligaciones del comerciante (contratos pendientes)	<ul style="list-style-type: none"> • No se afectará la validez de los contratos sobre bienes de carácter estrictamente personal o de índole no patrimonial; • Los contratos, preparatorios o definitivos, pendientes de ejecución, serán cumplidos salvo oposición del conciliador. 	91 a 111
Actos en fraude de acreedores	<ul style="list-style-type: none"> • Se entiende como fecha de retroacción, 270 días naturales anteriores a la fecha de la sentencia de declaración del concurso mercantil; • Son actos en fraude de acreedores los que la empresa haya hecho antes de la declaración de 	112 a 119

	<p>concurso mercantil, defraudando con un tercer con conocimiento del fraude;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se presumen actos en fraude de acreedores: el otorgamiento o incremento de garantías sin justificación y los pagos de deuda en especie, diferentes a los pactados; y • Los actos cometidos en fraude de acreedores tiene como consecuencia que las cosas se devuelvan al estado que tenían anteriormente, con independencia de que se paguen daños, perjuicios, así como intereses. 	
--	--	--

Elaboración: Fuente propia a partir de la LCM.

1.7. — En esta etapa, se parte de la premisa de que, jurídicamente la empresa se encuentra en incumplimiento generalizado de obligaciones, dado que ya hubo una sentencia que determinó el concurso mercantil.

Desaparece la figura del visitador que se encargó de rendir el dictamen al juez para determinar que se estaba en el supuesto del concurso mercantil, pero aparece la figura del conciliador, quien podrá o no ser la misma persona que fungió como visitador, dependiendo de la autorización que para ello tenga del IFECOM; debido a que existen personas que pueden fungir solo como visitadores, aquellos que pueden fungir como visitadores y conciliadores y otros que pueden fungir como visitadores, conciliadores y síndicos¹⁸.

1.8. — No todos los acreedores que manifiesten tener un adeudo con la empresa sujeta al concurso mercantil tienen los mismos derechos de cobro, es más, puede ser que incluso no sean reconocidos como acreedores para beneficiarse, en caso de que el resultado del concurso mercantil sea favorable para ellos.

¹⁸ La lista completa de las personas que pueden fungir como visitador, visitador/conciliador y visitador/conciliador/síndico, tanto de nivel 1 como de nivel 2 y su localización geográfica, pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/directorioEsp.asp>.

Por ello y previo a la suscripción del convenio conciliatorio tiene que llevarse a cabo un procedimiento de reconocimiento de créditos, el cual concluirá con una sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

Respecto de los acreedores reconocidos, Carlos Dávalos establece que «con el mismo interés de determinación y estabilidad en los conceptos que maneja, la LCM define a los acreedores reconocidos como los que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Ellos son el receptáculo material de los propósitos de todo el procedimiento»¹⁹.

1.8.1 — Reconocimiento de créditos En esta parte del procedimiento, conforme al artículo 121 de la LCM, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la publicación de la sentencia de concurso mercantil en el DOF, el conciliador deberá presentar al juez una lista provisional de créditos a cargo de la empresa en el formato que al efecto determine el IFECOM. (*Ver Anexo 2. Lista provisional de cada crédito que se propone*).

Dicha lista deberá elaborarse con base en la contabilidad de la empresa; los demás documentos que permitan determinar su pasivo; la información que la propia empresa y su personal estarán obligados a proporcionar al conciliador, así como, en su caso, la información que se desprenda del dictamen del visitador y de las solicitudes de reconocimiento de créditos que se presenten.

Los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos:

- Dentro de los veinte días naturales siguientes a la fecha de la publicación de la sentencia de concurso mercantil;
- Dentro del plazo para formular objeciones a la lista provisional²⁰ y

¹⁹ C. DÁVALOS, *op. cit.*, pp. 72-73.

²⁰ El artículo 129 de la LCM, establece que una vez que el conciliador presente al juez la lista provisional de créditos, éste la pondrá a la vista de la empresa y de los acreedores para que dentro del término improrrogable de cinco días naturales presenten por escrito al conciliador, por conducto del juez, sus objeciones, acompañadas de los documentos que estimen pertinentes, lo que será puesto a disposición del conciliador por conducto del juez, al día siguiente de su recepción.

- Dentro del plazo para la interposición del recurso de apelación a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

Una vez que el conciliador presente al juez la lista provisional de créditos, éste la pondrá a la vista de la empresa y de los acreedores para que dentro del término improrrogable de cinco días naturales presenten por escrito al conciliador, por conducto del juez, sus objeciones. Posteriormente, el conciliador contará con un plazo improrrogable de diez días para la formulación y presentación al juez de la lista definitiva de reconocimiento de créditos²¹.

Transcurrido el último plazo señalado en el párrafo anterior, el juez, dentro de los cinco días siguientes, dictará la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos tomando en consideración la lista definitiva presentada por el conciliador, así como todos los documentos que se le hayan anexado.

Dicha sentencia puede ser apelable, cuyo recurso será admitido únicamente en efecto devolutivo. (*Ver Diagrama 2. Reconocimiento de créditos*).

1.8.2 — Operaciones para el reconocimiento Como lo mencionamos con antelación, la finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa, mediante el convenio que ésta suscriba con sus acreedores reconocidos.

1.8.3 — La etapa de conciliación tendrá una duración de ciento ochenta y cinco días naturales, contados a partir del día en que se haga la última publicación en el DOF de la sentencia de concurso mercantil.

El conciliador o los Acreedores Reconocidos que representen por lo menos las dos terceras partes del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una prórroga de hasta noventa días naturales adicionales y además el Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen el noventa por ciento del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una ampliación de hasta por otros noventa días naturales más, pero en ningún caso el plazo de la

²¹ Arts. 129 y 130.

etapa de conciliación y su prórroga podrá exceder de trescientos sesenta y cinco días naturales²².

Plazo original	Primera prórroga	Segunda prórroga	Plazo máximo
180 días naturales	90 días naturales a solicitud del conciliador o acreedores reconocidos	90 días naturales a solicitud de la empresa y los acreedores reconocidos	No debe exceder de 360 días naturales

Cabe precisar que el conciliador puede solicitar al Juez que de por terminada esta etapa anticipadamente, si no advierte disposición de la empresa o del comerciante para conciliar o si esto fuera imposible.

1.8.4 — Como se había precisado con antelación, esta etapa es dirigida por un conciliador designado por el IFECOM cuya labor fundamental consiste en procurar que la empresa y sus Acreedores Reconocidos lleguen a un convenio, para lo cual podrá reunirse y comunicarse con ellos ya sea conjunta o separadamente. La empresa deberá en todo momento apoyar al conciliador y proporcionarle la información y documentos que este le solicite.

La empresa podrá celebrar convenios con los trabajadores siempre que no agraven los términos de las obligaciones a cargo de la misma o solicitar a las autoridades fiscales condonaciones.

1.8.5 — De acuerdo con el artículo 153 de la LCM, el convenio deberá considerar:

- Pago de los créditos laborales;
- Pago Créditos contraídos para la administración y seguridad de la masa;
- Pago de créditos procedentes de diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio de la masa;
- Pago de los créditos singularmente privilegiados²³;

²² Art. 145 LCM.

²³ Conforme al art. 218 de la LCM, son acreedores singularmente privilegiados, cuya prelación se determinará por el orden de enumeración, los siguientes: I. Los gastos de entierro del Comerciante, en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento, y II. Los acreedores por los gastos de la enfermedad que haya

- Pago de los créditos con garantía real y con privilegio especial (hipotecarios y prendarios);
- Reservas suficientes para el pago de las diferencias que puedan resultar de las impugnaciones que se encuentren pendientes de resolver y de los créditos fiscales por determinar; y
- Pago de obligaciones fiscales;

Todos los acreedores pueden suscribir el convenio excepto aquellos que tengan un crédito laboral o fiscal en su favor. Sin embargo, para ser eficaz, el convenio deberá ser suscrito por la empresa y sus Acreedores Reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma de: a) El monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes, y b) El monto reconocido a aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio²⁴.

Especial atención merece lo dispuesto por el artículo 158 de la LCM, respecto del contenido del convenio, tal como se señala a continuación: «El convenio se considerará suscrito por todos aquellos Acreedores Reconocidos comunes, sin que se admita manifestación alguna por su parte, cuando el convenio prevea con respecto de sus créditos lo siguiente:

- I. El pago del adeudo que era exigible a la fecha en que surtió efectos la sentencia de concurso mercantil, convertido a UDIs al valor del día de la sentencia de concurso mercantil;
- II. El pago de todas las cantidades y accesorios que se hubieran hecho exigibles conforme al contrato vigente, desde la fecha de la sentencia de declaración de concurso mercantil, hasta la de aprobación del convenio, de no haberse declarado el concurso mercantil y suponiendo que el monto referido en la fracción anterior se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil. Estas cantidades se convertirán en UDIs al valor de la fecha en que se hubiera hecho exigible cada pago, y
- III. El pago, en las fechas, por los montos y en la denominación convenidos, de las obligaciones que, conforme al contrato respectivo, se hagan exigibles a partir de la aprobación del convenio, suponiendo que el monto referido en la fracción I se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil y que

causado la muerte del Comerciante en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento.

²⁴ Art. 157 LCM.

los pagos referidos en la fracción II se hubieran realizado en el momento en que resultaran exigibles».

1.8.6 — El conciliador, una vez que considere que cuenta con la opinión favorable de la empresa y de la mayoría de Acreedores Reconocidos necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio, la pondrá a la vista de los Acreedores Reconocidos por un plazo de diez días para que opinen sobre ésta y, en su caso, suscriban el convenio.

El conciliador deberá adjuntar a la propuesta de convenio, un resumen del mismo, que contenga sus características principales expresadas de manera clara y ordenada. Tanto la propuesta de convenio, como su resumen, deberán exhibirse en los formatos que dé a conocer el IFE-COM. (*Ver Anexo 3, resumen de convenio suscrito por el comerciante y la mayoría de acreedores y Anexo 4, convenio suscrito por el comerciante y la mayoría de los acreedores*).

Transcurrido un plazo de siete días contados a partir de que venció el plazo de diez días para poner a la vista el convenio, el conciliador presentará al juez el convenio debidamente suscrito por la empresa y al menos la mayoría requerida de Acreedores Reconocidos²⁵.

El juez al día siguiente de que le sea presentado el convenio y su resumen para su aprobación, deberá ponerlos a la vista de los Acreedores Reconocidos por el término de cinco días, a fin de que presenten objeciones o lo veten. Transcurrido este plazo el juez verificará que la propuesta de convenio reúna todos los requisitos y no contravenga disposiciones de orden público y dictará la resolución que apruebe el convenio²⁶.

De acuerdo con el artículo 165 de la LCM, el convenio aprobado por el juez obligará: a) a la empresa, b) a todos los Acreedores Reconocidos comunes; c) a los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que lo hayan suscrito, y d) a los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial.

Con la sentencia de aprobación del convenio, se dará por terminado el concurso mercantil y cesará en sus funciones el conciliador.

(Ver Diagrama 3: Conciliación)

²⁵ Art. 161 LCM.

²⁶ Art. 164 LCM.

2 — Una empresa puede entrar en etapa de quiebra cuando no logró una conciliación con sus acreedores y por tanto firmó el convenio respectivo con ellos.

En esta etapa, a diferencia de la conciliación, ya no resulta trascendente que la empresa pueda seguir operando y por tanto la subsistencia de la misma, pues todo el procedimiento estará dirigido a la venta de sus activos y se buscará sacar el mayor provecho de ellos.

Conforme al artículo 167 de la LCM, la empresa en concurso mercantil será declarada en estado de quiebra cuando: a) la propia empresa así lo solicite; b) transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de lo previsto en esta Ley, o; c) el conciliador solicite la declaración de quiebra y el juez la conceda.

En el caso de los incisos a) y b), la sentencia de declaración de quiebra se dictará de plano. En el caso de la fracción III, el procedimiento se substanciará de manera incidental.

En esta etapa cesa sus funciones el conciliador. Aparece ahora el síndico, que será quien coadyuve en esta etapa del procedimiento. El síndico puede o no ser la misma persona que actuó como conciliador, aunque es recomendable que lo sea, pues es quien mejor conoce la situación de la empresa de todos los que han participado en el procedimiento.

2.1. — Del artículo 169 se desprende el contenido de la sentencia de quiebra, a saber:

- La declaración de suspensión de la capacidad de ejercicio de la empresa, respecto de bienes y derechos que integran la Masa;
- La orden a la empresa de entregar al síndico la posesión y administración de los bienes y derechos que integran la Masa;
- La orden a las personas que tengan en su posesión bienes de la empresa, de entregarlos al síndico;
- La prohibición a los deudores de la empresa de pagarle o entregarle bienes sin autorización del síndico, y
- La orden al IFECOM para que designe al síndico.

2.2. — Las disposiciones sobre los efectos de la sentencia de concurso mercantil que han sido señaladas con antelación, son aplicables a la

sentencia de quiebra. Sin embargo, uno de los efectos más importantes de esta última, es que implica la remoción de plano de la administración de la empresa, la que será asumida por el síndico. El Comerciante conservará la disposición y la administración de aquellos bienes y derechos de su propiedad que sean legalmente inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Además de lo anterior, el síndico contará con las más amplias facultades de dominio que en derecho procedan y deberá iniciar las diligencias de ocupación a partir de su designación, debiendo tomar posesión de los bienes y locales que se encuentren en posesión de la empresa e iniciar su administración; asimismo, tomará inmediatamente las medidas necesarias para su seguridad y conservación²⁷.

El síndico contará con amplias facultades para maximizar el valor de los activos y poder obtener mayores recursos para el pago a los acreedores, así se desprende del artículo 185 de la LCM:

«Artículo 185. – Los bienes que por su naturaleza requieran ser enajenados rápidamente y los títulosvalor que estén próximos a su vencimiento, o que por cualquier otra causa hayan de ser exhibidos para la conservación de los derechos que les son inherentes, se relacionarán y entregarán al síndico, para la oportuna realización de los actos que fuesen necesarios. El dinero se entregará al síndico para su depósito».

El síndico, pese a que cuenta con amplias facultades, no está exento de responsabilidad, ya que en el desempeño de la administración de la empresa deberá obrar siempre como un administrador diligente en negocio propio, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que la empresa sufra por su culpa o negligencia.

De acuerdo con el artículo 190 de la LCM, dentro de un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha en que el síndico tome posesión de la empresa, deberá entregar al juez: a) un dictamen sobre el estado de la contabilidad de la empresa; b) un inventario de la empresa, y c) un balance, a la fecha en que asuma la administración de la empresa. Estas obligaciones deberán cumplirse en los formatos que al efecto establezca el IFECOM. (*Ver Anexo 5 balance de la empresa y anexo 6 inventario de la empresa*)

²⁷ Arts. 179, 180 y 183 de la LCM.

2.3. — Efectos de la sentencia de quiebra Una de las reglas más importante sobre la enajenación activos se encuentra en el artículo 197 de la LCM, que establece que, declarada la quiebra, aun cuando no se hubiere concluido el reconocimiento de créditos, el síndico procederá a la enajenación de los bienes y derechos que integran la Masa, procurando obtener el mayor producto posible por su enajenación. Asimismo, dispone que cuando la enajenación de la totalidad de los bienes y derechos de la Masa como unidad productiva, permita maximizar el producto de la enajenación, el síndico deberá considerar la conveniencia de mantener la empresa en operación.

Por regla general, la enajenación de los bienes deberá realizarse a través del procedimiento de subasta pública y deberá realizarse dentro de un plazo no menor a diez días naturales ni mayor de noventa días naturales a partir de la fecha en que se publique por primera vez la convocatoria. Cualquier interesado podrá participar en la subasta. Esta regla general tiene dos excepciones a saber:

- a) Cuando el síndico considere que de otra manera se obtendría un mayor valor y lo autorice el Juez, podrá realizarse a través de un método distinto²⁸; y
- b) Bajo su responsabilidad, el síndico podrá proceder a la enajenación de bienes de la Masa a través de un mecanismo distinto a la subasta, cuando los bienes requieran una inmediata enajenación porque no puedan conservarse sin que se deterioren o corrompan, o que estén expuestos a una grave disminución en su precio, o cuya conservación sea demasiado costosa en comparación a su valor²⁹.

Al concluir la sesión de subasta, el juez ordenará la adjudicación de los bienes, previo pago, en favor del postor que haya realizado la postura ganadora, sin embargo, si transcurrido un plazo de seis meses a partir de iniciada la etapa de quiebra no se hubiese enajenado la totalidad de los bienes de la Masa, cualquier persona interesada podrá presentar al juez una oferta para la compra de cualquier bien o conjunto de bienes de entre los remanentes³⁰.

²⁸ Art. 205 LCM.

²⁹ Art. 208 LCM.

³⁰ Arts. 204 y 207 LCM.

A efecto de cumplir adecuadamente con sus funciones, el síndico podrá solicitar los peritajes, avalúos y demás estudios que estime necesarios para el cumplimiento de su mandato, sin embargo, no responderá por la evicción ni por los vicios ocultos de los bienes que enajene, salvo que otra cosa se hubiere convenido con el adquirente.

2.4. — De acuerdo con la LCM (arts. 217 a 222), los acreedores se clasifican en cuatro categorías, con prelación y características distintas entre sí, mismas que serán señaladas en el cuadro siguiente, para una mejor comprensión.

TIPO DE ACREEDORES	CARACTERÍSTICAS
Singularmente Privilegiados	<p>Su prelación se determinará por el orden de enumeración, siguiente:</p> <p>I. Los gastos de entierro del Comerciante;</p> <p>II. Los acreedores por los gastos de la enfermedad que haya causado la muerte del Comerciante.</p>
Acreedores con garantía real	<p>Siempre que sus garantías estén legalmente constituidas:</p> <p>I. Los hipotecarios, y</p> <p>II. Los provistos de garantía prendaria.</p>
Acreedores con privilegio especial	<p>Son aquellos que, según el Código de Comercio o leyes de su materia, tengan un privilegio especial o un derecho de retención. Cobrarán en los mismos términos que los acreedores con garantía real.</p>
Acreedores comunes	<p>Todos aquellos que no estén considerados en las categorías anteriores, y cobrarán a prorrata sin distinción de fechas.</p>
Créditos laborales y fiscales	<p>Se pagarán después de que se hayan cubierto los créditos singularmente privilegiados y los créditos con garantía real, pero con antelación a los créditos con privilegio especial.</p>

Fuente: Elaboración propia.

2.5. — Graduación de créditos En términos del artículo 231 de la LCM, El juez pondrá a la vista de los Acreedores Reconocidos el reporte de las enajenaciones realizadas y de la situación de activo remanente, y una lista de los acreedores que serán pagados, así como la cuota concursal que les corresponda, para que dentro del término de tres días manifiesten lo que a su derecho corresponda. Transcurrido ese término, el juez resolverá sobre la manera y términos en que se procederá a los repartos de los efectivos disponibles.

Los repartos concursales se continuarán haciendo mientras existan en el activo bienes susceptibles de realización; sin embargo, se considerará que se han realizado todos los bienes del activo, aun cuando quede parte de éste, si el síndico demuestra al juez que carecen de valor económico, o si el valor que tienen resultare inferior a las cargas que pesan sobre ellos o a los gastos necesarios para su enajenación. Concluido el concurso mercantil, los acreedores que no hubiesen obtenido pago íntegro conservarán individualmente sus derechos y acciones por el saldo contra la empresa³¹.

(Ver Diagramas 4 y 5: Quiebra)

2.6. — Pago de los acreedores reconocidos Con todo lo manifestado hasta este momento, el lector tiene un panorama general de los aspectos más importantes del procedimiento de concurso mercantil en sus distintas etapas. *(Ver Diagrama 6: concurso completo)*

No obstante que no serán materia de este trabajo, por tratarse de procedimientos muy específicos, vale la pena señalar que la LCM dedica un Título a concursos especiales, dentro de los cuales considera:

- a) Concursos mercantiles de comerciantes (o empresas) que presten servicios públicos concesionados;
- b) Concurso mercantil en Instituciones de Crédito; y
- c) Concurso mercantil en Instituciones auxiliares del crédito

³¹ Art. 235 LCM.

3. — A pesar de que la LCM entró en vigor hace más de 9 años, todavía no es una vía concurrida por las empresas cuando tienen falta de liquidez y desean llegar a un arreglo judicial con sus acreedores.

Las razones de ello pueden ser diversas. No creer en el sistema judicial (Jueces e IFECOM), considerar que puede ser oneroso, desconocimiento de la materia por parte de empresarios y abogados, arreglos extrajudiciales sin llegar a un procedimiento de concurso mercantil o pasividad de la empresa o bien dejar que ésta simplemente «quiebre» sin llevar juicio o procedimiento alguno y en todo caso, encarar las consecuencias en otro tipo de juicios ordinarios o ejecutivos, son tan solo algunas de las razones que pudieran esgrimirse para tratar de comprender el escaso uso del concurso mercantil por parte de las empresas mexicanas.

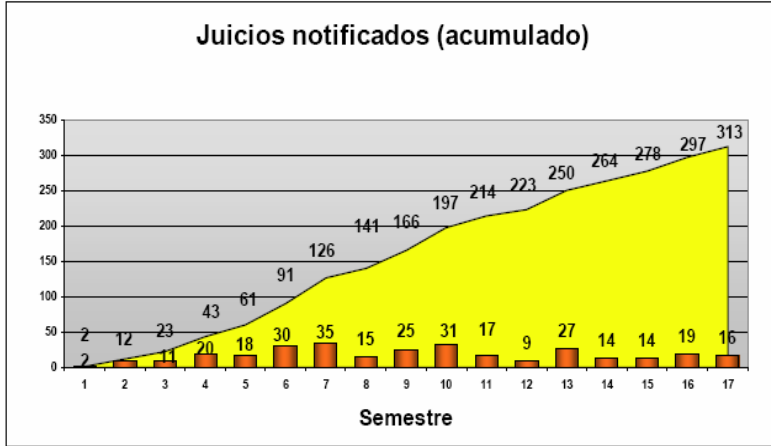
Veamos lo que sobre este tema señala el propio IFECOM:

«La presencia de la herramienta concursal como medio de solución de los problemas de liquidez de las empresas es todavía incipiente. Aún cuando los medios han informado que según estadísticas del INEGI, 10,250 empresas se declararon en quiebra en el período abril a junio de este año, ello no debe entenderse en el sentido estricto de un proceso concursal pues las estadísticas que presentamos en este informe orientan hacia un escenario totalmente diverso. En México existen, según estadísticas del Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM) 713,039 empresas de las cuales han llegado a concurso mercantil solamente una empresa por cada 2,045, mientras que en países como Canadá se presentan 3.2 procesos de insolvencia por cada 1000 empresas»³².

3.1. — Dentro de las cifras relevantes que el IFECOM tiene registradas en los poco más de nueve años que tiene de vida el concurso mercantil nuestro país, encontramos las siguientes (junto con sus respectivas estadísticas), de acuerdo con el informe de actividades mayo-noviembre de 2008.

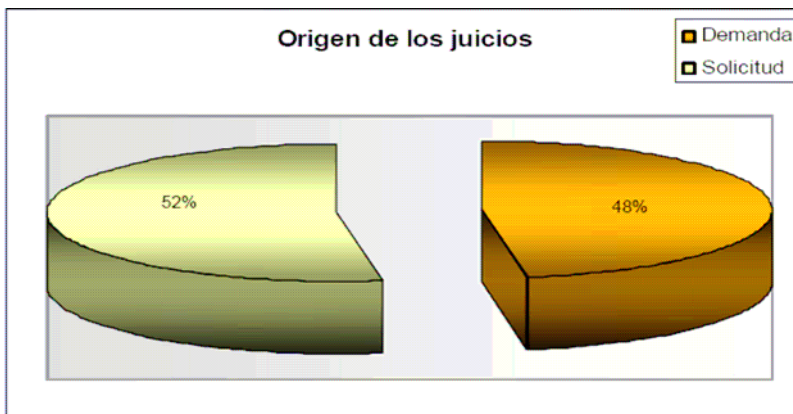
Hasta el momento de la publicación del informe (diciembre de 2008), han llegado al procedimiento concursal 372 empresas y comerciantes, en 313 procedimientos judiciales, que han sido conocidos por 109 Jueces de Distrito en 44 ciudades de 28 entidades federativas.

³² Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Especialista en Concursos Mercantiles, Informe Semestral, del 21 de mayo de 2008 al 20 de noviembre de 2008. 2 de diciembre de 2008, <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/informes.asp>.



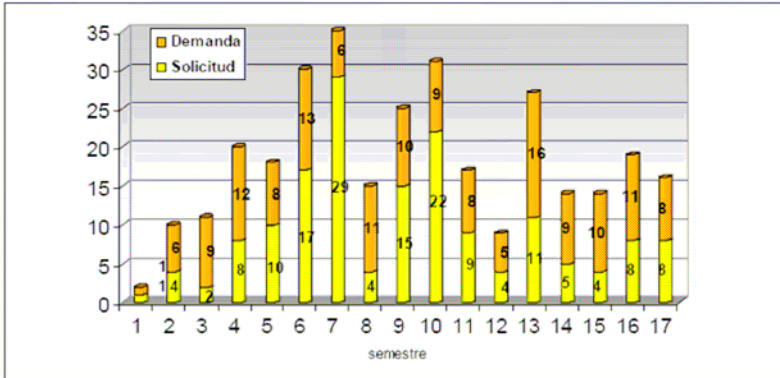
Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

Por otra parte, el 52% de los procedimientos fueron promovidos por solicitud de los propios comerciantes y el 48% por demanda de quienes tienen el derecho de hacerlo.



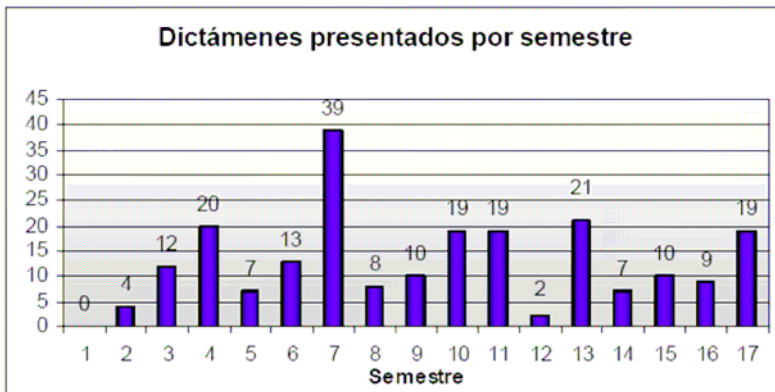
Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

En la gráfica siguiente se puede apreciar el número de procedimientos de concurso mercantil que fueron iniciados por las propias empresas (solicitud) o bien por parte de los acreedores o del ministerio público (demanda), por semestre en el período de vida de la LCM.



Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

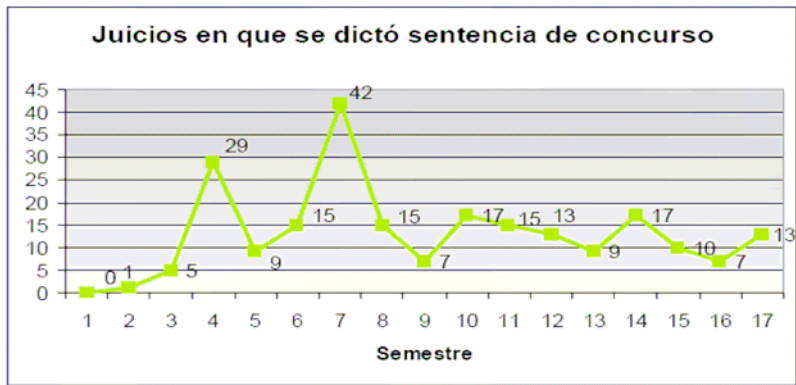
De acuerdo con el propio informe del IFECOM, en el acumulado desde 2000, se han rendido 219 dictámenes y se ha solicitado la prórroga de plazo en el 48% de los casos, como se aprecia en la siguiente gráfica.



Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

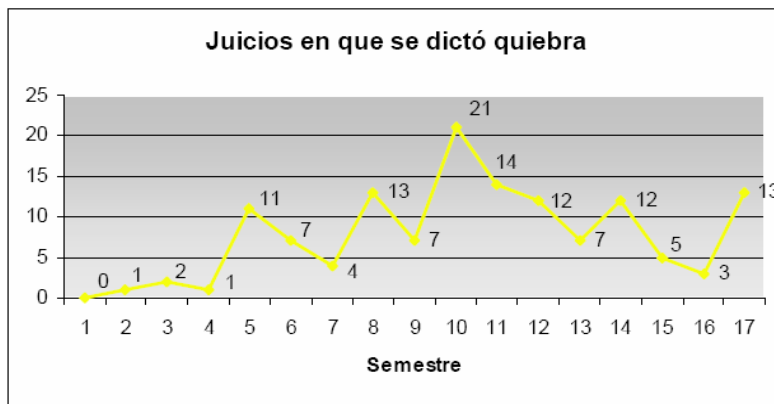
Para el segundo semestre de 2008, se tenían 45 procesos en etapa de conciliación, relativos a 48 comerciantes-empresas en donde 2,131 acreedores buscan la solución a créditos valiosos, por un importe en cifras redondas, por 42,933 millones de pesos.

Por lo que hace a los asuntos en donde se ha dictado sentencia de concurso mercantil, se tiene la siguiente información:



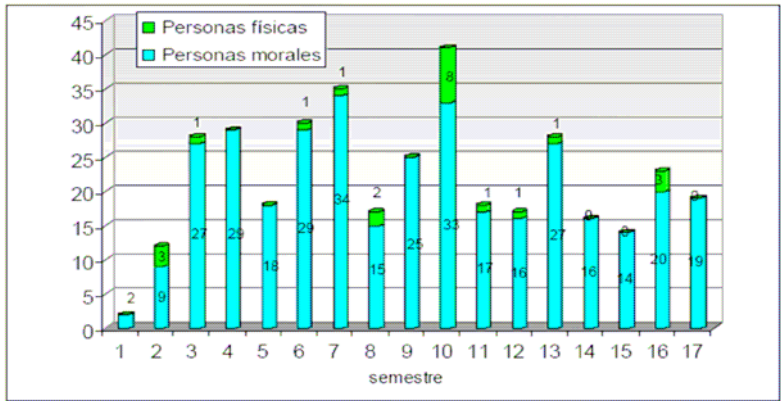
Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

Con ello, de acuerdo al citado informe, se tenían a diciembre de 2008, 96 procesos en etapa de quiebra, relativos a 120 comerciantes en donde 51,883 acreedores buscan la solución a créditos por 276,127 millones de pesos.



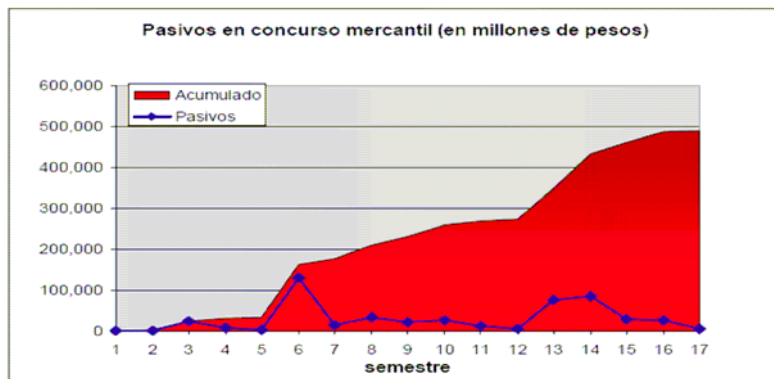
Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

Respecto de la calidad de las personas (físicas o. morales), que han sido sujetos a concurso mercantiles, se señala lo siguiente:



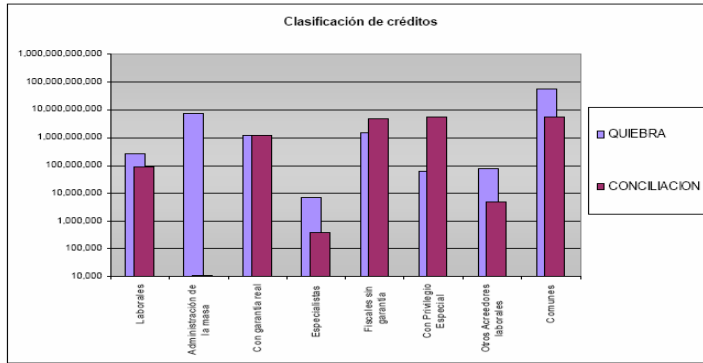
Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

Por lo que hace a los montos de pasivos que han sido objeto de concurso, se tienen las siguientes cifras:



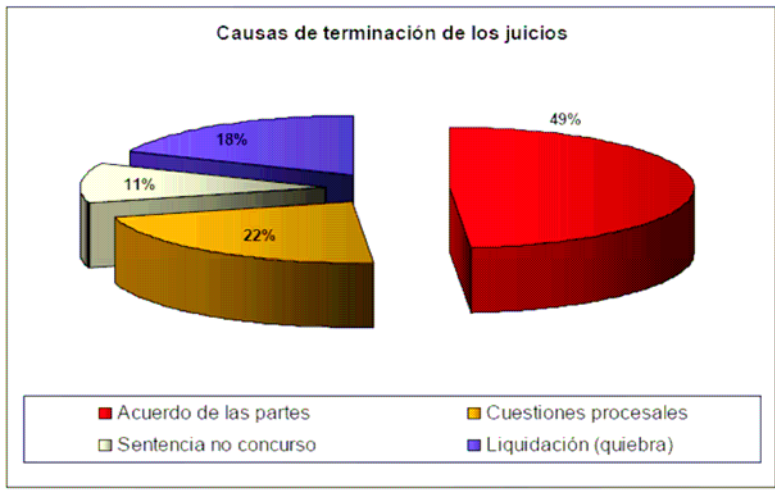
Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

La siguiente gráfica presenta la clasificación de créditos:



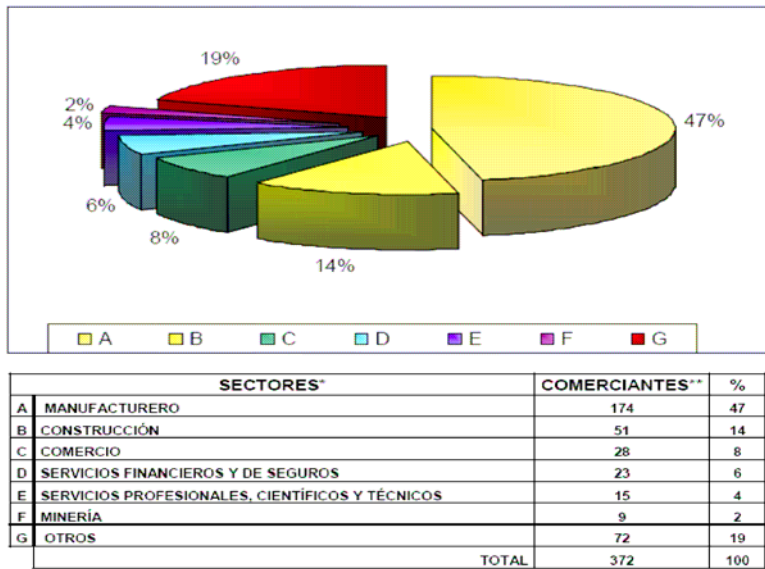
Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

Respecto de las causas de terminación de los juicios, encontramos lo siguiente:



Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

Por último, resulta interesante conocer los distintos sectores a los que pertenecen las empresas en concurso:



Fuente: IFECOM, apéndice 1 Estadísticas concursales, Informe diciembre 2008 <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/estadisticas.asp>.

Por lo que hace a la posición de México respecto de otros países, el informe señala que conforme a las estadísticas de la Asociación Internacional de Reguladores de Insolvencia, la proporción entre asuntos recibidos y asuntos concluidos con una reorganización de la empresa concursada se presenta así en algunos países: en *Finlandia*, el 11.93%; en *Malasia*, el 21.7 %; en *Nueva Zelanda*, el 20.27%; en *Rusia*, el 0.53%. En el caso de los *Estados Unidos de América* de los asuntos iniciados en 2007 fueron al Capítulo Once, que es la herramienta para lograr una reestructura, el 22.43% de los casos aunque no todos lo consiguieron. Contra estos números, México compara favorablemente al presentar una estadística del 23% de los casos como reorganizados³³.

4. — Por todos es conocido que a partir de agosto de 2008, el mundo empezó a cambiar dramáticamente, debido a la crisis financiera surgida en los Estados Unidos de Norteamérica y que después provocó la cri-

³³ *Ibidem*.

sis económica que hoy padecemos prácticamente todos los países del mundo.

Por ello, en este apartado analizaremos aspectos de la crisis financiera y económica que se vinculan de manera directa con la problemática que enfrenta el sector empresarial y que ya ha cobrado víctimas, pues muchas empresas han caído en insolvencia y han recurrido al concurso mercantil.

4.1. — A partir de 2007 fuimos testigos del caos financiero que se generó en los Estados Unidos de Norteamérica (EUA), y del cuantioso rescate financiero (el mayor de la historia de ese país), que se implementó para evitar una mayor catástrofe y que ha sido considerada la mayor debacle económico-financiera después de la llamada «Gran Depresión» de fines de la década de los veinte, en el vecino país.

Durante 2008 y parte de 2009, los mercados financieros del mundo han reaccionado de manera negativa (pérdidas), en las bolsas de valores, manifestando una alta volatilidad y se han rescatado varias instituciones financieras en EUA y otros países, además de que se ha tenido que inyectar liquidez en los mercados en diversas ocasiones, a través de los bancos centrales de las principales economías; a fin de mitigar los riesgos que ha arrojado el contagio de la crisis financiera de EUA; la cual, debido a la globalización de los mercados, ha trascendido sus fronteras.

4.2. — El efecto de las hipotecas *subprime* y el surgimiento de la crisis.

Las hipotecas *subprime* son créditos que se otorgaron en los EUA a personas que no podrían comprobar ingresos fijos o bien que, teniéndolos, eran bajos. Piénsese por ejemplo en taxistas, meseros, trabajadores eventuales o personal por honorarios. Este segmento de la población norteamericana tradicionalmente no tenía fácil acceso al crédito de vivienda, por lo que, al abrirse la posibilidad tuvo bastante aceptación.

Nada de malo tendría el acceso al crédito para este segmento de población, sobre todo si consideramos que para principios de esta década, la Reserva Federal de los EUA (FED), había bajado las tasas de interés a niveles no visibles en muchos años, hasta llegar al 1% anual, lo cual signi-

ficó una verdadera oportunidad para este tipo de clientes de bajos ingresos o ingresos no comprobables, de obtener un crédito para vivienda.

No hay que olvidar que la propia FED y las entidades financieras de los EUA, ofertaron y colocaron sobre todo los primeros 5 años de esta década mucho dinero vía crédito, pues había un excedente de liquidez que tenía que colocarse en algún lugar.

En razón de ello, los productos financieros como los créditos *subprime* comenzaron a despertar apetito de las entidades financieras y las corredurías de bienes raíces, quienes promovieron y desplegaron una gran cantidad de créditos de esta naturaleza. Sin embargo, la tasa de interés era algo engañosa, ya que una de las características de los créditos *subprime* era que la tasa de interés durante los primeros años de vigencia del crédito era baja, pero posteriormente subía.

Por otra parte, justo en esta década (mientras se mantenían en niveles bajos las tasas de interés), una serie de acontecimientos comenzaron a hacer estragos en la economía estadounidense, como por ejemplo: la presión que ejercieron otras monedas como el yuan y el euro sobre el dólar y el debilitamiento posterior de esta última; el crecimiento económico de china, el alza en los precios del petróleo y algunos *comodities*, lo cual devino en aumento de la inflación en EUA, por lo que el gobierno de ese país, tuvo que elevar las tasas de interés.

De tal suerte que el alza pactada en los créditos *subprime* en los años posteriores a su contratación, coincidió con el alza en las tasas de interés de los EUA, que llegaron a más del 5%, por lo que habrá que imaginarse lo que aconteció con aquellos deudores de contrataron un crédito *subprime* cuando la tasa de interés rondaba el 1% y posteriormente se incrementó por ambas vías. El resultado fue el incumplimiento de esos créditos.

Un problema adicional fue que dichos créditos estaban bursatilizados, es decir, se habían documentado en títulos de crédito que se negociaban en el mercado de valores, ya que algunos bancos de inversión y aseguradoras (como AIG), tomaron el riesgo de los créditos *subprime* y los documentaron en forma de bonos para negociarlos en el mercado de valores. Dichos bonos en su momento obtuvieron buenas notas por parte de las calificadoras de valores.

De esta forma, se colocaron bonos respaldados por hipotecas *subprime*, que fueron adquiridos por manejadores de fondos e inversionistas (aseguradoras, fondos de pensiones, de inversión y bancos), por lo que, al estar dichos fondos constituidos principalmente o el alguna medida por bonos que respaldaban este tipo de hipotecas, comenzaron a tener pérdidas millonarias, ya que los bonos perdieron vertiginosamente su valor, al iniciarse problemas de pago por parte de los deudores hipotecarios.

Las pérdidas entonces no sólo fueron para las hipotecarias que otorgaron los créditos y no recuperaron el pago de los mismos, sino también para los tenedores y manejadores de fondos constituidos por bonos respaldados por estas hipotecas decadentes y también para las aseguradoras que cubrieron el riesgo de crédito. El problema era inminente y para el inicio del segundo semestre de 2007 comenzó una avalancha de pérdidas para gran parte del sector financiero estadounidense.

Algunos analistas financieros como Carlos Alberto Martínez³⁴, señalan que de entre las causas de la crisis financiera norteamericana, se encuentran: a) desde hace años los norteamericanos han gastado mucho más de lo que ganan, debido al consumo excesivo; b) Manejo inexplicable de las tasas de interés por el Ex Presidente de la Reserva Federal de los EUA; c) Haber sostenido durante años el déficit gemelo (fiscal y comercial), fue un manejo irresponsable de las finanzas; d) EUA generó una burbuja de crédito verdaderamente injustificable, ya que se otorgó crédito de manera irresponsable; e) Conflicto de interés de las calificadoras de valores, quienes al mismo tiempo otorgaron calificaciones a bancos e instrumentos en donde ellas mismas había participado en su diseño; f) La innovación de las entidades financieras fue mas allá de lo imaginable y generaron productos muy riesgosos; g) El Sistema Financiero norteamericano se olvidó del enfoque en el cliente y se ocupó principalmente de las ganancias de los accionistas. Buscaron ganar dinero a toda costa, aunque ello generara excesivo apalancamiento.

Gigantes financieros como los bancos HSBC y Citigroup, casas de bolsa y bancos de inversión como Merrill Lynch, Lehman Brothers y Bear

³⁴ ¿Cuáles fueron las causas de la actual crisis financiera?, en *El financiero*, 10 de octubre, 2008.

Stearns, la aseguradora AIG; las hipotecarias Freddie Mac y Fannie Mae, sufrieron pérdidas millonarias y tuvieron que ser vendidos y/o rescatados, la mayoría de ellos. Surgió además falta de liquidez, ya que las entidades financieras comenzaron a no prestarse dinero entre ellas, lo cual agravó la crisis del sector.

4.3. — De entre los esfuerzos y autorizaciones del gobierno de los EUA para tratar de aliviar los efectos de la crisis, encontramos los siguientes: a) Rescate de las hipotecarias Freddie Mac y Fannie Mae; b) Financiamiento a JP Morgan para que comprara Bear Stearns; c) Autorización para que Bank of America adquiriera a Merrill Lynch; d) Rescate y adquisición de la aseguradora AIG por poco más de 80 mil millones de dólares (cantidad cercana a la que México tenía de reservas internacionales al tercer trimestre de 2008); e) Lehman Brothers se acoge a la protección por bancarrota y se autoriza la adquisición de parte de sus operaciones al Banco Británico Barclays y al Japonés Nombra Holdings ; f) Los principales Bancos Centrales del mundo acuerdan inyectar liquidez por más de 70 mil millones de dólares; g) Se autoriza al Banco de Inversión Morgan Stanley a vender parte de sus acciones al Japonés Mitsubishi UFJ; h) El millonario Warrent Buffet anuncia la compra de un porcentaje del Banco de Inversión Goldman Sachs; entre otros.

Adicionalmente, el entonces Presidente de los EUA Jorge W. Bush, solicitó al Congreso Norteamericano, la autorización de un plan de rescate por un monto de 700 mil millones de dólares, mismos que fue aprobado, después de un rechazo previo.

4.4. — Pese a la crisis del Sistema Financiero de EUA, el Sector Financiero Mexicano se mantuvo sólido y sin mayor afectación ¿Porqué? La respuesta es sencilla, a los norteamericanos les sucedió lo que a nuestro país en 1995 con la crisis bancaria (aunque no exactamente por las mismas causas); en donde las instituciones de crédito tuvieron que ser rescatadas y se erogó una gran cantidad de recursos para ello. Se estima que el costo del rescate bancario en nuestro país ascendió a un billón y medio de pesos, de los cuáles apenas se ha cubierto poco más de la mitad. En otras palabras, México ya pagó el precio por la irresponsabilidad

de las entidades financieras en el otorgamiento desmedido e irresponsable del crédito.

Y fue justamente que, a partir de 1995, México emprendió una serie de reformas legales y administrativas al sector financiero para evitar crisis posteriores, entre esas reformas (que en gran medida fueron impulsadas por el Banco Mundial, quién facilitó junto con el Banco Interamericano de Desarrollo, poco más de 1,750 millones de dólares para el rescate bancario).

De entre esas medidas destacan:

- 1) Se fortaleció la regulación prudencial para evitar la exposición al riesgo de la banca;
- 2) Se fortaleció la regulación de la banca para evitar riesgo sistémico (riesgo por contagio que genera falta de liquidez y descapitalización);
- 3) Se establecieron reglas para mantener un mínimo índice de capitalización (dinero que tiene que tener en reserva el banco por cada peso que presta), que actualmente es del 8%, aunque la banca comercial está capitalizada por el doble, es decir 16% (16 centavos de cada peso que se presta se mantiene en el banco);
- 4) Se fortaleció el gobierno corporativo en las instituciones financieras, en protección de los intereses de los accionistas minoritarios y de la sana administración bancaria;
- 5) Se fortaleció la supervisión de las entidades financieras por las autoridades (Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Banco de México e Instituto de Protección al Ahorro Bancario – IPAB –);
- 6) Existe mayor competencia en el sector bancario, pues actualmente existen 43 instituciones de banca múltiple autorizadas;
- 7) Las cuentas bancarias están protegidas hasta por 400 mil UDI's (cerca de 1 millón 600 mil pesos), en caso de insolvencia del banco, a través del IPAB;
- 8) La regulación para las entidades financieras es mucho más sólida y precisa que antes, por lo que existe un menor riesgo de colocar desmedidamente el crédito; y
- 9) Los índices de cartera vencida de las instituciones de crédito son aceptables, entre otros factores.

Si bien estos factores no necesariamente reflejan estabilidad financiera perpetua, pues ningún sistema financiero lo puede hacer, sí permitió al sector tomar medidas para prever con cierta anticipación, aquellos problemas que pudieron haber generado insolvencia o falta de liquidez en los mercados y anticiparse a ello.

Sin embargo, si bien es Sistema Financiero Mexicano se mantuvo sano, la economía mexicana no sufrió la misma suerte, pues hoy en día estamos en una de las peores recesiones económicas de los últimos años.

5. — La crisis financiera que fue descrita en líneas anteriores fue singular debido a que, a diferencia de las crisis financieras de alcance internacional de los últimos diez años (México, Corea, Rusia y Argentina), ésta no se originó en un país en vías de desarrollo, sino en un país industrializado, contagiando y afectando severamente los sistemas financieros de otras grandes economías como las que integran la Unión Europea y Japón, por ejemplo.

Al sufrir graves afectaciones los sistemas financieros de los países desarrollados, los países en vías de desarrollo padecieron por contagio de ese efecto negativo, pero no tanto en sus sistemas financieros, sino en sus economías.

Veamos el caso específico de México. EUA es nuestro principal socio comercial ya que más del 75% de las exportaciones mexicanas tienen como destino el vecino país del norte. En cambio, México es el tercer socio comercial en orden de importancia para los norteamericanos, ya que primero están China y Canadá (hace algunos años México era el primero socio comercial EUA).

Dado que para nosotros el mercado de EUA es el más importante, al haber contracción de la economía estadounidense, las principales afectadas son las empresas mexicana exportadoras, quienes han reducido considerablemente las exportaciones (se estima que entre un 30% aproximadamente), según datos recientes de la Secretaría de Economía, aunque me parece que puede ser mayor.

Por otra parte, la crisis financiera en EUA trajo como consecuencia una depreciación del peso mexicano cercano al 40% en tan solo 8 meses (octubre 2008-mayo 2009), con respecto del dólar. Evidentemente ello afecta a las empresas que tienen que comprar materias primas o pagar servicios denominados en dólares y además los precios de algunos bienes y servicios aumentan su valor, generando presiones inflacionarias.

Ante el escenario de presión del tipo de cambio, el país ha tenido que utilizar parte de las reservas internacionales para controlar el tipo de

cambio de tal suerte que ha utilizado poco más de 17,000 millones de dólares para ello (octubre 2008-abril 2009), lo cual desequilibra la balanza de pagos del país.

Otro factor que hay que considerar es que los precios del petróleo han caído en casi un 50% respecto de los precios alcanzados el año anterior (2008), lo cual también ha afectado las finanzas del país, pues la venta de petróleo al exterior, representa la principal fuente de divisas para el país.

Un factor negativo adicional es la disminución en el envío de remesas de los EUA a México, que aún representa la segunda fuente más importante de divisas para el país, ya que al haber contracción económica y desempleo en el vecino país, se reduce la cantidad de remesas que recibe el nuestro. Se estima que esa disminución puede ser de entre 15 y 20%:

Por si fuera poco, la Bolsa Mexicana de Valores, en menos de un año tuvo una caída cercana al 50% en los meses más álgidos de la crisis (2008 y principios de 2009), los cuáles han venido acompañados de una excesiva volatilidad y desconfianza en los mercados financieros del mundo, incluyendo México, que ha padecido del contagio de los mercados internacionales. Aunque en el segundo trimestre de 2009, la Bolsa Mexicana de Valores se ha ido recuperando, aún está lejos de alcanzar los niveles que tenía en el primer semestre de 2008.

Todos estos factores: disminución en las exportaciones, baja de los precios del petróleo, depreciación de la moneda nacional, presiones inflacionarias, disminución de las reservas internacionales y de las remesas, volatilidad en los mercados financieros y caída de la Bolsa, han provocado lo que los analistas vaticinaban: recesión económica.

Técnicamente, existe recesión económica cuando un país acumula durante dos trimestres consecutivos un decrecimiento en su economía. Si bien esto ya había sucedido en los EUA en los meses previos, en México, de acuerdo al anuncio que el pasado 20 de mayo de 2009, hiciera el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), México, oficialmente, está en recesión.

Muchas empresas han cerrado, otras se han acogido al esquema de paros técnicos, otras más han reducido jornadas, salarios y prestaciones para poder subsistir. No obstante el índice de desempleo sigue en aumento. De acuerdo con la información proporcionada el pasado 20 de

mayo de 2009 por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, la economía mexicana decrecerá más del 5% para el año 2009.

6. — Es sabido que las empresas requieren de recursos externos para subsistir. La principal fuente de financiamiento para las empresas hoy en día son sus proveedores (más del 60%), seguidas del crédito que reciben de sus matrices o sociedades controladores y después los diversos mecanismos de financiamiento a través de instituciones y mercados financieros.

En un escenario de crisis económica, las empresas tienden a incumplir sus pagos, pues al no contar con liquidez y tener que pagar adeudos, caen en insolvencia financiera. Algunas de ellas adoptan la vía del concurso mercantil, otras no.

El problema es más evidente y escandaloso cuando la empresa que cae en insolvencia es de gran tamaño o cotiza en la Bolsa (en cuyo caso la empresa también tiene que ser grande), ya que puede ser un indicativo de que se están afectando otras muchas empresas o incluso un sector.

6.1. — Hacia finales del año pasado, cerca de 15 grandes empresas que colocaron deuda en el mercado de valores mexicano, se encontraron con problemas cuando al tener vencimientos de los títulos de deuda, que habían colocado, no contaban con la liquidez necesaria para hacer frente a sus obligaciones y pagar a sus acreedores.

Cuando una o pocas empresas tienen problemas de liquidez para pagar a los inversionistas en el mercado de valores, el problema no es mayor, pero cuando son varias las empresas que se encuentran en esta situación, hay que tener cuidado.

Hacia finales de 2008, eran poco más de 15 empresas las que tenían problemas de liquidez para pagar a los inversionistas que habían adquirido su deuda a través del mercado de valores (de un total de aproximadamente 180 empresas que habían emitido deuda en ese momento). Era casi el 10% del total, por lo que no estaba en juego únicamente el nombre de las empresas deudoras, sino el del propio mercado de valores, lo cual es muy riesgoso.

Como respuesta (acertada desde mi punto de vista), a este problema, la banca de desarrollo, a través de Nacional Financiera, S.N.C, y Banco Nacional de Comercio Exterior, BANCOMEXT, S.N.C., pusieron a disposición de las empresas deudoras líneas de crédito inmediatas hasta por un monto de 500 millones de pesos cada una.

Lo anterior, más que tener un fin para que las empresas dispusieran de dicho crédito para pagar a los acreedores, fue una estrategia de respaldo para que ellas pudieran renegociar sus pasivos, sin generar temor o incertidumbre entre los inversionistas-acreedores de esas empresas.

Este respaldo de la banca estatal generó seguridad y certidumbre entre los inversionistas, pues el Gobierno no podía arriesgarse y dejar a su suerte a esas empresas, pues el mercado de valores en general, estaba ya bastante afectado por la crisis, de tal suerte que un problema de liquidez de pago de deuda hubiera agravado aún más la caída de la Bolsa y la afectación hubiera sido mayor.

Sin embargo, para ese entonces la crisis ya había cobrado víctimas de importancia considerable, que tenían problemas de liquidez como: Corporación Durango (CODUSA) y Comercial Mexicana (COMERCI). Cuyo caso brevemente señalaremos.

6.2. — Esta compañía se creó en 1982. Es productor de papel y productos de empaque verticalmente integrado con una amplia red de distribución que enlaza instalaciones localizadas por el territorio nacional y sur de los EUA. Esta empresa cotiza en bolsa. En el 2007 su volumen de ventas totales fue 1,518.4 miles de toneladas y sus ingresos fueron de 10,126.4 millones de pesos para ese año³⁵.

Esta empresa fue de las primeras que sufrió los estragos de la crisis, entre otras razones porque más del 20% de sus ventas se hacen a los EUA, además de que puso a la venta su planta en ese país y se acogió a un proceso de bancarrota en una corte de Nueva York y a un procedimiento de concurso mercantil en México.

Esta compañía mexicana renegoció deuda por alrededor de 1,500 millones de dólares, que incluye 1,000 millones de dólares de pasivos de

³⁵ [Http://www.codusa.com.mx/](http://www.codusa.com.mx/).

sus subsidiarias y los 508 millones de dólares de un bono con vencimiento a 2017.

Después de arduas negociaciones logró, a través del Concurso Mercantil, un acuerdo con más del 90% de sus acreedores, con lo cual evitó la quiebra.

6.3. — Controladora COMERCI es una empresa mexicana que cotiza sus acciones en la Bolsa de Valores de Nueva York y en la Bolsa Mexicana de Valores, sin embargo, la crisis económica la alcanzó, pues al realizar operaciones con derivados financieros aumentó sus pasivos en dólares y con el incremento del tipo de cambio (producto de la crisis financiera), incurrió en impago con sus acreedores.

Para octubre de 2008, las acciones de esta empresa mexicana se habían desplomado 43.50% en la Bolsa Mexicana de Valores (BMV) y Fitch Ratings bajó cinco calificaciones de la deuda que había colocado dicha empresa.

Esta empresa solicitó, sin éxito, en dos ocasiones, el Concurso Mercantil en México, por lo que optó por la negociación extrajudicial con sus acreedores, conocida como *stadr still* a fin de evitar procesos judiciales tanto en los EUA como en México (aunque este proceso extrajudicial cuenta con el visto bueno de la Corte en Nueva York).

El estatus actual de la empresa, se refleja en los siguientes términos:

«La renegociación de la deuda total de Comercial Mexicana con sus acreedores podría ascender a 18 mil 800 millones de pesos, cifra también cercana a la capacidad de pago de la empresa en los siguientes años para pagar a los bancos y las operaciones con derivados, informó José Calvillo, encargado de la reestructura de Comercial Mexicana.

“Creamos una reserva de cerca de 7 mil 500 millones de pesos y en adición de eso, hay un reconocimiento de la deuda bursátil-bancaria que no han pagado, que es poco más de 11 mil millones de pesos, lo que da una cantidad cercana a los 18 mil 800 millones de pesos”, indicó Calvillo»³⁶.

Actualmente sin concurso mercantil, pero bajo el esquema de Stand Still, COMERCI sigue negociando sus pasivos con sus acreedores sobre todo en los EUA.

³⁶ [Http://www.milenio.com/node/192268](http://www.milenio.com/node/192268).

Por último, conviene citar las declaraciones del Dr. Luis Manuel Meján, Director General de IFECOM hecha en México, hace algunos días, respecto a la crisis financiera y la situación de las empresas, al señalar que:

«La actual crisis económica provocará un aumento de entre 60% y 70% en el número de empresas que recurrirán al concurso mercantil. Luis Manuel Meján, director del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (Ifecom), estimó que ante el complejo entorno es factible que los asuntos se incrementen “muy por arriba” del promedio»³⁷.

Veremos en los próximos meses que tan cierta es la información del funcionario.

³⁷ *El Universal*, 13 de abril, 2009.

GERMÁN ADOLFO CASTILLO BANUET*

MTRO. HORACIO PÉREZ ORTEGA**

LOS ALCANCES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL SISTEMA DE SEGURIDAD Y JUSTICIA PENAL Y SU IMPLEMENTACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Diagnóstico. — 3. Antecedentes. — 4. Contenido de la reforma constitucional. — 5. Régimen de transitoriedad de la reforma constitucional. — 6. Implementación de la reforma. — 7. Implementación de la reforma en otros países. — 8. Planeación de la implementación de la reforma. — 9. Propuesta de programa de implementación de los puntos de la reforma constitucional. — 10. Conclusiones.

1. — El progreso de toda nación se funda en la justicia efectiva que brinda el Estado de Derecho. El desarrollo humano precisa del respeto irrestricto de la ley, porque es mediante su aplicación que las personas pueden acceder a mejores oportunidades de vida, participar libre y responsablemente de la democracia y disfrutar de una vida y un patrimonio seguros. Ningún Estado democrático puede lograrse sin la plena vigencia de la legalidad.

Además de ser un elemento fundamental en la convivencia armónica de la sociedad, el respeto a la ley constituye un elemento determinante para el desarrollo del país. La vigencia plena del Estado de Derecho favorece el crecimiento económico, pues disminuye costos de transacción y, en general, mejora las posibilidades de atraer las inversiones necesarias para la creación de empleos de calidad. A su vez, esto permite elevar el nivel de vida de los ciudadanos y contribuir a reducir la brecha de desigualdad, lo que es indispensable para alcanzar un desarrollo de la población de manera sostenida.

* Doctor en Derecho por la UNAM, actualmente Director General de Asistencia Técnica de la Secretaría de Gobernación.

** Maestro en Derecho por el INACIPE, actualmente Director de Área en la Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

La vigencia del Estado de Derecho depende, fundamentalmente, de la confianza de la ciudadanía en su gobierno y en las leyes que lo rigen. Para ello es indispensable una actuación íntegra y transparente de la autoridad, que brinde a los ciudadanos la certidumbre de que cuentan, en todo momento, con instituciones que garantizarán el respeto a sus derechos mediante la aplicación de la ley. Es también obligación del Estado promover la adecuación del marco legal para que éste sea justo y responda a la realidad nacional, de manera tal que la ciudadanía esté convencida de que su interés está mejor protegido dentro de la legalidad que al margen de ella.

A medida que un estado democrático de Derecho avanza en su desarrollo político y económico, algunas variables se ven afectadas de modos diversos. Tal es el caso de la incidencia delictiva. Es por eso que en el mundo se reconoce que deben adecuarse las estructuras constitucionales y legales para dar respuesta a este fenómeno social con mayor efectividad pero con absoluto respeto a la legalidad.

México no es la excepción; nuestro sistema de justicia penal ha sido objeto recurrente de críticas y llamados a su modernización, tanto por la sociedad en general como por organismos públicos y privados, nacionales e internacionales.

En nuestro país, los niveles de impunidad y de inseguridad pública se han incrementado en los últimos años. Es claro que esta situación dificulta el desarrollo de México, ya que aleja las inversiones, da lugar a una percepción de temor generalizado en la sociedad, provoca desconfianza en las instituciones públicas y obstaculiza el desarrollo personal de los individuos y de toda nuestra comunidad.

El antiguo sistema de justicia fue concebido en una época distinta a la que vivimos. Hoy, la globalización y las nuevas tecnologías han modificado no solo las necesidades y los intereses de los distintos grupos que conforman la sociedad, sino sus valores y costumbres. Esto exigía una revisión a fondo, una modernización que permitiera hacer frente a las formas que la delincuencia ha adoptado y establecer un sistema procuración y administración de justicia más eficaz y eficiente.

Por ello, diversos actores políticos de México establecieron el imperativo de revertir los índices de inseguridad pública para que la sociedad recupere la confianza en sus instituciones; que sienta la certeza de que,

ante la comisión de un delito, por menor que éste sea, se impondrá una sanción proporcional a la conducta y que la víctima tendrá a su alcance los elementos y medios eficaces para ser restituida en el agravio ocasionado.

2. — La impunidad, la corrupción y la simulación han sido obstáculos para el desarrollo del país a lo largo de su historia. Esta distorsión que, entre otras cosas, ha derivado en ocasiones en un ejercicio discrecional del poder, ha generado desconfianza en la sociedad respecto a las instituciones de gobierno y a la actuación de las autoridades.

La Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2005 reveló que el 59% de la población percibe que las leyes en México se utilizan para defender los intereses de gente poderosa (33%) o como una simple excusa para cometer arbitrariedades (26%)¹. Igualmente grave es la desconfianza que prevalece entre la ciudadanía. De acuerdo con el estudio de Latino barómetro, en México sólo el 28% de los ciudadanos pensaban que se puede confiar en la mayoría de las personas²; otras encuestas sitúan esta cifra en alrededor del 15%³. Este clima de desconfianza era preocupante, pues la predisposición negativa sobre el comportamiento de los demás inhibe la formación de redes ciudadanas y de capital social indispensables para articular e implementar soluciones a los problemas de la esfera pública.

De acuerdo con Transparencia Internacional, en su Índice de Percepción de la Corrupción 2006, México estaba ubicado en el lugar 70 de un

¹ Secretaría de Gobernación. (2005). Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas.

² www Corporación Latino barómetro. (2006). Informe Latino barómetro. Disponible en: www.latinobarometro.org. Resultado con base en la pregunta: «¿Diría usted que se puede confiar en la mayoría de las personas o que uno nunca es lo suficientemente cuidadoso en el trato con los demás?». Margen de error +/- 3%.

³ www ITAM. (2005). Encuesta nacional sobre filantropía y sociedad civil. Disponible en: www.filantropia.itam.mx/enafi/enafi.html Resultado con base en la pregunta «¿Cree usted que se puede confiar o no en la mayoría de las personas?». 15%: se puede confiar en la mayoría de las personas (margen de error +/- 3.5%). SEGOB. (2005). Encuesta nacional sobre cultura política y prácticas ciudadanas. Disponible en: www.segob.gob.mx/encup Resultado con base en la pregunta «Qué tanto puede confiar en las demás personas» 16%: se puede confiar mucho (margen de error +/- 1.4%).

total de 163 países, con una calificación de 3.3 en una escala de 0 a 10. De acuerdo a este índice, la percepción de la sociedad sobre la falta de transparencia del gobierno no había mejorado durante los últimos diez años. Esto daba cuenta de la necesidad de incrementar decididamente las medidas anticorrupción para revertir con hechos esta imagen negativa y superar en 2012, al menos, el valor medio de esta escala. La impunidad, la corrupción y la violación de los derechos humanos son prácticas lesivas que no sólo merman el Estado de Derecho, sino que han impedido que la legalidad sea un verdadero instrumento para que nuestro país avance en materia de equidad social, justicia, seguridad y progreso económico.

Se requería y se requiere cohesión en los esfuerzos y persistencia en las acciones para revertir estas tendencias nocivas, así como la articulación de las medidas y reformas necesarias para garantizar la plena probidad en el ejercicio del poder y el apego a la legalidad en los ciudadanos.

Por otro lado, era necesario que el sistema jurídico respondiera a las realidades sociales, económicas y políticas del país. En particular, se requería fortalecer la persecución del delito y la impartición de justicia, brindando al Poder Judicial mejores elementos para hacer más eficiente su labor, al introducir factores de equilibrio entre los poderes de la Unión y cerrar definitivamente espacios a la discrecionalidad.

El sistema de procuración e impartición de justicia se había ido modernizando a través de los años, principalmente en lo referente a la independencia del Poder Judicial. Permanecían, sin embargo, graves rezagos que limitaban la eficacia con que se desempeñaban, y que se traducían en una mayor desconfianza de los ciudadanos frente a las instituciones encargadas de protegerlos.

La percepción de la población a la respuesta de la autoridad ante la denuncia de delitos del fuero común se ha deteriorado a través del tiempo. La Encuesta Nacional Sobre Inseguridad Urbana⁴ señalaba que una de cada cinco víctimas denuncia el delito. Asimismo, revelaba que la no denuncia ocurre principalmente por la baja eficacia que percibía la población del sistema de justicia.

⁴ Wwww. Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad. (2006). Encuesta Nacional sobre Seguridad Urbana. Disponible en: www.icesi.org, Información levantada en el 2005 y publicada en el 2006.

De acuerdo con un estudio especializado, las procuradurías de justicia en México se encuentran entre las instituciones de menor prestigio ante los ciudadanos, lo cual está relacionado con las cifras de efectividad: de cada 100 averiguaciones previas que se levantan, sólo en 23 se concluyen las investigaciones; de éstas 23, menos de 12 se consignan ante un juez, y sólo en 3 de estos casos se dicta sentencia⁵.

Todo esto se reflejaba en el incremento de los niveles de impunidad y de inseguridad, así como en la disminución de los niveles de confianza del ciudadano, que ante la comisión de un delito que afecte a su integridad, asume que el responsable no será sancionado por la autoridad.

Otro aspecto destacable con respecto al problema del marco jurídico era el relativo al Sistema Penitenciario Federal. La ausencia de un marco constitucional y legal adecuado se manifestaba en muchos casos en el abuso de la prisión preventiva de reos en proceso de sentencia, así como la ausencia de métodos y procedimientos legales para operar eficazmente un sistema retributivo de penas. En los centros penitenciarios del país hay un número importante de internos cuyos casos todavía están en proceso.

Las consecuencias de este problema son un sistema carcelario que en muchos casos, lejos de ofrecer un espacio de detención digno y respetuoso de los derechos humanos, son lugares de corrupción e incluso centros de operación del crimen organizado.

El narcotráfico es una de las manifestaciones más lesivas de la delincuencia organizada, no sólo por los altos niveles de violencia que implica, sino también por la amenaza que representa a la salud física, emocional y moral de un importante número de mexicanos. De acuerdo con la última Encuesta Nacional de Adicciones⁶, del total de la población del país entre los 12 y 65 años de edad, el 5.03% ha consumido drogas alguna vez en su vida, lo que equivale a más de tres y medio millones de personas.

⁵ G. ZEPEDA LECUONA, *Ineficiencia al servicio de la impunidad: las organizaciones de procuración de justicia en México*, en J. BAILEY Y J. CHABAT (comps), *Crimen transnacional y seguridad pública: desafíos para México y EUA*, México, 2003.

⁶ Www.Consejo Nacional contra las Adicciones. (2002). Encuesta Nacional de Adicciones. Disponible en: http://www.conadic.gob.mx/interior/descargas/investigacion_y_estadistica/observ_mex/obs2003_II.pdf.

Es probable que dicho número subestime la magnitud de la población que se ha visto afectada por este problema, sobre todo considerando las acciones de los narcotraficantes en colonias, parques y escuelas para inducir a más niños, jóvenes y adultos al consumo de las drogas. El número de adictos a alguna droga o al alcohol en el país se ha incrementado dramáticamente en los últimos años. Nadie duda del gran daño y deterioro social que genera no sólo el tráfico, sino también el consumo de drogas en México.

Junto a los altos niveles de violencia y fragmentación social que genera, el narcotráfico es una industria de alto valor económico. Ello simplemente convierte a la producción y distribución de narcóticos en un negocio muy rentable para quienes están involucrados.

Una modalidad reciente para la comercialización de drogas es el narcomenudeo. Este método implica atomizar los puntos de venta y el contacto directo con los consumidores. El narcotráfico busca diversificar los canales de distribución y ampliar el número potencial de adictos, además de invadir espacios públicos como escuelas, parques y lugares de recreo.

La desarticulación de bandas dedicadas al narcotráfico muestra un incremento importante en años recientes, según la información proporcionada por la Procuraduría General de la República. Este proceso se debe a la labor de inteligencia que se desarrolla en la PGR y otras instancias encargadas del combate al narcotráfico, al intercambio de información con las distintas policías del país y del mundo, así como a la elaboración de currículas criminales, lo que ha facilitado el reconocimiento de los delinquentes.

La información especializada en la materia no fluye con la facilidad que debería entre las instituciones que la requieren. Actualmente los diversos sistemas y bases de datos que conforman el Sistema Único de Información Criminal del Sistema Nacional de Seguridad Pública carecen de interconexión y de metodologías para el uso y explotación de la información necesaria para hacer frente al problema de la inseguridad. Eliminar duplicidades e ineficacias en el tema es una prioridad para el objetivo de garantizar la seguridad.

La modernización de los instrumentos con los que se cuenta para hacer efectivo el respeto a la ley y a los derechos de víctimas y delinquentes se tornaba impostergable.

3. — Durante los primeros años de la presente década hubo varios intentos por transformar el sistema de seguridad pública y de justicia penal en México, de un modelo de corte mixto – inquisitivo con sesgos de acusatorio – a uno de corte acusatorio y adversarial. De ellos destacan las iniciativas y propuestas presentadas por:

1. El entonces titular del Ejecutivo Federal, Vicente Fox Quezada, en marzo de 2004 presentó diversas iniciativas que proponía la modificación de los siguientes ordenamientos, en materia de seguridad pública y justicia penal:

- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales
- Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales
- Ley General de Justicia Penal para Adolescentes
- Ley de la Fiscalía General de la Federación Ley Orgánica de la Policía Federal
- Ley de Seguridad Pública Reglamentaria de los Párrafos Séptimo y Octavo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
- Ley Federal de la Defensoría Pública
- Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional
- Código Penal Federal
- Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución
- Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución

Los objetivos torales de la propuesta eran⁷:

Combatir eficazmente la delincuencia, tenemos que fortalecer sustancialmente a los cuerpos policíacos, para lo cual se propuso:

- I. Crear la Policía Federal: que fusione a la Agencia Federal de Investigaciones (AFI) y a la Policía Federal Preventiva (PFP).
- II. Darle facultades para investigar a las policías federal, estatales y municipales, bajo las directrices que determinen los fiscales (antes Ministerio Público) y se elimina el mando orgánico del Ministerio Público sobre la policía (en ningún otro país existe esa dependencia).
- III. Transformar a la Procuraduría General de la República en Fiscalía General de la Federación, que dirija y supervise la investigación de la policía y acuse ante

⁷[Http://seguridadyjusticia.fox.presidencia.gob.mx/index](http://seguridadyjusticia.fox.presidencia.gob.mx/index).

los tribunales. Los fiscales conservan la dirección jurídica de la investigación y el proceso.

- IV. Integrar un Sistema Policiaco Nacional que contemple la creación del currículo policiaco nacional y el sistema de carrera policial, mediante la estandarización de la profesionalización y equipamiento de los cuerpos policiacos. Además integrar un sistema de inteligencia policiaca, fusionando inteligencia criminal con inteligencia para prevención.
- V. Crear el Juez de Ejecución de Sanciones, para dar garantías jurisdiccionales a la solución de conflictos y vigilancia de la ejecución de las sanciones.

Proteger los derechos humanos transformando el sistema procesal penal de un sistema escrito a uno oral, proponiendo:

- I. Cambiar el actual sistema semi-inquisitivo escrito al sistema acusatorio, adversarial y oral. Esto fortalecerá los principios del debido proceso tanto para la víctima como para el imputado, traduciéndose en más transparencia, equidad entre las partes, inmediatez y publicidad.
- II. Introducir expresamente la presunción de inocencia en el texto constitucional.
- III. Elevar la calidad de la defensa eliminando la posibilidad de que un imputado pueda ser representado por una persona que no sea licenciado en Derecho; para ello se elimina la figura de persona de confianza.
- IV. Garantizar que todas las declaraciones del imputado deberán ser ante el juez y en presencia de su defensor.
- V. Crear salidas alternativas al juicio penal.
- VI. Establecer el proceso abreviado (cuando hay acuerdo entre la defensa y la fiscalía, acerca de la imposición de la pena).
- VII. Crear un sistema penal judicial para los adolescentes. Se le otorgan garantías del debido proceso a los adolescentes, y se cumplen los compromisos internacionales.
- VIII. Crear la figura de un Juez que controle el proceso entre las partes previo al juicio, para garantizar el debido proceso y el equilibrio entre las partes.

2. El Diputado Federal Miguel Ángel García-Domínguez, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática presentó en la sesión ordinaria del Pleno de la Cámara de Diputados el dos de septiembre de dos mil cuatro, iniciativa en la cual proponía la modificación a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para crear el sistema acusatorio en el país.

3. El PRD por conducto del entonces Senador René Arce Islas;

4. El Partido Convergencia retomando el proyecto elaborado por el entonces Secretario de Seguridad Pública doctor Alejandro Gertz Manero.

5. La Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso.

La composición diversa y plural del Congreso de la Unión, integrado por fracciones parlamentarias de partidos políticos con ideologías distintas, inclusive contrapuestas, dificultó la discusión y aprobación de las iniciativas citadas, de tal forma que no se tuvo el consenso suficiente para aprobar una reforma tan importante.

Ya en la siguiente legislatura, que inició el primero de septiembre de dos mil seis, se presentaron diversas iniciativas en la misma materia. Las cuales son:

1. El 29 de septiembre de 2006, el diputado Jesús de León Tello, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, presentó la iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. El 19 de diciembre de 2006, los diputados César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, de los Grupos Parlamentarios de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Verde Ecologista de México, respectivamente, presentaron la iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
3. El 6 de marzo de 2007, el diputado César Camacho Quiroz, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó la iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
4. El 29 de marzo de 2007, el diputado César Camacho Quiroz, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó la iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
5. En diversas fechas los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido, del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentaron diversas iniciativas para modificar varios artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6. Así también, el Presidente Felipe Calderón Hinojosa presentó en el Senado de la República distintas iniciativas para modificar la Constitución Federal y diversas leyes reglamentarias relacionadas con el tema que principalmente otorgaban herramientas a las policías y autoridades ministeriales para la persecución efectiva de los delitos y de un eficaz sistema de seguridad pública.

El Congreso de la Unión analizó y debatió las diversas iniciativas y organizó distintos foros donde participaron estudiosos y profesionales de la seguridad y la justicia. Participaron también integrantes del Poder Judicial que aportaron sus opiniones y experiencias en relación con su propia reforma.

La reforma fue aprobada por una amplia mayoría de Diputados, Senadores y Congresos locales y finalmente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de junio e inicia su vigencia al día siguiente, salvo excepciones y con un plazo para la implementación de hasta ocho años en las disposiciones que inciden el modelo acusatorio.

4. — A. Justificación de la Reforma. La reforma, tiene por objetivo el transformar radicalmente la manera en que se realizan los procedimientos penales en nuestro país, para hacerlos más justos, más eficaces, más transparentes y más rápidos. Esto a través de la adopción en nuestro país del denominado «Sistema Penal Acusatorio Adversarial».

El sistema parte del principio de presunción de inocencia y de que el órgano público de acusación debe probar en el juicio que el acusado es responsable penal del delito acreditado en el proceso, bajo reglas procesales que imponen completa igualdad entre el Ministerio Público y la Defensa, por tanto, respecto al actual sistema que tenemos, contempla mayores derechos para que los imputados puedan defenderse contra acusaciones injustas y hacer respetar su inocencia y su libertad, a lo cual se suma el derecho de la víctima de obtener efectiva justicia y que se le repare el daño ocasionado.

Es una reforma que pretende equilibrar la existencia de un Estado fuerte que investiga y sanciona los delitos para lograr la confianza y la tranquilidad de los habitantes del país, con la necesidad de respetar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Además, la reforma contempla el delicado tema de la seguridad pública para tratar de homologar los diversos ordenamientos y prácticas que rigen este tema y establecer un frente por parte de los tres órdenes de gobierno para la prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos.

B. Contenido general La reforma constitucional puede dividirse en dos ejes principales. El primero en materia de seguridad pública y el segundo el rediseño del procedimiento penal en México, tanto en el ámbito federal como local.

El eje de seguridad pública comprende, entre otros rubros, precisar el contenido de dicha función, la cual consiste en la prevención (general y especial), investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas. Asimismo se establece que las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil disciplinado y profesional, y mandata que el Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deben de coordinarse para cumplir los objetivos y conformar el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Las bases mínimas de dicho Sistema consisten en la regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública, con lo que será posible homologar en el ámbito federal y de las entidades federativas y municipios dichos rubros, en aras de contar con cuerpos policíacos homogéneos y eficientes.

Prevé que en el Sistema Nacional se deben establecer bases de datos criminalísticos y de personal de las instituciones de seguridad pública, al tiempo que se prohíbe el ingreso a las instituciones de seguridad pública a aquellas personas que no hayan sido debidamente certificadas y registradas en el sistema.

Otras bases adicionales del sistema son la formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos, y la participación de la comunidad para que coadyuve con la evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública y se etiquetan los fondos de ayuda federal para la seguridad pública a fin de que las entidades federativas y los municipios los destinen exclusivamente a dichos fines.

La reforma constitucional permite a la Federación y las entidades federativas determinar la organización interna de sus policías, con lo que será factible que se unifiquen las corporaciones actuales preventivas y de investigación, para conformar una misma institución, sin que el Ministerio Público pierda el mando de la actuación policial en la indagatoria penal.

A efecto de mejorar la situación laboral de los agentes del ministerio público, policías y peritos, la reforma establece el mandato para las autoridades de los tres órdenes de gobierno para instrumentar sistemas complementarios de seguridad social para dichos servidores públicos, sus familias y dependientes económicos, pero también les impone la obligación de profesionalizarse y acreditar sus aptitudes y habilidades laborales mediante la certificación laboral, que incluye evaluaciones periódicas de control de confianza, de manera que aquéllos que no tengan el perfil o cumplan los requisitos de permanencia podrán darse de baja con la única obligación para el Estado, si es que en los tribunales ganan los inconformes el juicio respectivo, de indemnizarlos, pero no de reincorporarlos al servicio, lo que pretende lograr la verdadera depuración de las instituciones de seguridad pública.

En el eje del proceso penal, se rediseñó el mismo a la luz de los principios de oralidad, intermediación, contradicción, concentración, continuidad y publicidad, de tal suerte que con la entrada en vigor de dichas reformas todos los procesos penales deberán de tramitarse en audiencias a las que verdaderamente tendrá acceso el público, mismas que se desarrollarán de forma oral a fin de que las partes puedan controvertir sus dichos entre sí en presencia del juez, quien deberá de emitir sentencia sólo atendiendo a las pruebas desahogadas en la audiencia y no a las recabadas en la averiguación previa, nunca ante juez, como ahora acontece.

Al sistematizar un poco más la reforma, se puede resumir en cinco temas que son:

- A. La Seguridad Pública.
- B. El combate a la Delincuencia Organizada.
- C. La extinción de domino.
- D. El sistema de Reinserción social.
- E. El nuevo sistema de justicia penal, entendiéndose que se refiere al sistema acusatorio.

C. Seguridad Pública. Para fortalecer las políticas de prevención de los delitos y para elevar la capacidad de investigación y persecución de los mismos, y así estar a la altura de las nuevas facultades constitucionales, se crea un nuevo Sistema Nacional de Seguridad Pública con mayores facultades que las que el vigente desde 1995 tiene. Con dicho Sistema se pretende regular la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los miembros de las instituciones de seguridad pública.

Se busca, una real y efectiva coordinación de los órdenes de gobierno y entre las autoridades del mismo fuero, para cumplir los objetivos de la seguridad pública, al tiempo que se busca profesionalizar y dignificar a todos los integrantes de las instituciones de seguridad pública a nivel nacional, ya que, para hacer frente a la delincuencia, se necesita de personal eficiente, profesional y comprometido con la sociedad a la que sirve. No podremos aspirar a una sociedad más segura y más justa mientras dos de los elementos del sistema de justicia – las policías y el Ministerio Público – estén olvidados.

Se plantea un sistema integral que comprende los puntos básicos para homogeneizar los 33 sistemas de seguridad existentes. Por lo que, tanto las entidades federativas como la Federación participarán en el desarrollo del Sistema y no sólo en su ejecución, consecuentemente es federalista y democrático.

Los países desarrollados tienen un rasgo en común: sus cuerpos de seguridad pública están bien pagados y bien capacitados. Quienes los integran se sienten orgullosos de pertenecer a ellos. Hacia esa meta debemos aspirar.

Por primera vez, se eleva a rango constitucional la prevención del delito, al establecer que esta es una función que corresponde a la Federación, los Estados y Municipios, que tendrán la obligación de generar políticas públicas al respecto con el apoyo de la comunidad, la cual deberá evaluarlas. Para fortalecer esta tarea, la Carta Magna ordena el establecimiento de base de datos criminalísticos y de personal que conforman las instituciones de seguridad pública, que contribuyen a esta labor de prevención.

D. El combate a la Delincuencia Organizada. Concepto de Delincuencia Organizada: En el artículo 16 constitucional, se introduce una

definición de delincuencia organizada, que en esencia se ajusta a la prevista en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), pero restringe algunos supuestos que estaban vigentes antes de la reforma, como la denominada «conspiración», de manera que no puede sancionarse sólo por acordar la realización de la conducta típica, se requiere al menos un principio de ejecución. La nueva definición viene a enmarcar el ámbito de aplicación de las limitaciones a las garantías individuales que contempla nuestra Constitución en el combate a la delincuencia organizada, de manera que sólo dentro de ese marco, puedan aplicarse las herramientas excepcionales autorizadas por el legislador, y no se desborde, como venía sucediendo, su aplicación, en ocasiones de manera cuestionable.

Federalización de la Delincuencia organizada: Actualmente, la materia de delincuencia organizada es coexistente entre la federación y el orden local, hasta en tanto el Congreso de la Unión, ejerza la facultad que le confiere la fracción XXI del artículo 73 constitucional, acorde con el artículo séptimo transitorio del decreto de reforma, en donde esta materia se confiere en exclusiva de carácter Federal, y las entidades federativas y el Distrito Federal, no serán competentes para conocer de la misma, pero deberán auxiliar a la autoridad federal en los términos que establezca la legislación aplicable.

La restricción de la legislación local en delincuencia organizada se debió a los abusos y excesos que a nivel local se vienen dando, ya que en el país existen actualmente cuatro legislaciones locales contra el crimen organizado, como es el caso del Distrito Federal, Baja California, Jalisco y Morelos, y en la mayoría de las restantes entidades, la figura de la delincuencia organizada está contemplada en sus ordenamientos procesales penales. Del análisis a todos estos ordenamientos, se concluyó que dentro de los delitos que comprendían la delincuencia organizada, se incluían delitos que no tienen esa naturaleza siquiera por la legislación Federal, como es el caso de los ilícitos penales de lesiones o fraude. Por lo que el Constituyente Permanente llegó a la conclusión de que si la Constitución fijaba restricciones a las garantías individuales a los miembros de estos grupos, esta materia debía ser federal, para que el orden local no incurriera en más abusos con estos nuevos cambios y restringiera garantías arbitrariamente.

Excepciones a las garantías individuales a los miembros de la Delincuencia Organizada. La crítica a estas excepciones estriba en que afectan los derechos humanos y que no deberían estar contenidas en la Constitución, sino en todo caso en los ordenamientos legales. La lógica de incluirlas fue que todas las excepciones a las garantías individuales, deben estar previstas en la misma Constitución, acorde con su artículo 1. Las excepciones consisten en:

- I. El arraigo hasta por ochenta días, cumpliendo ciertos requisitos.
- II. Centros especiales para la prisión preventiva y ejecución de sentencias.
- III. Prohibición de cambio de prisiones.
- IV. Restricción de comunicaciones en estos centros, excepto con su defensor.
- V. Imposición de medidas especiales de vigilancia y seguridad en los centros.
- VI. Excepciones a los principios del sistema acusatorio (sin embargo, estas excepciones todavía no entran en vigor, como se explicará más adelante).

Respecto a las citadas excepciones, cabe hacer las siguientes precisiones:

- La reforma no tiene por objeto ampliar el número de personas que ingresan a prisiones de alta seguridad, ni castigar de esa manera a la disidencia social, sino, por el contrario, restringir su aplicación a casos justificados, como en delincuencia organizada, ya que, aún en prisión, el crimen tiende a crear un sistema de corrupción favorable a sus intereses, mantiene comunicación con el exterior para continuar las actividades delictivas, etc.

- La reforma sólo tiene como propósito que los internos no mantengan contacto con las personas que también forman parte de la organización criminal o que colaboran con ella. Además, la propia reforma establece salvaguardas para los inculpados, toda vez que no podrá restringirse el contacto con el abogado defensor.

- La complejidad para proteger los medios de prueba de las organizaciones criminales que con todo su poder ilícito buscan su desaparición, hace indispensable la existencia de reglas que permitan, en los casos que la ley prevea, valorar como prueba en juicio algunas actuaciones o informaciones recabadas en la investigación preliminar.

El arraigo se justifica porque los miembros de las organizaciones criminales realizan sus actividades en la clandestinidad y se mueven constantemente, por lo que es muy difícil conocer su ubicación. Cuando se les localiza, la autoridad podría no contar en ese momento con elementos suficientes para someterlos a juicio, ya que no basta hacer probable que el sujeto ha participado en delitos de la delincuencia organizada, sino también que existe esa empresa delictiva, lo cual es muy complejo, por lo que es muy útil ejecutar el arraigo por unos días, para evitar su evasión, mientras se obtiene una orden de aprehensión.

El actual es hasta por 90 días en una sola autorización y basta acreditar que contra esa persona se prepara la acción penal por ese delito, con la reforma sólo procederá cuando sea estrictamente necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, y señala los términos y condiciones de su ejecución, considerando la petición del MP. El plazo máximo del arraigo es de 40 días, pudiendo extenderse hasta por otros 40 días si subsisten las razones que le dieron origen.

Cabe precisar, que el arraigo no es violatorio de derechos humanos incluso las Naciones Unidas en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en sus numerales 2, 4, 9, 11 y 36, faculta la detención de una persona cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención, siempre que la instruya la autoridad judicial o administrativa competente, quien puede estar facultada para prorrogar la detención por causa justificada.

E. Extinción de dominio. Constituye una de las figuras más novedosas con vigencia inmediata, pero que requiere de una Ley Reglamentaria, comprendida dentro del artículo 22 Constitucional. Con esta herramienta se busca que los bienes de procedencia o uso ilícito y que estén vinculados o relacionados con delitos de delincuencia organizada, secuestro, drogas, robo de vehículos o trata de personas, sean aplicados a favor del Estado a través de un procedimiento *ad hoc*, con la finalidad de enfrentar

de manera sistemática y eficaz a la delincuencia, afectando directamente a la economía del crimen, reduciendo sus ganancias, atacando frontalmente los factores que causan, propician o promueven las conductas delictivas, como es la ambición, la codicia.

La confiscación de bienes, constituye una de las penas prohibidas por nuestra Constitución en su artículo 22, sin embargo, se prevén cuatro excepciones que no se pueden considerar como confiscación, entre ellas, la extinción de dominio.

La extinción de dominio es una figura inspirada en la experiencia positiva de otros países, como el caso de Colombia, en donde el problema del índice de delincuencia era muy alto, y se demostró su efectividad.

Su incorporación, es acorde con los instrumentos internacionales ratificados por México en materia de Delincuencia, entre los principales se encuentran, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional (Convención de Palermo), la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida).

Antes de la reforma, para poder realizar el decomiso de bienes que estuvieran relacionados o vinculados directamente con algún delito, era necesario, en primer lugar asegurarlos, y en segundo lugar, esperar a la declaratoria de responsabilidad penal plena de una o de varias personas, en sentencia condenatoria firme, además de que se probara la relación directa de los procesados con los bienes, situación que impedía disponer de los activos, incluso durante años.

De acuerdo a lo previsto por el Constituyente Permanente, se visualiza que el procedimiento de Extinción de Dominio, deberá ser de orden público y de interés social. La acción tendrá por objeto la declaración judicial de inexistencia de derechos sobre bienes producto del delito, o la pérdida de derechos sobre bienes que sean instrumento u objeto del delito, o sobre aquellos que siendo lícitos se aplican a mezclar u ocultar bienes ilícitos. Su efecto consistirá en que los bienes se apliquen a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de ninguna especie para su dueño, ni para quien se ostente o se comporte como tal.

Se deberá entender que se ostenta o se comporta como dueño la persona que tenga la posesión de los bienes, tenga poder material de de-

cisión sobre el uso, destino o disposición de los bienes, o exista fama pública de que el bien le pertenece, aunque los bienes estén a nombre de una tercera persona.

La norma deberá proteger los derechos adquiridos de manera lícita, es decir, aquellos que se adquirieron por los cauces permitidos en la Constitución o la legislación secundaria; sin embargo, esta protección no puede abarcar a quienes por medios ilícitos adquirieron el dominio. En este sentido, el aparente derecho de propiedad adquirido, por medios ilícitos, no se debe reconocer y por lo tanto no debe generar el amparo de la norma; de manera que cuando el dominio ejercido se encuentra afectado en su origen, no se consolida y por lo tanto el Estado puede «extinguirlo».

Desde luego que se deberá respetar la garantía de audiencia de cualquier persona que se considere afectada, ya que en la misma Constitución se prevé que pueda interponer recursos con el fin de demostrar la procedencia lícita de los bienes, su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de los mismos.

Este procedimiento será autónomo al de materia penal, buscando con ello la celeridad en el mismo para poder impactar sobre la delincuencia. Por tal motivo, cualquiera que sea la resolución que se adopte en el procedimiento penal, y en los juicios de amparo por actos reclamados del mismo, no deberá ser vinculantes respecto de las resoluciones que se adopten en el procedimiento de extinción de dominio.

No obstante, el 29 de mayo de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Extinción de Dominio, la cual contiene algunas acotaciones a la voluntad del constituyente, como vincular la sentencia absolutoria penal, por no acreditarse el cuerpo del delito o hecho ilícito, con la sentencia de extinción de dominio, al hacer prevalecer aquélla sobre ésta, situación que trastoca la voluntad de la Ley suprema y podría generar algún procedimiento constitucional.

A partir de lo expuesto se pueden establecer las siguientes conclusiones de la reforma constitucional:

1. La extinción de dominio es una acción jurisdiccional y real sobre los bienes de origen o uso ilícito.
2. El procedimiento es autónomo y distinto del penal, pues la declaratoria de extinción de dominio no se vincula con la responsabilidad penal.

3. La acción de extinción de dominio, se diferencia del decomiso, en tanto que no es consecuencia de un proceso penal.
4. El juez competente deberá ser especializado en esta materia y sólo en casos menores podría ser un juez de distrito mixto o civil.
5. Su procedencia conlleva la aplicación de bienes a favor del Estado, sin contraprestación.
6. Se deberá respetar el debido proceso legal, otorgando el derecho de audiencia a todo interesado.
7. Esta herramienta fortalecerá la capacidad de la Federación y las entidades federativas para debilitar a las organizaciones delictivas.
8. El Congreso de la Unión emitió la Ley de la materia, restringiendo algunas permisiones constitucionales, con lo que le resta efectividad a la herramienta de lucha contra el crimen.

F. Justicia Penal⁸. Sistema mixto. Aportación de grabaciones entre particulares: respecto a este tema, debe precisarse que la reforma no legaliza la intervención de comunicaciones privadas, sino sólo incluye como garantía de alguno o de ambos de los participantes en comunicaciones privadas, grabarlas y usarlas como prueba, en su beneficio, pero nunca que las realizadas por un tercero, sean aportadas como prueba. La razón por la que se incluye a nivel constitucional esta permisión, es para dar claridad y seguridad jurídica a los habitantes, pues aunque esta forma de prueba ya ha sido validada por los tribunales federales, es necesario que la gente conozca sus derechos y sepa que si graba al secuestrador de su familiar o algún extorsionador, esa grabación podrá usarla en un proceso penal. Sin embargo, existe impedimento para presentar como prueba comunicaciones que por ley están protegidas en su confidencialidad, así como aquéllas que por contrato deben ser confidenciales. La intención es sólo tomar como prueba grabaciones de hechos delictivos.

Arraigo Domiciliario Temporal:

Contemplado en el undécimo transitorio del Decreto de reforma constitucional, en donde se establece que el arraigo únicamente podrá ejecutarse en el domicilio del inculpado (y no en «casas de seguridad» u «hoteles habilitados») y sólo procede cuando se trate de delitos graves, en

⁸ El 23 de enero del 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de varios ordenamientos federales, que regula los aspectos del procedimiento penal no propios del sistema acusatorio, que prevé la reforma constitucional, por lo cual, a la fecha están en vigor.

la medida que se necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Todo esto, mientras entra en vigor el sistema acusatorio.

Definición de Flagrancia:

Al definirse el término de flagrancia en la Constitución, se limita su uso, evitando con ello abusos y arbitrariedades que a nivel Federal y local se cometían. Se suprime el supuesto de flagrancia equiparada contenido en el artículo 193 fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales. Por lo que, en el orden local se tendrá que hacer lo propio. Sin embargo se debe definir los criterios para establecer el término de «inmediato».

Registro de la detención:

Este aviso constituye una garantía constitucional, por lo que se considera que se debe regular los lineamientos, funcionamiento y términos de este registro, en el Código Federal de Procedimientos Penales, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en la Ley de la Policía Federal. El Registro quedará a cargo del Ministerio Público y requiere señalar un plazo máximo para que la policía ponga a disposición el detenido.

Cateos:

Se establece la facultad del Ministerio Público de solicitar ante la autoridad judicial estas órdenes, por lo que se pretende que la solicitud se pueda dar, en casos urgentes, de manera oral, sin perjuicio de que después se motive y fundamente la solicitud.

Facultades de investigación de la Policía:

Una de las principales debilidades del sistema actual son las policías, que debiesen ser la parte fuerte del mismo, no podemos seguir así, debemos profesionalizar a las policías, pero al tiempo, darles las herramientas propias de su labor, las que internacionalmente tiene cualquier policía en un estado democrático de derecho, y entre éstas se requiere potenciar su capacidad de investigación, que hoy es baja y permite altos niveles de impunidad.

Hasta ahora, la investigación de los delitos se encontraba a cargo del Ministerio Público, que tiene bajo su mando a la policía. Esto provocaba problemas de coordinación entre ambos y propiciaba que el Ministerio

Público no atendiera adecuadamente su principal función que es encabezar la persecución de los delitos ante los tribunales.

La policía, por su parte, solía desvincularse de la investigación al no ser directamente responsable de la misma. Esta falta de articulación se ha traducido en que no hay auténticos responsables de recibir datos, reunir evidencias y convertir estos datos en una sentencia acusatoria. En algunos casos extremos, policía y Ministerio Público están peleados.

La reforma contempla que la policía tenga autonomía técnica y funcional al realizar la investigación de los delitos, pero siempre bajo el mando y la conducción jurídica del Ministerio Público. Esto no sólo permite una comunicación más fluida entre una y otro, sino que permitirá una investigación científica, objetiva y profesional.

Acción penal privada:

Quita el monopolio del Ministerio Público de ejercer la acción penal, ya que establece la posibilidad de que un particular pueda ejercerla en determinados casos que señale la ley. El criterio que se debe seguir es para delitos con bien jurídico disponible. También, se debe establecer el procedimiento para que la autoridad judicial pueda resolver este tipo de acción.

Principio de pena proporcional:

Este principio puede tener dos vertientes. Por un lado, implicaría la nueva valoración de las penas establecidas para los delitos contemplados en el Código Penal Federal, leyes especiales y los ordenamientos penales locales. La otra interpretación abarcaría que los jueces tengan la obligación de fundar y motivar la imposición de la pena en sus sentencias.

Sistema acusatorio. *Principios del sistema acusatorio*: El objetivo del proceso penal se define con toda claridad como «el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen».

La audiencia de juicio será continua, aunque pueda durar varios días, hasta que se llegue a la sentencia.

El juicio podrá terminar anticipadamente cuando el acusado reconozca la culpa, esté dispuesto a reparar el daño como lo señale el juez y la víctima esté de acuerdo. A esto se le llama «medidas alternativas de solución de controversias» o «justicia alternativa». Se trata de una tendencia mundial, que cuando se vincula con la verdadera restitución del tejido

social a través de la superación del conflicto entre la víctima y el victimario es conocida como «justicia restaurativa».

Publicidad: Significa que cualquier persona puede ingresar libremente a un tribunal y ver la audiencia de su elección sin tener que dar explicación de ello a nadie, existiendo restricciones vinculadas a la seguridad y el adecuado desarrollo de la audiencia.

Inmediación: El juez directamente preside todas las audiencias (las audiencias preliminares le corresponde al Juez de Control y en la audiencia del Juicio oral al Juez del Conocimiento).

Contradicción: Tanto la defensa como el Ministerio Público tienen garantizado el derecho de intervenir directamente en todas las audiencias del proceso penal.

Continuidad y Concentración: Se refieren a que todos los actos necesarios para desarrollar el juicio se deben realizar en una misma audiencia (concentración) y que el debate no debe ser interrumpido (continuidad).

Derechos a favor del imputado:

Presunción de inocencia

A declarar o a guardar silencio.

A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo.

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención.

La prisión preventiva no podrá exceder en ningún caso de dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Derechos a favor de la víctima u ofendido:

Si consideramos que los más afectados por la comisión de un delito son la víctima u ofendido, la necesidad de fortalecer sus derechos resulta apremiante. Para ello, la reforma, en concordancia a los principios internacionales, les otorga los siguientes derechos:

Aportar pruebas y participar en el proceso, sin el requisito indispensable de la intermediación del Ministerio Público.

Solicitar directamente la reparación del daño, sin menoscabo de que el Ministerio Público haga lo propio.

Impugnar ante un juez las resoluciones y omisiones del Ministerio Público, permitiendo que en la legislación secundaria se prevea un procedimiento ágil, para que la autoridad judicial vigile que la investigación se desarrolle con puntualidad, certidumbre y eficacia.

Solicitar medidas de prevención y providencias, no sólo para su protección sino, también, para la restitución de sus derechos. Lo anterior permitiría tomar una acción expedita por parte de la autoridad para proteger los derechos de las víctimas u ofendidos, sin necesidad de esperar el final del juicio.

Ejercer la acción penal de manera directa ante el juez, en los casos excepcionales que señale la ley.

Juez de control:

Con la reforma se crea una nueva figura que es un juez denominado de control. Su actuación se llevará a cabo dentro de la etapa que conocemos como averiguación previa, y su función será asegurarse de que no se vulneren los derechos de las personas que intervienen en el procedimiento penal, ya sean víctimas, testigos o inculpados.

Estos jueces se encargarán de autorizar, en forma inmediata, a solicitud del Ministerio Público, medidas que puedan restringir o privar los derechos de la persona con motivo de la investigación. La comunicación entre el Ministerio Público y el juez de control podrá realizarse por cualquier medio, como teléfono o correo electrónico, entre otros. Esto dará rapidez y eficacia a las medidas que se adopten.

De todas estas solicitudes y comunicaciones entre el Ministerio Público y el Juez, la Constitución establece que deberá existir un registro fehaciente.

Mecanismos alternativos de solución de controversias:

Actualmente la justicia penal llega a ser una pesadilla para aquellos

que han sido víctimas de un delito. En el caso de un choque de autos, por ejemplo, a los involucrados no les interesa acudir ante el Ministerio Público y después iniciar un juicio, sino que se les paguen sus daños a la brevedad.

Para resolver asuntos como el anterior y muchos otros, se han incorporado a nivel constitucional, los mecanismos alternativos de resolución de controversias, como la negociación, la mediación o la conciliación.

Además de permitir una rápida reparación del daño o indemnización a las víctimas, mediante estos mecanismos se evitará que un buen número de asuntos llegue a las oficinas de los agentes del Ministerio Público y a los juzgados. Así, los responsables de procurar e impartir justicia podrán dedicar más tiempo y atención a los asuntos más graves, como homicidios y secuestros.

Para consolidar un sistema de juicios orales, como el que ahora se aprobó, éste debe ser el paso previo. Así lo demuestra la experiencia de algunos países, donde los sistemas acusatorios – que incluyen el apego a los principios de publicidad, inmediatéz, concentración, oralidad y contradicción – cobran, cada día, mayor importancia.

G. Beneficios de la reforma:

- a) Reducir la impunidad: Se sientan bases para que el Ministerio Público y la policía investiguen el delito de manera eficaz, expedita y profesional.
- b) Evitar la arbitrariedad: En la investigación de los delitos se respetarán los derechos de libertad y defensa adecuada de los acusados, pues se crean jueces de control que revisarán la actuación del Ministerio Público.
- c) Agilizar y transparentar los procesos penales: Las audiencias de los juicios deben ser orales y públicas, en las que se desahoguen las pruebas en forma continua, sin interrupciones.
- d) Elevar el nivel del servicio de policía: Se crea un nuevo Sistema Nacional de Seguridad Pública que contará con recursos y atribuciones para implementar estándares de calidad en la capacitación de las policías.
- e) Despresurizar el sistema de justicia: Que se apliquen medios alternativos de solución para que no todos los asuntos penales tengan que terminar con la imposición de una pena de prisión.
- f) Mejorar el sistema penitenciario: El control de la ejecución de las penas queda a cargo de los jueces y no del Poder Ejecutivo.
- g) Atender al menos 16 recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones

Unidas en materia de Derechos Humanos formuladas a México en el 2003 y del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados.

- h) Ampliar los derechos de las víctimas del delito, conforme lo prescribe la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de la ONU, adoptada en 1985.
- i) Armonizar nuestro derecho interno con las disposiciones en la materia de las Convenciones de las Naciones Unidas en materia de combate a los estupeficientes y psicotrópicos (Viena), contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo) y contra la Corrupción (Mérida).

5. — Es oportuno mencionar que la entrada en vigor de la reforma se divide en tres grandes etapas. La inmediata que concentra diversos tópicos como son la figura de extinción de dominio y el control de detenciones.

A mediano plazo, por ejemplo, lo relativo al Sistema Nacional de Seguridad Pública, en virtud de que el Congreso de la Unión tuvo seis meses para expedir la Ley respectiva a partir de la publicación del Decreto⁹, y las entidades federativas las leyes correspondientes en un año.

La última etapa es la del nuevo proceso penal, ya que la reforma constitucional dio un plazo hasta de ocho años para hacer las adecuaciones legales necesarias. Esto se debe a que el cambio impacta a los 34 sistemas de justicia penal que hay en el país, y no se limita al cambio de leyes, sino que es un cambio cultural que requiere desde la capacitación de quienes harán los cambios legales hasta de los actuales operadores del sistema de justicia, que tendrán que aplicar un nuevo modelo, y desde luego los cambios materiales, todo lo cual hace necesaria una delicada planeación y presupuestación, para una implementación exitosa.

6. — El artículo segundo transitorio del Decreto citado por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de seguridad y justicia, ordena que la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modifica-

⁹ Lo cual se hizo efectivo al publicarse el 2 de enero de 2009 en el Diario Oficial la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, ahora en vigor, y ya han comenzado las entidades federativas a emitir sus leyes locales respectivas.

ciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio; y que una vez que se publiquen esos ordenamientos legales, los poderes u órganos legislativos competentes deberán emitir una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra la Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales¹⁰.

El artículo noveno transitorio del mismo Decreto establece que se creará una instancia de coordinación integrada por representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales, la cual contará con una Secretaría Técnica, que coadyuvará y apoyará a las autoridades locales y federales, cuando así se lo soliciten.

En cumplimiento a ese dispositivo transitorio, el trece de octubre de dos mil ocho se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal como instancia de coordinación, que llevará a cabo la coordinación nacional para implementar la reforma constitucional, con absoluto respeto a la soberanía de las entidades federativas, la autonomía municipal, así como de las atribuciones de las instituciones y autoridades que intervengan en dicha implementación.

Señala el Decreto que el Consejo de Coordinación diseñará y realizará estrategias encaminadas a la materialización de la multicitada reforma, con el propósito de que su operación y funcionamiento sean integrales, congruentes y eficaces, en todo el país, respetando los principios establecidos en la reforma constitucional.

Asimismo, establece que la instancia de Coordinación contará con una Secretaría Técnica, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, para ejecutar los acuerdos y demás determinaciones del Consejo, así como apoyar y coadyuvar con las autorida-

¹⁰ Ya hay estados como Chihuahua y Baja California que han realizado su declaratoria de alineación constitucional.

des federales y locales cuando así se lo soliciten, con absoluto respeto a las atribuciones y soberanía de dichas autoridades, para el diseño de reformas legales, cambios organizacionales, construcción y operación de infraestructura, y capacitación para jueces, agentes del Ministerio Público, policías, defensores, peritos y abogados, entre otras acciones que se requieran para la implementación de la reforma mencionada.

De acuerdo con el artículo 13 del Decreto por el que se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, la Secretaría Técnica cuenta, entre otras facultades, con las de auxiliar al Consejo de Coordinación en la elaboración de políticas, programas y mecanismos necesarios para instrumentar en los tres órdenes de gobierno una estrategia nacional para la implementación del Sistema de Justicia Penal; coadyuvar y apoyar a las autoridades locales en la implementación del Sistema de Justicia Penal, cuando así se lo soliciten; analizar, evaluar y dar seguimiento a programas de coordinación; proponer y operar con las instancias correspondientes los proyectos de reformas legales necesarias para la consecución del Sistema de Justicia Penal; coadyuvar ante las instancias correspondientes para la ejecución de los cambios organizacionales, construcción y operación de la infraestructura propuesta por el Consejo de Coordinación; elaborar y apoyar las acciones para la ejecución de los programas de capacitación sobre el Sistema de Justicia Penal dirigidos a jueces, agentes del Ministerio Público, policías, defensores, peritos, abogados, así como a la sociedad en general; realizar programas de difusión sobre el Sistema de Justicia Penal; coordinar la operación y ejecución de los convenios y acuerdos en lo que compete al Consejo de Coordinación; crear Comités y Grupos de Trabajo; realizar estudios especializados sobre asuntos o temas que sean necesarios para el cumplimiento del objeto del Consejo de Coordinación; y suscribir los convenios de colaboración interinstitucional, de cooperación internacional, así como de coordinación con los gobiernos de las entidades federativas.

7. — Según los resultados del estudio *Nuevas Tendencias de las Reformas Procesales Penales en América Latina*¹¹. En algunos países latinoamericanos, aun cuando sean implantado cambios radicales en sus sistemas de justicia penal, que han impactado las formas de organización y las estructuras orgánicas de sus instituciones, así como se han expresado en la expedición de nuevos códigos y leyes en materia penal subsisten problemas en el funcionamiento de sus procesos penales, que tienen como origen la falta de apoyo político económico y principalmente las insuficientes capacidades técnicas y de innovación de los operadores del sistema en relación con los objetivos que se persiguen.

De tal forma que aun y cuando se han invertido en numerosas áreas del sistema penal grandes cantidades de recursos tanto económicos como humanos, existen áreas importantes que no han sufrido las modificaciones que se requieren para erradicar las prácticas que caracterizan a los sistemas inquisitivos.

En este contexto los cambios que se producen en los sistemas de justicia no abarcan ni la totalidad de los aspectos que lo integran ni se efectúan con la constancia y permanencia que se requiere para su consolidación efectiva.

Para solucionar los efectos de la problemática sean creado órganos especializados para la implementación de los cambios de los sistemas de justicia penal, que aportan os apoyos tanto técnicos como económicos suficientes para lograr de manera sistemática y permanente los cambios profundos que se requieren en materia de infraestructura, reformas legales y capacitación, de jueces, agentes del ministerio público, policías, defensores, peritos y abogados.

8. — La aplicación de la reforma constitucional en seguridad y justicia requiere fundamentalmente de tres elementos: 1. Presupuesto, 2. Nuevos Ordenamientos, y 3. Capacitación, para uniformar procedimientos, homologar prácticas y aplicar la ley tanto a nivel federal como local con una misma visión.

¹¹ R. CRISTIAN RIEGO, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006, pp. 15-17. Versión electrónica en: http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/informecomparativo_nuevastendenciasrppp_criego.pdf.

En este sentido, es urgente generar un Programa Nacional para la Implementación de la Reforma, que articule todas las estrategias y acciones necesarias para el éxito del nuevo modelo constitucional, así como la existencia de responsables de la aplicación en los distintos órdenes de gobierno, pero primordialmente en el federal. Sería deseable que si los acuerdos políticos lo permiten, se instalara ya la instancia de coordinación nacional, conformada por los 3 poderes de la Unión, las conferencias de seguridad pública, de procuración y de tribunales de justicia, los académicos y la sociedad civil organizada que fuera quien avalara los proyectos de carácter transversal como la orientación de las reformas legales, los modelos de organización institucional, los esquemas de capacitación, los costos de la reforma por orden de gobierno y por ejercicio fiscal, etc.

En el contexto internacional, se han creado estas instancias de coordinación, siempre lideradas por el Poder Ejecutivo, en razón de que constitucionalmente le corresponde ejecutar, cumplir y hacer cumplir las leyes, y porque es quien tiene la infraestructura para el cumplimiento de un cambio profundo en el servicio público, pero ello no excluye la amplia participación de otros poderes y de los órdenes de gobierno.

La reforma tiene varias etapas para su implementación, la primera comienza al día siguiente de su publicación, ya que entraron en vigor aproximadamente 27 cambios constitucionales de los 70 que abarca en total el Decreto, otros 4 entraron al año, 5 más entrarán a los 3 años y aproximadamente 34 lo harán antes de los 8 años, es decir, del 2016, como se advierte de la siguiente tabla:

70 puntos de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia con los cuales se deben alinear la legislación federal y estatal

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
-------------------------------------	----------------------------

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
1. Definición de flagrancia (suprimir flagrancia equiparada).	Inmediato
2. Registro inmediato de la detención.	Inmediato
3. Solicitud por cualquier medio de expedición de órdenes de cateo.	Inmediato
4. Solicitud por cualquier medio de autorizaciones para intervenir comunicaciones.	Inmediato
5. Grabaciones privadas como medio de prueba (cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas, cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito, salvo las que violen el deber de confidencialidad que prevé la ley).	Inmediato
6. Nuevas formas y reglas de investigación por parte del Ministerio Público y la Policía.	Inmediato
7. Casos en que un particular puede ejercer la acción penal.	Inmediato
8. Arraigo domiciliario con vigencia temporal (entre tanto entra en vigor el sistema acusatorio).	Inmediato

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
9. Arraigo en delincuencia organizada en un plazo de cuarenta días prorrogable sin exceder los ochenta días.	Inmediato
10. Concepto de delincuencia organizada con vigencia temporal (entre tanto entra en vigor la nueva ley de delincuencia organizada).	Inmediato
11. . Los sentenciados de cualquier orden podrán extinguir las penas en establecimientos penitenciarios de una jurisdicción distinta.	Inmediato
12. La delincuencia organizada no podrá compurgar sus penas en el centro domiciliario cercano a su domicilio.	Inmediato
13. Internamiento de procesados y sentenciados por delincuencia organizada en Centros Especiales.	Inmediato
14. Medidas de vigilancia especial, para delincuencia organizada y otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.	Inmediato
15. Medidas especiales de seguridad para internos que las requieran.	Inmediato
16. Restricción de comunicaciones en caso de delincuencia organizada (excepto con su defensor), así como a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.	Inmediato

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
17. Los sentenciados de cualquier orden podrán extinguir las penas en establecimientos penitenciarios de una jurisdicción distinta.	Inmediato
18. La delincuencia organizada no podrá compurgar sus penas en el centro domiciliario cercano a su domicilio.	Inmediato
19. Trabajo a favor de la comunidad (añadir como otro tipo de sanción a los infractores de los reglamentos gubernativos y de policía).	Inmediato
20. Principio de proporcionalidad de la pena.	Inmediato
21. Procedimiento de la extinción de dominio a favor del Estado (recursos, formalidades, plazos, competencia, bienes, etc.).	Inmediato
22. Elevar a rango legal la facultad del presidente municipal de tener el mando de la Policía Preventiva, en términos de la Ley Estatal de Seguridad Pública.	Inmediato
23. Régimen laboral de los peritos en ley propia.	Inmediato
24. Deber de indemnizar, pero no de reinstalar, a quien resulte favorecido por una resolución judicial.	Inmediato

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
25. Fortalecimiento del sistema de seguridad social de los MP, corporaciones policiales y servicios periciales, de sus familias y dependientes.	Inmediato
26. Sistemas complementarios de seguridad social de los MP, corporaciones policiales y servicios periciales.	Inmediato
27. Cambio del término «pena corporal» por «penal privativa de libertad».	Inmediato.
28. Concepto de Seguridad Pública y competencia concurrente.	Seis meses federación un año entidades federativas.
29. Principios de actuación de las instituciones de Seguridad Pública (legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos).	Seis meses federación un año entidades federativas.
30. Bases del sistema nacional de seguridad pública (servicio de carrera, certificación y registro de integrantes, bases de datos criminalísticos y de personal, políticas públicas de prevención o participación ciudadana, así como los fondos de ayuda federal).	Seis meses federación un año entidades federativas
31. Carácter de las instituciones de seguridad pública (civil disciplinado y profesional).	Seis meses para la federación un año para las entidades federativas
32. La imposición de las penas, su modificación y duración por parte de la autoridad judicial. Creación del Juez de Ejecución de Sentencias.	Hasta 3 años.

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
33. . El sistema penitenciario se organizará para lograr la reinserción social y procurar que el sentenciado no vuelva a delinquir (regular los beneficios, así como los medios para lograrlos como la salud y el deporte),	Hasta 3 años.
34. La imposición de las penas, su modificación y duración por parte de la autoridad judicial. Creación del Juez de Ejecución de Sentencias.	Hasta 3 años.
35. Cambio de los términos «sistema penal» por «sistema penitenciario».	Hasta 3 años.
36. Cambio del término «reos» por «sentenciados».	Hasta 3 años.
37. Requisitos para la orden de aprehensión librada por autoridad judicial (datos que establezcan que se cometió ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión).	Hasta 8 años.
38. Regulación de los nuevos Jueces de Control (facultades, requisitos, competencia, etc.).	Hasta 8 años
39. Registro de las comunicaciones entre los Jueces y el Ministerio Público u otras autoridades.	Hasta 8 años
40. Mecanismos alternativos de solución de controversias (supervisión judicial, deben asegurar la reparación del daño).	Hasta 8 años

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
41. Regulación del auto de vinculación a proceso (requisitos, formalidades, plazos, etc.).	Hasta 8 años
42. Regulación de la procedencia y duración de la prisión preventiva (carácter excepcional a petición del MP y casos en los que procede de oficio).	Hasta 8 años
43. Casos de revocación de la libertad de los individuos vinculados a proceso por el juez.	Hasta 8 años
44. Proceso penal acusatorio y oral y sus principios (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación).	Hasta 8 años
45. Excepciones a los principios del sistema acusatorio (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación).	Hasta 8 años
46. Objeto del Proceso penal.	Hasta 8 años
47. Valoración de la prueba (deberá realizarse de manera libre y lógica).	Hasta 8 años
48. Causales de nulidad de la prueba	Hasta 8 años

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
49. Desahogo de pruebas y regulación de la prueba anticipada.	Hasta 8 años
50. Principio de la carga de la prueba correspondiente a la parte acusadora.	Hasta 8 años
51. Terminación anticipada del proceso penal y proceso abreviado.	Hasta 8 años
52. Celebración del juicio ante juez o tribunal que no haya conocido del caso; convicción de la culpabilidad del procesado y obligación de explicar en audiencia pública las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales.	Hasta 8 años
53. Principio de presunción de inocencia (mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa).	Hasta 8 años
54. Regulación de la declaración del imputado, y su derecho a guardar silencio.	Hasta 8 años
55. Información al imputado sobre los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten desde el momento de su detención.	Hasta 8 años
56. Establecer un servicio de defensoría pública de calidad.	Hasta 8 años

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
57. Sistema del servicio profesional de carrera de los defensores públicos.	Hasta 8 años
58. Percepciones de los defensores públicos.	Hasta 8 años
59. Reserva del nombre y datos del acusador en caso de delincuencia organizada.	Hasta 8 años
60. Beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado colaboradores con la autoridad, en caso de delincuencia organizada.	Hasta 8 años
61. Regulación de las actuaciones realizadas en la fase de investigación en Delincuencia Organizada que podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.	Hasta 8 años
62. Acceso a los registros de la investigación por parte del imputado y su defensor, salvo los casos excepcionales previstos en la ley.	Hasta 8 años
63. Derecho de libre elección de Abogado Profesional, o en su caso, defensor público profesional.	Hasta 8 años
64. Derecho de la víctima u ofendido a intervenir en el juicio e interponer los recursos y a que se le reserve su identidad y otros datos personales en casos especiales.	Hasta 8 años

Puntos de la reforma constitucional	Plazo para su modificación
65. Casos en que la víctima u ofendido puede solicitar la reparación del daño.	Hasta 8 años
66. Protección de cualquier sujeto que intervenga en el proceso penal por parte del Ministerio Público.	Hasta 8 años
67. Regulación de las Medidas cautelares (modalidades, requisitos, supervisión, etc.).	Hasta 8 años
68. Derecho de la víctima u ofendido de impugnar ante autoridad judicial diversas actuaciones del MP.	Hasta 8 años
69. Criterios de oportunidad.	Hasta 8 años
70. Suspensión del proceso y de los plazos para la prescripción de la acción penal, por evasión de la justicia o por extradición.	Hasta 8 años

Medidas para la implementación de la reforma

Los once artículos transitorios del decreto de reforma, establecieron una serie de puntos y etapas para la implementación de la reforma, algunos de ellos son de naturaleza «*inmediata*», dado que entran en vigor al día siguiente de su publicación y otros de forma «*mediata*», debido a que su entrada en vigor se al día siguiente de su publicación y otros de forma «*mediata*», debido a que su entrada en vigor se encuentra condicionada a diversos supuestos y al cumplimiento de plazos o prorrogas, como la supresión de cuerpo del delito o el establecimiento de jueces de control por

citar un ejemplo, en los que se señala un término de ocho años para su establecimiento.

Cabe decir, que en algunos estados (como Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca, Morelos, Baja California, Zacatecas, Durango y el Estado de México) la transformación del sistema de justicia no partió de cero, pues operan ya reformas que de alguna manera establecen los juicios orales, o bien sus legislaturas están en proceso de reformar sus códigos procesales (como Hidalgo); sin embargo, existen otros donde la tarea apenas comienza.

9. — Para la debida implementación de todo el contenido de esta reforma, se ha elaborado un proyecto de programa de implementación que incluye tres etapas generales, con sus respectivas etapas. Cabe mencionar que el desarrollo de cada etapa se puede intercalar con la otra.

Diseño y Planificación

Se prevé que se realice en tres años (2009-2011). Se prevén los siguientes puntos:

- A. Levantamiento de información para el funcionamiento del nuevo sistema: Incluye la elaboración de estudios y evaluaciones a sistemas donde se ha adoptado el sistema acusatorio de manera exitosa como el caso de Chile, Colombia y Costa Rica. También, Estudios y evaluaciones a sistemas nacionales donde se ha adoptado el sistema acusatorio como el caso de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Baja California.
- B. Diagnóstico o estado de situación actual: Incluye la elaboración de estudios sobre el estado actual de cada institución y la difusión de los diagnósticos realizados.
- C. Necesidades y metodología a aplicar: Incluye la realización de estudios a cada institución involucrada, para revisar las capacidades y recursos con los que cuenta, para determinar las carencias de las instituciones y la realización de planes de trabajo con una metodología homóloga en sus principios generales para la implementación.
- D. Definición de objetivos de Política pública: Incluye el establecer las necesidades sociales a cubrir con la reforma, el fijar los beneficios sociales y económicos de la reforma, el definir el universo de beneficiarios con la reforma, el señalar el impacto transversal de la reforma en las políticas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo y sus programas sectoriales, el determinar los proyectos específicos para implementar la reforma en atención a las prioridades, el difundir a la población y a sectores específicos la reforma, sus beneficios y la necesidad de apoyo para su debida implementación.

- E. Diseño normativo: Incluye la elaboración de proyectos de legislación, la elaboración de proyectos de normatividad inferior, el seguimiento y conclusión de procesos legislativos y la capacitación jurídica a los involucrados en los sistemas de seguridad y justicia.
- F. Modelos de gestión u operación interna o interinstitucional: Incluye el diseño de nuevos modelos de gestión institucional y la capacitación a los operadores de la reforma sobre los nuevos modelos de gestión.
- G. Sustentabilidad de la reforma: Incluye la elaboración de diagnóstico para conocer el costo total de la reforma, la realización de estudios presupuestarios para ver el beneficio-costos que va a traer la reforma, la gestión de los recursos presupuestales y no presupuestales, la planeación de la asignación de los recursos disponibles, el seguimiento de la asignación y gasto, y la Evaluación del gasto.
- H. Política de difusión: En las tres etapas se prevé una política de difusión. Incluye la difusión de la reforma para conocimiento y para la sensibilización de la sociedad, la difusión de los avances de la implementación y resultados, así como los beneficios con la implementación y la difusión de los obstáculos y resistencias.

Implementación e instalación.

Se prevé que se realice en seis años (2009-2014). Se prevén los siguientes puntos:

- A. Coordinación interinstitucional: Implica la creación de la Instancia constitucional de Coordinación que se definirá en la Ley para la Implementación, la creación de un organismo con autonomía técnica, de la Secretaría de Gobernación que articule las acciones del Ejecutivo Federal y concerte con las entidades federativas y la sociedad civil la implementación del modelo, la creación de otras instancias internas de coordinación, a manera de red nacional, la determinación de los circuitos federales en los que entra en vigor la reforma, la definición del tiempo en que va a entrar en vigor la reforma en las entidades federativas y la concentración de estrategias y acciones conjuntas con los diferentes ordenes de gobierno.
- B. Instalación de infraestructura: Implica la determinación de necesidades, adquisición o remodelación de edificios con las instalaciones y el equipamiento suficiente, la instalación de sistemas tecnológicos que permitan investigaciones científicas y procesos acusatorios y la profesionalización de los operadores de los sistemas de gestión, de bases de datos, informática, etc. para el nuevo sistema.
- C. Procesos de selección: Implica la elaboración de protocolos para la selección del personal de las instituciones, generar opciones para el personal no seleccionado y la implementación de efectivos sistemas de control de confianza y de baja a nivel nacional.

- D. Capacitación: Implica la capacitación y profesionalización de los operadores de las instituciones, la capacitación de los involucrados en los servicios y usuarios de los mismos, la formación de los estudiantes de derecho y posgraduados y la sensibilización de los medios de comunicación, gremios, y Organismos No Gubernamentales.
- E. Política de difusión.

Monitoreo, evaluación y seguimiento.

Se prevé que se realice en ocho años (2009- 2016). Se prevén los siguientes puntos:

- A. Monitoreo, Seguimiento y Evaluación: Implica realizar verificaciones permanentes acerca del funcionamiento del nuevo sistema, la realización de encuestas, sondeos, etc., para evaluar la percepción de los operadores, de los usuarios y del público, la elaboración de informes de gestión por entidad y por etapa federal, así como por año, la creación de estímulos para la implementación ordenada de la reforma a las instituciones que sigan de manera adecuada el modelo de gestión de la instancia de Coordinación para la implementación del nuevo sistema y la previsión de medidas preventivas y correctivas para la mejor implantación de la reforma.
- B. Política de difusión.

Para llevar a cabo todo el programa de Implementación, es necesario llevar a cabo acciones de coordinación, que a manera genérica son:

1. Coordinación entre las dependencias involucradas, los demás poderes de la Unión y la sociedad civil.
2. Coordinación con las autoridades competentes de las entidades federativas y municipios.
3. Auscultación con medios de comunicación, universidades, colegios de abogados y organizaciones especializadas en la materia, para la sugerencia de las políticas públicas.
4. Coordinación con universidades, institutos u organismos internacionales para la elaboración de estudios.
5. Coordinación con autoridades, chilenas, colombianas y costarricenses, para compartir experiencias y para la aceptación de propuestas que provengan de las mismas.
6. Coordinación con los grupos parlamentarios de los partidos políticos para la elaboración de las nuevas legislaciones y las modificaciones a las vigentes, así como modelos de gestión de las instituciones.
7. Coordinación con las legislaturas locales para la modificación o, en su caso, la elaboración de sus legislaciones en sus respectivos ámbitos de competencia.

8. Obtención de recursos para la elaboración de los modelos de gestión, infraestructura, capacitación, difusión, etc.

10. — La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2009 es el cambio más importante, ambicioso y benéfico para la sociedad en esa materia, desde la promulgación de la Constitución de 1917.

La reforma constituye un avance sustancial en el respeto de los derechos humanos de las víctimas y de los imputados, así como de la sociedad en general, al hacer explícitos derechos civiles como la presunción de inocencia, el acceso a la justicia, el debido proceso y la publicidad del juicio.

Las actuales condiciones del país constituyen un reto mayor, al que ya de por sí implica la implementación de una reforma de esta magnitud y naturaleza que impacta los 34 sistemas de seguridad y justicia del país y a más de un millón de operadores de los mismos, aunado a que al constituir un cambio cultural para la sociedad, es indispensable que toda ésta la comprenda y la acepte, por lo que en realidad interesa a toda la población del país.

La reforma avanza al haberse emitido a nivel federal diversos ordenamientos como los publicados el 2 de enero, el 23 de enero y el 29 de mayo, todos del 2009, con lo cual se pone en vigor la mitad de los cambios constitucionales, pero aun falta la parte más importante que es el sistema acusatorio adversarial, mejor conocido como los juicios orales, situación que exige la emisión de un nuevo código procesal penal y la modificación de varios ordenamientos más.

La sociedad tiene el gran reto de seguir impulsando la implantación de la reforma, que desde luego no sólo consiste en la emisión de nuevas leyes, sino sobre todo en el cambio de actitudes y prácticas de todos los operadores del sistema, y que la sociedad comprenda y haga suyo el espíritu de la reforma, que en esencia es tener un sistema equilibrado de seguridad y justicia, con autoridades honestas, competentes y eficaces, y procesos penales apegados a derecho, transparentes y eficientes, todo lo cual generará paulatinamente que la sociedad recobre la confianza en sus instituciones y que la justicia coadyuve a retomar el camino del desarrollo y del bienestar social.

Bienvenida la nueva justicia penal, la justicia del nuevo siglo.

ELIZABETH CRUZ REYNA*

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA EN MÉXICO

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Defensa constitucional, control del poder y garantía jurisdiccional en el estado mexicano. — 3. Importancia de la justicia constitucional. — 4. Diferentes tipos de control dentro de la constitución política de 1917 iv. el guardián de la constitución en México: el poder judicial de la federación. — 5. Instrumentos procesales del control constitucional (la justicia constitucional en México). — 6. La democracia dentro del sistema constitucional mexicano. — 7. El papel de la justicia constitucional en la protección de los derechos fundamentales y el estado democrático en México.

1. — La Constitución, como creación racional para la convivencia de los seres humanos y como freno al ejercicio del poder político, es hoy en día, una de las principales preocupaciones de los estudiosos del derecho, en cuanto a su perfeccionamiento y continua defensa.

En México, uno de los problemas torales que ha tenido que enfrentar el constitucionalismo de nuestros tiempos, lo constituye la creación de mecanismos de control eficaces, que permitan lograr que las disposiciones constitucionales tengan una vigencia y aplicación plena, con independencia del desenvolvimiento del ejercicio del poder público, sobre todo en tratándose de la protección de derechos fundamentales y la democracia.

El conjunto de dichos mecanismos de protección a la supremacía constitucional, cobra el nombre de Justicia Constitucional, figura que en la actualidad ha permitido en México constatar no solamente la existencia de una Carta Magna como simple declaración de buenas intenciones, sino de una Constitución como verdadera norma jurídica, norma donde se prevén los mecanismos indispensables para garantizar la vigencia de

* Profesora en el Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, así como en la licenciatura del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores Monterrey – Ciudad de México y Universidad Iberoamericana – Ciudad de México.

sus principios y el respeto de sus postulados, con miras a lograr uno de los principales fines del Estado: el control del poder en beneficio del gobernado.

Dichos instrumentos, son la garantía más importante que tiene el gobernado, para impedir todo abuso de poder y mantener a salvo los principios fundamentales de nuestro Estado democrático.

Por tal motivo, en el presente trabajo veremos la forma en que se desarrolla la Justicia Constitucional en México, sus retos y perspectivas, así como la forma en que contribuye al afianzamiento de nuestra democracia, no sólo en el aspecto político sino como el sistema de vida que a manera de ideal se encuentra plasmado en nuestra Constitución Política.

2. — En alguna ocasión, un destacado politólogo sostuvo que: «La existencia del poder es peligrosa pero necesaria, su ausencia deriva en caos y su exceso en tiranía; es pues el poder una necesidad amenazante»¹.

En efecto, dentro de la estructura jurídica de los estados democráticos, el control del poder es uno de los principales problemas a que ha tenido que enfrentarse dentro de su organización y funcionamiento. Tal problema no es nuevo y ha sido estudiado en muchos aspectos por destacados constitucionalistas quienes con acertados razonamientos, han tratado de explicarlo en relación con su eficacia; en nuestro país, su replanteamiento cobra especial relevancia en el momento histórico actual, sobre todo por el papel que desempeña en el afianzamiento de nuestra democracia, en la lucha por la transformación de un estado de leyes, en un auténtico estado de derecho. Así pues, la limitación del poder es una preocupación legítima que ha acompañado el pensamiento jurídico-político del hombre desde tiempos remotos. No obstante, es a partir de la polémica desarrollada por Carl Schmitt y Hans Kelsen cuando el tema de la defensa de la Constitución y los límites al poder cobra verdadera importancia y trascendencia.

Años atrás, con la creación de la Constitución austriaca del año de 1920, se abre el escenario a la aparición de la justicia constitucional que

¹ C.E. MAYER SERRA, *Presidencialismo sin poderes metaconstitucionales, conferencia dictada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 12-15 febrero de 2002, México, 2002.

viene a generar una verdadera revolución dogmática, la cual traería consigo el desarrollo del control jurisdiccional de la Constitución, como una de las instituciones más sólidas del derecho constitucional contemporáneo, base sobre la cual se levanta la estructura del modelo de Estado democrático y de derecho en la actualidad, no solamente en México, sino también en el mundo.

Dicho control, supone la conformación institucional de un Estado entendido como organización jurídica y democrática de la sociedad, en el que se concibe la existencia de una Constitución como norma jurídica, de una democracia constitucional y de mecanismos procesales de control capaces de garantizar la supremacía constitucional y el control del poder en beneficio del gobernado.

Uno de los puntos fundamentales para llevar a cabo este control, es el análisis de la Constitución como norma jurídica, los elementos que la conforman o su estructura, misma que se integra con todos los derechos fundamentales o parte dogmática, que dependiendo del Texto Constitucional puede ser mayor o menormente explícitos, y con la división de poderes, entendida como distribución de funciones en diferentes órganos también llamada parte orgánica.

De este modo, una Constitución dentro del marco de las normas que contiene, consagra un modelo a realizar², los principios y valores que constituyen las premisas de actuación del Estado y la sociedad a quienes regula.

En México, el modelo a realizar cobra vida en el artículo 3º constitucional, que consagra en su fracción III inciso a) al sistema democrático, «[...] considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo [...]».

Ahora bien, el cumplimiento en la realización de los fines que constituyen este modelo, depende en gran medida de los instrumentos jurídico-procesales cuya finalidad es la defensa de la Constitución y su supremacía. Al decir de Héctor Fix Zamudio, «la defensa de la Constitu-

² Vid C. HUERTA OCHOA, *Constitución y diseño institucional*, Boletín Mexicano de derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, septiembre-diciembre, 2000.

ción está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia Carta Fundamental»³.

Siguiendo las ideas de este destacado jurista, dichos instrumentos pueden clasificarse en dos categorías fundamentales: los vinculados a la protección de la Constitución y los vinculados a la protección de las garantías constitucionales.

Los primeros tienen un carácter substancialmente preventivo y se integran por aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido incorporados con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Carta Fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también en cuanto al respeto a los derechos humanos del gobernado; entre ellos destaca el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el sistema electoral y el modelo de judicialización de los conflictos electorales, como instrumentos para la defensa de la democracia.

Por cuanto toca a las garantías jurisdiccionales, estas constituyen los medios jurídicos de naturaleza procesal, dirigidos a preservar el orden constitucional o la reintegración de dicho orden cuando ha sido transgredido por los propios órganos del Estado y los instrumentos de defensa no han sido suficientes para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales.

Dichos instrumentos constituyen la garantía más importante para hacer posible el visualizar nuestra Constitución Política como verdadera norma jurídica y no como simple catálogo de buenas intenciones. A dichos instrumentos he de referirme específicamente en un momento más.

³ H. FIX ZAMUDIO, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa, UNAM, México, 2005, pp. 10 y 11.

3. — La Justicia Constitucional se define como «el conjunto de instrumentos procesales de tutela o defensa de la Constitución»⁴ misma que podemos complementar, se deriva del carácter fundamental y superior del Texto Supremo, que sirve para imponer el cumplimiento de sus postulados y supremacía.

A través de ella, se hace posible visualizar la aplicación de sus preceptos y su superioridad; surge, de la necesidad de defender la estructura fundamental del Estado. Su esencia, no reside en la denominación que de ésta pueda hacerse, sino en la forma en que cada Estado la ha adoptado en la salvaguarda de la eficacia de sus normas constitucionales y en el resguardo de sus garantías fundamentales.

La idea de introducir mecanismos de defensa constitucional, corresponde a la necesidad de crear un garante de la Constitución ante situaciones de incertidumbre legal, al hacer posibles los instrumentos que permitan realizar la interpretación y actualización de los contenidos constitucionales; tarea sumamente valiosa para mantener la certeza en un estado de derecho, porque no se trata solamente de proteger a la Constitución frente a las transgresiones de los poderes públicos, sino de enriquecer sus contenidos y de adecuar éstos al vertiginoso dinamismo de la sociedad.

Durante el siglo XX, la Justicia Constitucional tradicionalmente era concebida en base al modelo que configurara Hans Kelsen como justicia residenciada en un órgano ad hoc, que poco tiempo después contrastaría con otro de los grandes modelos de control que poco a poco se había venido expandiendo por toda América, denominado «The Judicial Review», pese a ser previo el antecedente de creación en éste.

En ambos sistemas, la Justicia Constitucional se configuró para dar forma a todos aquellos instrumentos de defensa y tutela de la Constitución, en el auxilio de dar plena eficacia a los mandatos constitucionales y, desde luego limitar los actos del poder público que violentaran las garantías del gobernado.

Con el transcurrir del tiempo, tal dicotomía resultó ser insostenible, toda vez que la misma se vio superada por el desarrollo de otros modelos

⁴ Definición adoptada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. 12-15 de febrero, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

en los que convergían técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso y en los que órganos ad hoc convivían a veces con órganos judiciales del fuero común, los cuales desarrollaron tareas de defensa y control de la constitucionalidad.

La consecuencia en la evolución del concepto de justicia constitucional de la tradicional dicotomía justicia constitucional concentrada europea contra la justicia constitucional difusa norteamericana, nos la dice el tratadista Tremps, cuando sostiene que: «En la actualidad la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales; necesariamente el concepto hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, como el conjunto de técnicas tendientes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean»⁵.

En México, el modelo de Justicia Constitucional se desprende de los artículos 103 a 107 constitucionales, donde se atribuye competencia exclusiva al Poder Judicial de la Federación encabezado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para ejercitar el control constitucional sobre los conflictos derivados de cualquier transgresión a nuestra Norma Suprema por parte de los Poderes Públicos, pero también en el artículo 133 parte final, donde se confiere a los jueces de las entidades federativas, la facultad de aplicar la Constitución General, leyes y tratados, cuando estén en conflicto con una norma interna existente. Situación pocas veces observable, toda vez que los conflictos de constitucionalidad, son llevados y resueltos por nuestro Máximo Tribunal de la Nación.

El Estado de Derecho se perfecciona con el control de la legalidad de los actos del poder público y el control de la constitucionalidad mediante la justicia constitucional. Sin una Justicia Constitucional regulada por la Constitución y las leyes, la Constitución solo sería un conjunto de buenas intenciones, al no existir instrumentos para su defensa y cumplimiento, tal y como pasaría con un Código Penal sin un Código de Procedimientos Penales.

La Justicia Constitucional es sin duda, un instrumento de control del cumplimiento de las competencias de los poderes y órganos constitucio-

⁵ P. PÉREZ TREMP, *La actualidad de la Justicia Constitucional. Especial referencia a américa latina*, en *Revista española de derecho constitucional*, España, 2002, p. 34.

nales del Estado, lo mismo que los derechos fundamentales por parte del Estado a los particulares.

En general, sin una Justicia Constitucional no podría llevarse a cabo un adecuado desenvolvimiento del Estado y más aún en México, no podría asegurarse el respeto a nuestro sistema democrático; en ello estimo, reside la vital importancia de la misma.

4. — La Constitución Política Mexicana, como creación racional para la armónica convivencia de los gobernados, para su legítima defensa y mejor armonización del ejercicio del Poder Público, establece en su texto los siguientes tipos controles, al lado del control propiamente constitucional:

A) CONTROLES POLÍTICOS:

Los controles políticos toman su origen de la brillante creación que formulara John Locke y que posteriormente se vería perfeccionada por el barón de la Brede y Montesquieu, donde el poder por su propia naturaleza, frena al poder mismo.

En la Constitución Mexicana, tal postulado podemos apreciarlo en el contenido del artículo 49 que estatuye: «El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar».

Este tipo de control, se subdivide a su vez en otros tipos a saber:

1. Control Intra órganos. Se podría decir, que es el contrapeso que la Norma Suprema establece en la realización de funciones, donde por ejemplo encontramos la existencia de un Congreso General dividido en una Cámara de Diputados y una de Senadores (artículo 50), quienes en su conjunto se encargan del desarrollo de la función legislativa, y también en la figura del refrendo por virtud del cual, los actos del Ejecutivo para ser válidos, necesitan estar firmados por los titulares de las secretarías de estado correspondientes (artículo 92).
2. Controles Inter. Órganos. Entre ellos figuran, el derecho de veto conferido al Presidente de la República, consistente en la posibilidad de que cuando se le pre-

sente un proyecto de ley que haya sido aprobado por el Congreso, para su promulgación y publicación, pueda hacerle las observaciones pertinentes y devolverlo al órgano legislativo para que dichas observaciones sean adoptadas; tal y como se desprende del mandato del artículo 72 incisos a) y c) de nuestro Texto Supremo.

B) CONTROLES ECONÓMICOS:

El control económico lo encontramos en el artículo 74 fracción IV constitucional, que hace alusión al control ejercitado por la Cámara de Diputados respecto del gasto público, para poder aprobar anualmente el presupuesto de egresos de la Federación, previo examen del proyecto que envíe el Ejecutivo, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior.

C) CONTROLES SOCIALES:

Este tipo de control hace alusión a los grupos conformados por los partidos políticos, cuyo régimen se encuentra sujeto al registro, financiamiento, control y afiliación de sus miembros, tal y como se desprende del contenido de los artículos 41 y 54 constitucionales.

D) CONTROLES JURÍDICOS:

Éstos se refieren básicamente al principio de rigidez constitucional, contemplada por el artículo 135, en razón de que nuestra Norma Suprema es rígida y escrita y que por lo tanto requiere de un procedimiento más complicado para su modificación. Esta tarea es llevada a cabo por el Constituyente Permanente o Poder Revisor de la Constitución, conformado por el Congreso General y las Legislaturas de los Estados.

La existencia de estos controles es importante, en razón de permitir un adecuado funcionamiento del estado mexicano, pero sobre todo un adecuado desenvolvimiento de las funciones públicas en beneficio de los gobernados.

5. — Sin lugar a dudas, el control del poder debe ser una actividad constante y cotidiana dentro de todo Estado, y por ello, la Justicia Constitucional ha tenido que buscar la mejor forma para llevar a cabo esta importante misión.

En México, tenemos un sistema judicial cuya construcción compleja ha llevado a la confusión e indefinición de algunos de los instrumentos

que al menos en teoría, sirven para llevar a la práctica los fines de la Justicia Constitucional; de esta manera, algunos de los instrumentos deben desahogarse por conducto de órganos de naturaleza jurisdiccional, en tanto que otros, todavía están a cargo de órganos de naturaleza política.

En el primero de los casos, aparecen los instrumentos que se substancian ante órganos de esta calidad, como por ejemplo, el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y juicios en materia electoral. En el segundo caso, el ejemplo genuino lo encontramos en el juicio político, llevado a cabo ante el Congreso de la Unión.

En México, la tarea por velar por el respeto a la Constitución, ha sido encomendada al Poder Judicial de la Federación, que en virtud de las reformas producidas en los años de 1994 y 1996, se le atribuyen una serie de funciones que corresponden a las de un Tribunal Constitucional. Por ello es viable señalar que en nuestro país tenemos un control judicial por vía de acción, correspondiéndole exclusivamente al Poder Judicial de la Federación el control de la constitucionalidad del ejercicio del poder, así como de leyes y actos de cualquier autoridad, que violen las garantías individuales, y por lo tanto, dicho poder tiene una doble función a saber: político-judicial y de control constitucional sobre garantías individuales.

La primera, es una función originaria propia del Poder Judicial de la Federación para dirimir los conflictos y controversias a que hace alusión el artículo 104 constitucional, relativo a los juicios ordinarios federales, a las controversias del orden civil o criminal respecto de leyes federales, tratados internacionales y en general, aquellas en la que la Federación sea parte. También conocerá de los conflictos competenciales suscitados entre los tribunales de la federación, entre éstos y los de los estados o entre los estados y el Distrito Federal.

En la segunda, el Poder Judicial de la Federación, tiene como misión salvaguardar las garantías constitucionales por medio del juicio de amparo, protegiendo la esfera jurídica del gobernado de conformidad con el mandato de los artículos 103 y 107 constitucionales, así como de su Ley Reglamentaria.

Al llevar a cabo esta misión, busca proteger los derechos fundamentales, los derechos públicos subjetivos del gobernado lesionado por aque-

llas leyes y actos de autoridad de cualquier índole, manteniendo con ello el orden constitucional precisamente, con el juicio de amparo.

De este modo, el Poder Judicial de la Federación encabezado por nuestra Suprema Corte de Justicia, ha asumido un doble rol, al ser por un lado el máximo tribunal en materia de jurisdicción ordinaria, y por el otro al constituirse en un tribunal especializado en cuestiones de justicia constitucional; situación que estimo, debe ser un poco más precisa dentro de nuestro sistema legal.

6. — En México, la defensa de la Constitución es cuestión de suprema importancia dentro del quehacer político del Estado y por ende, una gran preocupación gira en torno a dicho asunto y el problema radica en saber ¿cómo hacer que el respeto a la Constitución en nuestro país sea cuestión de todos los días?

Al respecto, nuestro Poder Constituyente nos dio la pauta al establecer los distintos mecanismos de protección constitucional que a la fecha se verifican de manera correctiva, cuya tramitación tiene lugar ante las instancias jurisdiccionales definidas por el ámbito competencial del los órganos del Poder Judicial de la Federación. En éste orden de ideas, los mecanismos procesales contemplados por el Texto Constitucional de 1917 a saber son el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el juicio político, el juicio para la protección de los derechos político electorales de los ciudadanos y finalmente, el juicio de revisión constitucional electoral.

Hagamos breve revisión de los mismos, así como de su eficacia en el objetivo planteado:

1. El Juicio de Amparo. El juicio de amparo es una institución de control de la Constitución y de la vigencia de las libertades individuales, que tiene su fundamento en los artículos 103 y 107 constitucionales, mismos que le dan vida y lo estructuran. De conformidad con el primero de los citados preceptos:

*«Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
I.- Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales;*

- II.- *Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia de la autoridad federal;* y
- III.- *Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal».*

En el segundo de los dispositivos, se hace mención a la forma de substanciación del juicio, mismo que será por vía de acción y no de excepción, teniendo por objetivo el analizar la constitucionalidad de los actos de autoridad reclamados y el que una vez declarada la inconstitucionalidad del mismo, se produzca su invalidez en beneficio del quejoso o impetrante.

Esta peculiaridad a que la doctrina ha dado el nombre de «fórmula Otero» en honor a su creador Mariano Otero, es muy discutible sobre todo cuando se trata de establecer la inconstitucionalidad de una ley, toda vez que la misma y dada su característica de generalidad, continua aplicándose a la colectividad a pesar de haber sido declarada inconstitucional y ello por que dado el tecnicismo que inviste al juicio de amparo, no todas las personas por cuestiones económicas tienen acceso a solicitar los servicios del abogado especializado en la materia; sufriendo en consecuencia, el perjuicio que trae consigo la ley inconstitucional.

Ahora bien, en nuestro país, al decir de Héctor Fix Zamudio, el amparo mexicano comprende cinco instrumentos a saber: «a) amparo habeas corpus o de la libertad; b) amparo contra leyes; c) amparo judicial o amparo casación; d) amparo de lo contencioso administrativo y e) el amparo social agrario»⁶.

En tratándose del amparo impetrado contra actos del Poder Público que violan garantías del gobernado, se puede sostener que el juicio reviste muchas bondades y su presencia en el ámbito internacional no tiene duda, ya que muchas de las figuras procesales existentes a la fecha se han nutrido orgullosamente del amparo mexicano; sin embargo, existen diversas deficiencias que en nuestro juicio constitucional deben ser revisadas con prontitud a fin de fortalecer su viabilidad y adecuar su eficacia a las necesidades de la actual Justicia Constitucional.

⁶ H. FIX ZAMUDIO, *La protección jurídica de los derechos humanos, estudios colmparativos. Comisión Nacional de derechos Humanos, México, 1999, p. 555.*

Dentro de nuestro sistema de justicia, acto que nace violatorio de la Constitución es un acto que debe dejar de tener existencia; sin embargo, en tratándose de leyes, la fórmula Otero no debe tener cabida, toda vez que no se plantean posiciones jerárquicas o de superioridad de un poder sobre otro (principal posición de los defensores de la fórmula), sino reafirmando un principio supremo que coloca a la Constitución de todo estado democrático por encima de los poderes que su propio texto reconoce.

Sin pretender ser insistente en este aspecto, es importante recordar que una de las diferencias esenciales entre los actos propios emanados de cada uno de los poderes, es que las leyes son generales, abstractas e impersonales, mientras que los actos administrativos y judiciales son específicos, personales y concretos; en consecuencia, lo que se resuelve en un procedimiento administrativo o judicial, se refiere a una situación específicamente planteada y que evidentemente no puede ser motivo de extensiones a otros individuos que no fueron parte en ellos.

En cambio, lo que sucede con las leyes declaradas inconstitucionales es totalmente opuesto, pues éstas no solamente pueden ser privativas en atención al mandato del artículo 13 constitucional, sino porque además violentarían el principio de igualdad jurídica de las personas.

Dos son las tareas esenciales que en este caso deben ser atendidas: por un lado, dotar de eficacia erga-omnes a las sentencias de amparo que declaren inconstitucional alguna ley y en segundo lugar, otorgar capacidad de actuación a otros sujetos más de aquellos directamente afectados por el acto de autoridad. Con ello, el amparo cimentado en el agravio personal y directo evolucionaría hacia el amparo para la defensa de los derechos colectivos o difusos.

2. Las controversias constitucionales. Las controversias constitucionales son definidas como: «Los procedimientos planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, accionables por la Federación, los Estados y el Distrito Federal o cuerpos de carácter municipal y que tienen por objeto solicitar la invalidación de normas generales o de actos no legislativos de otros entes oficiales similares, alegándose que tales normas o actos de otros entes similares oficiales no se ajustan a lo constitucionalmente ordenado; o

bien, reclamar la resolución de diferencias contenciosas sobre los límites de los Estados, con el objeto de que se decrete la legal vigencia o invalidez de las normas o actos impugnados, o el arreglo de límites entre los Estados que disienten; todo ello para preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política»⁷.

La controversia constitucional toma su origen en la Constitución Norteamericana en el artículo III sección segunda, institución que fue recogida por las constituciones mexicanas de 1824, 1857 y 1917; sin embargo, se vio fortalecida a través de la reforma al propio artículo 105 constitucional en el año de 1994, pues estableció la legitimación activa de los municipios y del Distrito Federal, así como las hipótesis de los llamados conflictos de atribución o conflictos derivados de cuestiones competenciales entre dos o más poderes, tanto de naturaleza federal como local.

Resulta importante señalar que las controversias constitucionales fueron diseñadas como mecanismos para dirimir conflictos entre los órganos estatales. A diferencia del amparo soberanía, es posible que órganos de un mismo ámbito competencial, puedan echar mano de este instrumento de control constitucional y exigir que su esfera de competencia sea respetada.

Pese a las bondades de dicha institución, se hace indispensable modificar diversos aspectos, a efecto de que puedan plantearse controversias constitucionales no sólo cuando se trate de dos o más municipios de diverso estado, sino incluso cuando se trate de dos o más municipios de un mismo estado y también con motivo de la elección de los jefes delegacionales; es impostergable reconocer la legitimación de las delegaciones del Distrito Federal, ello para propiciar una mejor defensa de las atribuciones correspondientes a las células de ejercicio político en el mismo.

3. Acciones de inconstitucionalidad. Las acciones de inconstitucionalidad a semejanza de las controversias, tienen su fundamento en el artículo 105 de la Constitución Política en su fracción II, mismas que son contempladas por la Ley Reglamentaria del propio artículo. Éstas son definidas como los procedimientos planteados en forma de juicio ante la

⁷ O. SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, *El artículo 105 constitucional*, en *Actualidad en la defensa de la constitución*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, México, 1997, p. 298.

Suprema Corte de Justicia de la Nación por órganos legislativos minoritarios, por los partidos políticos con registro, por el Procurador General de la República, en las cuales se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional y la Constitución, exigiéndose en el juicio la invalidación de la norma o el tratado internacional, para hacer prevalecer los mandatos constitucionales.

Dicha acción entraña en lo fundamental lo siguiente:

- a) Dar certeza al principio conocido como oposición política garantizada y
- b) Dado que no se requiere que la norma impugnada cause agravio al promoverse del proceso, éste constituye una acción abstracta.

Sin lugar a dudas, la competencia otorgada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer tanto de las controversias como de las acciones de inconstitucionalidad han erigido a ésta en un auténtico Tribunal Constitucional, cuya actuación la legitima plenamente.

A efecto de fortalecer la institución en comento, siguiendo algunos parámetros aportados por el derecho comparado, sería conveniente reconocer legitimación activa a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si tomamos en consideración la importante labor que ésta desempeña. De la misma manera, se debería reconocer la legitimación para el ejercicio de una acción popular como mecanismo para ejercitar este instrumento de control, pues como ya se menciono, el instrumento entraña una acción abstracta, que no requiere de la existencia de un agravio personal y directo.

4. El procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este se desprende del segundo párrafo del artículo 97 constitucional, donde se dispone que la Corte tiene facultad para nombrar una comisión especial cuando así lo juzgue conveniente o se lo solicite el Ejecutivo Federal, el Congreso General o el Gobernador de algún estado, para investigar algún hecho o hechos que considere constituyan una grave violación a alguna garantía individual. El texto en comento además de ser oscuro e impreciso, no reviste utilidad alguna dentro de nuestro sistema jurídico, toda vez que existen órganos especializados a los cuales la Corte remite dicha averiguación y por ende, dicha facultad debería ser suprimida.

5. Juicio Político. El juicio político es un procedimiento que se sigue ante el Congreso General, en contra de los altos funcionarios de la na-

ción, por actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, donde la Cámara de Diputados actúa como órgano de acusación y la Cámara de Senadores como órgano de sentencia, y que tiene por objeto la destitución del servidor público e inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

6. Juicio para la protección de los derechos político-electorales. El juicio para la protección de los derechos político electorales de los ciudadanos, así como el correspondiente a la revisión constitucional electoral, son el resultado de una ardua reforma al sistema electoral del año de 1996.

Este procedimiento, es substanciado ante las Salas Regionales o la Sala Superior del Tribunal Electoral, dependiendo del asunto que se reclame, por ejemplo, cuando el ciudadano demande no estar incluido en la lista nominal de electores, o bien que considere haber sido excluido infundadamente de dicha lista, demandará ante las salas, mientras que si se trata de violaciones al derecho de ser votado o cuando a un candidato se le niegue indebidamente el registro, conocerá del hecho la sala superior.

7. Juicio de revisión constitucional electoral. Este juicio procede contra actos o resoluciones de las autoridades electorales locales, cuando siendo éstos definitivos violen algún precepto constitucional, debiendo agotarse todas las instancias previas establecidas por las leyes, y que la reparación solicitada sea factible antes de la fecha constitucional o legal fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos.

De los anteriores instrumentos, considero que sólo los tres primeros constituyen mecanismos de control directo de nuestra Constitución y por lo tanto, son los instrumentos que mayor eficacia revisten dentro de la Justicia Constitucional Mexicana.

6. — El vocablo «democracia», proviene del griego Demos-pueblo y Kratos-gobierno o autoridad y significa por ende, gobierno o autoridad del pueblo⁸.

⁸ I. BURGOA ORIHUELA, *Diccionario de derechos Constitucional, Garantías y Amparo*, Ed. Porrúa, México, 2000.

En la Constitución Política Mexicana, la concepción de la democracia se verifica en términos amplios, ya que no sólo se establece en torno a la forma de gobierno (art.40), sino como un sistema de vida basado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. (art. 3º fracción II a)); la democracia es o debe ser sin duda, un modo de vivir basado en el respeto a la dignidad humana, la libertad y los derechos de todos.

Sin embargo, en este apartado únicamente he de referirme a la democracia entendida en base a los procesos electorales. En México, la partidocracia, es decir, el poder de los partidos políticos, parece opacar a la democracia, que es el reflejo de la libertad del individuo, consubstancial a la naturaleza del individuo en ejercicio de su libre albedrío.

Pese a que en nuestro país todavía no contamos con todos los elementos necesarios para afianzar la democracia, el papel desarrollado por la Justicia Constitucional ha permitido avanzar en algunos aspectos, tal y como lo demuestran los últimos procesos electorales.

Para hablar de la existencia de una verdadera democracia deben concurrir elementos tales como:

- Legalidad, que implica el estar prescrito por la ley, pero además que se respete y se cumpla; es decir, nadie ni nada puede estar por encima de la ley. La legalidad significa probar o justificar la verdad de algo conforme a la ley; por ello, no es viable desconocer las leyes electorales para satisfacer ambiciones personales o partidistas.
- Equidad, entendida como la posibilidad de otorgar las mismas oportunidades a los actores electorales en un proceso justo y equitativo.
- La representatividad implica hacer las veces de otra persona, forma de gobierno en la cual el pueblo delega el ejercicio del poder en sus representantes y que en pocas ocasiones en nuestro país se observa realmente el cumplimiento del mandato dado por el electorado.
- La libertad sin duda, es el poder inherente al sujeto en orden a su realización, misma que puede definirse como la capacidad para decidirse o autodeterminarse. La libertad permite manifestar las propias ideas así como el derecho que tiene cada uno para sostener su propia opinión.
- El financiamiento, también es un factor clave dentro del proceso de democracia, y es el monto de recursos públicos y privados que se pueden recibir de manera legal, para cumplir con una actividad electoral y sobre cuyos recursos se den rendir cuentas a la sociedad de forma clara y transparente, en razón de que no es

- posible atribuir tantos millones de pesos, con los que pueden apoyarse programas prioritarios.
- La transparencia y la rendición de cuentas son derechos incuestionables que tiene la ciudadanía con los cuales debe evitarse la corrupción, la manipulación política y la impunidad en beneficio de unos cuantos.

Lo grave de la situación es que la transparencia y rendición de cuentas de los recursos públicos ha estado sujeta a la buena voluntad y discrecionalidad de los partidos políticos, lo que en las circunstancias de pobreza que vive el país, es una falta de respeto a la población que dicen representar.

En materia electoral existen pendientes que es necesario atender, tales como la creación de un marco jurídico electoral completo que evite la inequidad del proceso, la intromisión de los gobernantes, también es urgente reducir los tiempos de las precampañas políticas y verificar realmente la fuente de su financiamiento.

El ideal de la democracia es garantizar que la voluntad y decisión de la mayoría sea respetada; sin embargo, para aquellos casos de debilidad institucional, existen las autoridades electorales representadas por el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los cuales tienen como responsabilidad suprema el asegurar que prevalezca la voluntad mayoritaria de la ciudadanía expresada en las urnas. El camino por recorrer es basto, pero afortunadamente para el caso de México, sus instancias jurisdiccionales participan activamente en la consecución del respeto a nuestra democracia.

7. — La relación existente entre Justicia Constitucional y respeto irrestricto a los derechos fundamentales del gobernado, son conceptos indisolubles dentro de la estructura jurídica del Estado Mexicano. Se trata, como bien lo señala la Declaración de Antigua sobre la Justicia Constitucional (Guatemala 1992), de considerar que la existencia de una Justicia Constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales.

Esta significativa relación entre los derechos fundamentales de la persona y la Justicia Constitucional, consiste en el hecho de que ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático cuya

coexistencia es necesaria para definir una determinada estructura como un Estado Democrático de derecho⁹.

En lo que se refiere al respeto y garantía de los derechos fundamentales, la doctrina ha señalado que éstos son una categoría dogmática del derecho constitucional, pues el derecho constitucional nace y se consolida para tutelar la libertad del individuo en sus relaciones frente al Poder Público del Estado.

Dicha relación ha influido también en la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, caracterizándolos como derechos subjetivos de las personas y como elementos esenciales del ordenamiento constitucional.

Una tutela orgánica de los derechos reconocidos necesita de la Justicia Constitucional, que se confirma como el principal custodio de los derechos y de las libertades, tal y como lo sostiene Mauro Cappelletti en su brillante obra¹⁰.

Sin ella, en México no sería posible el acceso de los gobernados a un auténtico sistema de justicia y menos aún, en materia electoral a lograr el ideal previsto por nuestra Norma Suprema: el sistema de vida democrático.

El control de la constitucionalidad es un poderoso instrumento en manos de los jueces para garantizar la eficacia del estado constitucional democrático, el equilibrio entre los poderes y los derechos fundamentales de la ciudadanía; sin embargo, no es el único control que existe, tal y como lo hemos visto, pues el estado constitucional es una forma democrática de la sociedad y por lo tanto, un espacio de deliberación constante sobre las cuestiones que incumben a nuestra República.

En este sentido, el control que ejerce la opinión pública es un control no institucionalizado, pero sí eficaz que obliga a los operadores jurídicos a sustentar sus decisiones en razones y argumentos válidos, para dar solución a los distintos problemas que acontecen en nuestro país.

Ello contribuye en la construcción de valores comunes y al acercamiento de los diferentes sectores de la sociedad, pues no hay que olvidar que las crisis constitucionales son precedidas precisamente por el distan-

⁹ Cfr. G. ROLLA, *Derechos fundamentales*, Torino, 1995, p. 126.

¹⁰ Vid M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955.

ciamiento entre la realidad política y jurídica, y que la construcción y defensa de la sociedad democrática no es sólo un deber de los órganos jurisdiccionales, sino una tarea conjunta a desarrollar por todos los ciudadanos que participan y viven en todo estado constitucional.

El camino por recorrer en México no es sencillo, sin embargo, con conciencia de grupo, ética y responsabilidad será posible construir un país competitivo, donde el respeto a los derechos fundamentales permita acceder al sistema democrático de vida, en términos del mandato constitucional contenido en el artículo 3º; también, la introducción de mecanismos de control previo de la constitucionalidad, será una herramienta útil dentro de este proceso, tal y como día con día se abre paso en la legislación local el control de las omisiones legislativas.

En este sentido, dentro del proceso de reforma a nuestras instituciones jurídicas, sin duda alguna la voluntad política y la técnica legislativa serán muy importantes para dotar de plena eficacia a nuestra Norma Fundamental, acorde con las necesidades de la Justicia Constitucional del siglo XXI y en beneficio de la consolidación de un auténtico estado constitucional en México.

BERTHA ESTELA FEREGRINO BASURTO*

«EL SECUESTRO EN MÉXICO, ¿UNA INDUSTRIA?»
«EL DERECHO PENAL MEXICANO,
¿SINÓNIMO DE IMPUNIDAD?» Ó
«¡CRÓNICA DE UNA CIUDAD SECUESTRADA!»

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Pero, ¿Cuándo? ¿Cómo inició? este horror. — 3. Las 10 exigencias de la marcha. — 4. A lo que es de cuestionarse, si: «El derecho penal mexicano, ¿es sinónimo de impunidad?». — 5. ¡Crónica de una ciudad secuestrada!

1. — ¿Como denominar lo que está pasando en México?: «El secuestro en México, ¿una industria?»; No mejor «El derecho penal mexicano, ¿sinónimo de impunidad?», O ya sé: «¡Crónica de una ciudad secuestrada!», acaso, ¿importa el nombre?

Lo trascendental es responder ¿Qué seguridad tenemos los ciudadanos del Distrito Federal para poder andar por sus calles, sin que exista la posibilidad de ser secuestrados? Cómo y cuándo terminará la impunidad de quienes cometen este delito?, ¿Se ha convertido en una industria altamente rentable?

¿Hasta donde ha llegado la descomposición social de nuestra ciudad?, no dejo de preguntarme todos los días. Yo recuerdo que cuando era niña (y no soy tan grande) este delito no existía o por lo menos no se escuchaba, por lo tanto no se le temía.

Hoy le digo a mis educandos, – como docente de derecho penal que soy –, Nuestra ciudad no era lo que es ahora, como ciudadano libre, podías abordar sin miedo un taxi, retirar dinero del banco, poseer bienes

* Profesora de Derecho en Postgrado en la especialidad de Derecho Penal en la Universidad Tecnológica de México; Profesora de Derecho en Postgrado en la especialidad de Derecho Penal en la Universidad Mexicana; Profesora de Derecho en licenciatura en Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey; Profesora de Derecho en licenciatura en la Universidad Tecnológica de México.

sin temor, comprarte un buen auto, salir a la calle a altas horas de la noche a divertirme, había tantos lugares (hoy hay más) por recorrer: teatros, cines, restaurantes, discoteques, centros nocturnos, podías llegar a tu casa en la madrugada, a la hora que tu quisieras, sin mayor temor al que, que te fueran a regañar en tu casa.

Conocíamos el terrorismo en otros países, pero se veía tan lejano a nosotros.

Hoy, ya no es lo mismo, ¡hoy, nuestra ciudad está secuestrada!

El secuestro, (hasta miedo produce pronunciar esta palabra) es una modalidad del delito de «privación de la libertad personal», previsto en el código penal vigente para el Distrito Federal, en cuyo artículo 163 establece una penalidad de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa, «al que priva de la libertad a otro con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquiera otra». Penalidad, que por cierto, no inhibe a los delincuentes.

2. — Empiezo a tratar de recordar, ¿Cuándo empezó todo?, y si mi memoria no me falla, en México, creo que fue a principios del año de 1995 cuando se esparció como plaga, seguramente ya existía con anterioridad, pero no se sabía o no era del dominio público, realmente la fecha no importa.

¿Cómo inició? ¿A que mente depravada y enferma se le pudo ocurrir privar de su libertad a una persona para obtener un pago o rescate para liberarla? Creo que el cerebro humano es muy creativo, sobre todo para causar el mal a otros.

La permuta de dinero por la libertad, existe desde la antigüedad, podríamos hablar de la esclavitud y de otras etapas de la humanidad. Existe desde hace mucho tiempo en otros países, pero yo solo puedo hablar de lo que México está viviendo, de lo que veo, de lo que simplemente no tiene nombre, lo que si tiene, lo que si se siente, lo que si se respira, es ¡miedo!

El delito de secuestro es cada vez más frecuente, pero sobre todo más violento, más salvaje, es la degradación del ser humano en su máxima expresión.

Los motivos de su existencia; En un primer momento se podría pensar que es por la falta de empleos, la recesión, la mala economía del país, pero no, por lo menos yo, no lo creo así.

Trato de analizarlo y me convengo de que en un principio tal vez fue por necesidad económica, pero después se fue transformando (no podemos hablar de evolución) con motivo de allegarse de recursos fáciles, es decir, sin tener que trabajar; Los secuestradores encontraron a «la gallina de los huevos de oro»:

Por un lado las víctimas por miedo no denuncian y por tanto los secuestradores tienen la *seguridad de que no serán detenidos*, y de que si no tuviesen dinero para pagar, los familiares venderán todos sus bienes o lo conseguirán prestado, así es que *el pago, también es seguro*, no cabe ninguna duda.

Y si acaso la familia se llenase de valor para denunciar; Entonces, en la mayoría de los casos, o resultará que las autoridades no son aptas para la investigación y resolución satisfactoria, o matarán a su familiar secuestrado por que «alguien» infiltró la información de la existencia de la denuncia.

El estado actual del desempeño de las autoridades que en el derecho penal investigan y persiguen la comisión de este delito, es el siguiente:

Existen autoridades que no hacen nada y se limitan a fingir que hacen su trabajo, ¿para que exponer su vida por un salario ínfimo y sin los recursos suficientes? si llegaran a morir, sus familias quedarán desprotegidas con un seguro de vida que raya en la ridiculez y quedaran totalmente desprotegidos.

Del mismo modo contamos con autoridades que no están lo suficientemente capacitadas para las funciones que desarrollan;

Estas, o no obtienen resultados satisfactorios, como puede ser que derive en la muerte de la víctima o no volver a saber nada de ella, o incluso en la muerte de los propios investigadores.

Respecto a ello, la situación es muy compleja, no existe el interés por instruir las adecuadamente, o los recursos económicos no son equivalentes a los que posee la delincuencia, y en el peor de los casos cuando se crean grupos altamente capacitadas, estos después se alían con los delincuentes, por que con ellos se obtiene mucho, pero mucho más dinero, existe el mínimo riesgo de ser detenidos, además de que ellos si les dan protección.

También se hallan las autoridades que ni se enteran de los números reales por que la gente en su gran mayoría no lo denuncia.

En alguna ocasión en que asistí legalmente a un familiar de un secuestrado en su denuncia, la autoridad investigadora amablemente lo felicitó por denunciar, e hizo el comentario de que en lo que iba de todo el mes (eran los últimos días) era la primera denuncia que recibían e inocente y optimista manifestó que habían descendido mucho las cifras del secuestro, a lo que le tuve que responder, que estaba equivocado, que yo como docente y litigante en mi simple entorno me enteraba de muchos casos, pero que no eran denunciados por temor a que les quitaran la vida al secuestrado.

Y que muy por el contrario las cifras estaban a la alta, que lo que realmente pasa es que los ciudadanos, dolorosamente están aprendiendo a vivir con ese riesgo. Como si fuera algo normal, algo inevitable.

También existen – lamentablemente - las autoridades que si quieren hacer su trabajo, y que se encuentran comprometidas con la sociedad, pero que la delincuencia los rebasa en tecnología; armamento; recursos económicos, personales y logística.

La delincuencia, como en las películas, no necesita que la víctima salga de la seguridad de su hogar, irrumpe en las casas a través de comandos fuertemente armados.

Si se es alguien muy poderoso, con mucho dinero y cuenta con guardias de seguridad, no importa, el comando será más numeroso aún. Incluso existen bandas que como característica tienen la de enviar a los familiares de la víctima a sus custodios muertos, para demostrar su poder e impunidad.

También encontramos las autoridades que al ser rebasadas por la delincuencia en todos los ámbitos, en el cumplimiento de su deber son mutilados, torturados y asesinados.

Por otra parte, nos encontramos ante una aberración del derecho penal mexicano, en el que el delito de secuestro pertenece tanto al ámbito local (distrito federal) como al federal, por lo tanto conoce de él la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como la Procuraduría General del Justicia de la República, Pero esta última institución no atrae la investigación si no se ha acreditado que se trata de delincuencia organizada.

Entendiéndose por delincuencia organizada, de conformidad a las recientes reformas realizadas a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, el cual dice: «... Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia ...».

Lo que significa que la Procuraduría General del Justicia de la República, quién cuenta con mayores recursos personales, económicos, especializados y tecnológicos, se sienta a esperar que la autoridad local acredite que se trata de delincuencia organizada para que le remita la investigación, y avocarse a su conocimiento.

Lo que resulta muchas veces fatal para la víctima. Por que entonces habría que esperar a que hubiese detenidos, y lo más importante es la recuperación sana y salva de la víctima.

Otro problema al que se enfrenta el derecho penal en México, es la falta de credibilidad y desconfianza que tiene la mayoría de la población respecto de sus autoridades. Lo que redundo en el desconocimiento de la cifra negra por falta de denuncias.

Los ciudadanos no observan buenos resultados, en los diarios todos los días se encuentran noticias de hallazgos de cadáveres abandonados «encajuelados», es decir en el interior de la parte trasera de un auto, o bajo los titulares de que se encontraron «*ejecutados*», pues se da a entender que pueden ser múltiples las hipótesis de muerte.

Con este vocablo se disfraza la cifra real de las personas que día a día son secuestradas.

Los partidos políticos se cansan de prometer seguridad, cuando es un derecho, y cuando al fin llegan al poder, se les olvida

El gobierno públicamente ha tenido que escuchar reclamos de la ciudadanía, frases como, «*si no pueden renunciem*», que es la voz de todos:

«Alejandro Martí lanzó un reto público a los gobernantes de todos los niveles en el país para acabar con la inseguridad: “Si no pueden renuncien”, les dijo».

«Alejandro Martí le pidió a todos los funcionarios públicos del país reunidos en el Consejo Nacional de Seguridad que renuncien a sus cargos si no son capaces de combatir el delito y restablecer la seguridad en el país». (El Universal)

El empresario, cuyo hijo fue secuestrado y asesinado, les pidió ayer a todos los funcionarios públicos del país reunidos en el Consejo Nacional de Seguridad que dejen sus cargos si no pueden combatir el delito.

Ante el presidente Felipe Calderón; el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo Ortiz Mayagoitia, el presidente del Senado, Santiago Creel, y Ruth Zavaleta, presidenta saliente de la Cámara de Diputados, Martí fue contundente en su discurso al participar en la reunión en Palacio Nacional:

«Señores: Si piensan que la vara es muy alta e imposible hacerlo; si no pueden, renuncien, pero no sigan ocupando oficinas de Gobierno y recibiendo un sueldo.

“Porque no hacer nada también es corrupción. En nuestro país hay jóvenes que requieren el trabajo de ustedes y estarían gustosos, con todo el entusiasmo de gente limpia y no maleada de hacer el trabajo que ustedes no están haciendo”, enfatizó con lágrimas en los ojos.

El empresario pidió a las autoridades que operan el cambio o depuración de las policías que hagan conciencia para que tengan policías, Ministerios Públicos y jueces honrados.

“Para que su fuerza haga que el corrupto se sienta desplazado”, indicó [...]»¹.

Como respuesta hubo quién le aceptó el reto, sin embargo seguimos en las mismas, tal pareciera que no hay quién pueda con la delincuencia:

«[...] El jefe del Gobierno del Distrito Federal, Marcelo Ebrard, que por primera vez asistía a una reunión donde estaba presente el presidente Calderón, le tomó la palabra.

“Te acepto el reto Alejandro porque estoy seguro que en Distrito Federal lo vamos a cumplir”, afirmó al tomar la palabra en la reunión»².

Otra frase lapidaria, que un ciudadano lanzó en contra de las autoridades es el pensamiento unitario de los que ya estamos hartos de la inseguridad: «*eso es no tener madre*».

«¿Que no tienen nada?, ¡eso es no tener madre!”, dice Nelson Vargas sobre pesquisas de PGR y SSP para encontrar a su hija.

¹ L.A. MEDINA, *Si no pueden con la inseguridad, renuncien: Martí Por*, en *El Siglo De Torreón*, 22 agosto 2008, AEE/ México, DF. <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/373684.si-no-pueden-con-la-inseguridad-renuncien-mar.html>.

² ID.

El ex director de la Conade, Nelson Vargas Basáñez, criticó la actuación de la Procuraduría General de la República (PGR) y de la Secretaría de Seguridad Pública (SSP) federal en las investigaciones para esclarecer el secuestro de su hija Silvia, e incluso añadió que dichas dependencias han incurrido en omisiones y en posibles actos de corrupción.

“Ya pedí, ya supliqué, ya lloré, ya imploré. Ahora exijo al licenciado Eduardo Medina-Mora, procurador General de la República, y al ingeniero Genaro García Luna, secretario de Seguridad Pública: resuelvan este caso, encuentren a mi hija, encuentren a Silvia”, demandó Nelson Vargas.

Y tras dar a conocer los nombres de los presuntos responsables del plagio, añadió: “Nos dicen que no tenemos nada. ¿No hay nada...? Eso es no tener madre”.

El ex funcionario federal en la administración del presidente Vicente Fox ofreció ayer una conferencia de prensa en la que dio a conocer los pormenores de las investigaciones realizadas en torno al secuestro de su hija y de los datos que le han hecho llegar ciudadanos, así como también lanzó fuertes críticas a las autoridades encargadas de la indagatoria.

Narró que a través de una llamada anónima logró establecer que su ex chofer Oscar Ortiz González fue quien secuestró a su hija Silvia Vargas Escalera y precisó que este sujeto pertenece a una familia de plagiaríos, pues su hermano es Raúl Ortiz González, alias El Azul o El Flaco, líder de la banda Los Rojos, quien escapó del hospital de Xoco, el pasado 28 de septiembre, mientras lo custodiaban agentes de la AFI.

Dijo que despidió al sujeto cuando lo sorprendió en un “pequeño robo”, sin embargo, 10 días después su hija desapareció.

Añadió que desde un principio entregó a las autoridades una lista de presuntos sospechosos del rapto su hija, entre los que se encontraba su ex chofer, pero hicieron caso omiso de sus apreciaciones.

Explicó que Oscar Ortiz se encuentra en el Centro Nacional de Arraigos sujeto a investigación por la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada, sin embargo, teme que las autoridades lo pongan en libertad.

Detalló que la captura del presunto responsable no es un trabajo de inteligencia de las autoridades, sino producto de la conciencia ciudadana, ya que una mujer se atrevió a denunciar al sospechoso, pues de lo contrario no habría ningún detenido.

Vargas Basáñez denunció que las autoridades han desestimado las pruebas presentadas en contra del inculpado, y como resultado de las investigaciones oficiales sólo les han dicho que no hay nada en concreto, a pesar del sujeto que tienen arraigado, así como del vínculo familiar de éste con secuestradores de la talla de El Flaco.

Asimismo, lamentó que las autoridades le pidan paciencia en las investigaciones del secuestro de su hija Silvia, cuando lleva un año, dos meses y 16 días que se cometió el plagio y a la fecha no tienen datos firmes sobre el caso.

Asimismo, agregó que los peritos no tomaron las huellas digitales de la camioneta en la que viajaba su hija, por lo cual dichas pruebas se han perdido, todo lo cual ha creado suspicacias hacia la credibilidad del trabajo de la PGR y la PFP.

Respecto al plazo de 100 días del Pacto Nacional de Seguridad, Vargas dijo que el plagio de su hija no ha tenido un plazo, pues ya lleva sin resolverse más de un año y de los únicos que ha recibido apoyo es de los medios de comunicación, pero sobre todo de la sociedad, pues a través de una denuncia ciudadana se logró dar con el paradero del presunto plagiaro de su hija.

Señaló que las autoridades no se molestaron ni siquiera en rastrear la información del teléfono celular que fue utilizado para iniciar con las negociaciones»³.

Posteriormente aparecieron los restos del cuerpo de su hija muerta.

Cabe aclarar que tanto Fernando Martí como Nelson Vargas, son personas de alta capacidad económica, por eso los escucharon, pero ¿que pasa con los cientos de personas que son secuestradas y/o muertas, cuya familia no tienen el nivel económico para protestar frente a los medios? Esas quedan en la cifra negra.

El gobierno confunde la lucha contra la inseguridad al ufanarse de estar atacando el narcotráfico, lo que no dudamos sea un rubro de delincuencia, pero lo que la ciudadanía quiere es seguridad para andar en las calles sin que lo asalten, sin que lo secuestren.

³I. YÁÑEZ G., «¿Que no tienen nada?, jeso es no tener madre!», dice Nelson Vargas sobre pesquisas de PGR y SSP para encontrar a su hija, en *La crónica de hoy*, 27 de noviembre de 2008, México (http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_nota=400506).

Los gobernantes hacen como que no pasa nada. Cuando la población decide protestar haciendo una marcha pacífica, vestidos todos de blanco en señal de solicitud de paz, responden a los medios de comunicación que los manifestantes no son ciudadanos comunes, que son organizaciones de partidos políticos para desacreditar al gobierno en turno.

Si no hubiese estado yo presente en una de las marchas contra la inseguridad que se han llevado a cabo en nuestra ciudad, lo creería, porque en materia de política, en México, todo es posible.

Pero como si estuve, como si me tembló el corazón al ver a las miles de personas que angustiadas solicitaban a su gobierno la seguridad a la que tenemos derecho, (no es ningún favor), como si lloré con ellos al ver sus mantas con fotografías de familiares secuestrados de los que hacía ya mucho tiempo no conocían su paradero.

Como si se me erizó la piel al escuchar miles de voces al unísono entonar la letra del himno nacional mexicano, y juntos exigir: «Ni uno más». Luego entonces, si puedo aseverar, sin temor a equivocarme, que era una marcha real, llena de miedo, de ira, de impotencia ante la impunidad de la delincuencia y la pasividad e indiferencia de sus gobernantes.

El 29 de noviembre de 1997 se llevó a cabo una primera gran marcha ciudadana contra la inseguridad. Por la ruta de Paseo de la Reforma, avenida Juárez y la calle de Madero.

De esta primera marcha, y en relación con la segunda, encontré las siguientes alusiones:

«El 27 de junio de 2004, otra vez con prendas blancas, de nuevo del Ángel de la Independencia al Zócalo capitalino, miles de personas marcharon para exigir un México sin violencia.

Una creciente ola de secuestros, como el de ocho empresarios españoles cometidos en menos de tres meses, el asesinato sistemático de mujeres en Ciudad Juárez, los recurrentes secuestros express en taxis del DF, entre otras expresiones de la delincuencia, motivaron a la sociedad para que saliera de nueva cuenta a la calle, para exigir a las autoridades la coordinación y la acción necesarias a fin de acabar con la inseguridad.

Los video escándalos que cimbraron al gobierno de Andrés Manuel López Obrador estaban recientes. El entonces jefe de Gobierno del DF y el presidente Vicente Fox protagonizaban una pugna política que dura-

ría los años que le restaban al sexenio. La coordinación se reducía a lo indispensable.

En ese ambiente de crispación política, las razones para marchar evocaban a las exigencias de una movilización similar que había tenido lugar siete años atrás.

El 29 de noviembre de 1997 se llevó a cabo la primera gran marcha ciudadana contra la inseguridad. Con la misma ruta que se siguió aquella vez, los contingentes en la movilización de 2004 avanzaron por Paseo de la Reforma, avenida Juárez y la calle de Madero.

Era el mismo camino, los mismos planteamientos y las respuestas también fueron similares a las de la ocasión anterior, con discursos y compromisos de los políticos que derivaron en algunas acciones, pero ninguna de ellas fue permanente.

Así, por ejemplo, nueve estados del centro del país -Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Veracruz, Michoacán, Puebla, Tlaxcala y estado de México-, integraron un comando especial contra la delincuencia que entró en operaciones el 12 de julio de ese año.

La medida contempló el despliegue de 25 mil policías en la región para crear un “cinturón” policiaco que restringiera la entrada y salida de delincuentes de un estrado a otro. El gran despliegue sólo fue memorable por las fotos.

Tras la marcha del 27 de junio Andrés Manuel López Obrador sorprendería a propios y extraños con sus declaraciones.

El tabasqueño acusó “mano negra o blanca” en esa movilización. Dijo que la protesta había sido resultado de la manipulación de la derecha, el oportunismo del gobierno federal y el amarillismo de los medios de comunicación.

Días después diría que con esa declaración no había ofendido a nadie y por eso no podría disculparse ante nadie, aunque en la segunda semana de julio se reunió con los organizadores de la marcha, con quienes acordó practicar auditorías permanentes a las cifras delincuenciales de la Secretaría de Seguridad Pública y la Procuraduría General de Justicia de la ciudad.

Además, el tabasqueño les dijo que podrían acudir a las reuniones diarias del gabinete de seguridad y justicia; le tomaron la palabra la dirigente del movimiento Pro Vecino, Laura Elena Herrejón y el presidente del Consejo Ciudadano de Seguridad del DF, Fernando Shütte.

Pero las auditorías y la participación ciudadanas no fueron permanentes; después de la marcha comenzaron las divisiones entre los propios convocantes a la movilización, lo que diluyó el seguimiento de las exigencias.

A nivel federal Vicente Fox presentó un plan anticrimen el 1 de julio, que incluía 10 acciones concretas como la entrega de recursos adicionales a los estados para el combate a la delincuencia, la integración de un grupo especial antisequestros y la homologación de penas contra ese delito en todo el país.

Fox dijo que tendría resultados en 60 días, pero se adelantó y el 16 de agosto de ese 2004 salió a decir que las 10 acciones se habían cumplido, lo que no compartieron gobernadores y convocantes de la marcha, quienes acusaban que las medidas no iban al fondo del problema y sólo pasaba la responsabilidad a las entidades.

Concluyó su gestión y la delincuencia sigue sin freno. Hoy vendrá otra marcha»⁴.

La segunda marcha efectuada el 27 de Junio de 2004, salió de las calles de reforma con dirección al zócalo de nuestra ciudad

A este respecto, la fuente de información «Orizaba en red», vía Internet, informó:

México. «Más de un cuarto de millón de mexicanos rechazaron este domingo la delincuencia a la que dijeron “Ya basta” en una histórica marcha en la capital mexicana, y exigieron a las autoridades acabar con la inseguridad en todo el país.

Los centenares de miles de personas vestidas de blanco se convirtieron en un caudaloso torrente ciudadano que exigió castigos más severos a los delincuentes y la pena capital contra los secuestradores.

La marcha, que se extendió más de cuatro kilómetros por el Paseo de la Reforma, una de las avenidas más amplias de la capital, se prolongó durante varias horas y concluyó oficialmente con el Himno Nacional interpretado por los manifestantes.

“Esta marcha es histórica y lo importante es que nos unimos todos los mexicanos que hemos sido afectados por la delincuencia”, explicó

⁴ *Marcha contra la inseguridad: Cuatro años y siguen las mismas razones*, en *El Universal*, 27 de Junio de 2004, México (<http://www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/marcha-contra-la-inseguridad-cuatro-anos-y-siguen-las-mismas-razones>).

una de las organizadoras de la marcha y representante de la organización México Unido contra la Delincuencia, María Elena Morera.

La activista dijo que es “muy difícil cuantificar cuantas personas se sumaron al movimiento”, aunque diversos medios informativos calcularon que la asistencia fue de un cuarto de millón de personas y que incluso superó las 300 mil.

“Cuántas personas se movilizan en esta marcha realmente no se puede decir, pero son ríos de personas. Es increíble la gente congregada y que, por supuesto, esto permite dar una clase a todos los que descalificaba esta marcha al señalar que se trataba de un complot político”, resaltó Morera.

Aclaró que las más de 80 organizaciones convocantes acordaron «evitar protagonismos» por lo que no hubo ningún discurso, y añadió que «las peticiones (para acabar con la delincuencia) ya se entregaron por escrito a los Gobiernos (federal y estatales).

Por otra parte, la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México rehusó dar un cálculo sobre los participantes de la marcha, aunque destacó que se tuvo un “saldo blanco”.

En la movilización participaron familias enteras, jóvenes, ancianos, amas de casa y personas en silla de ruedas, entre quienes estaban los familiares de las víctimas de secuestros y robos que enarbolaron consignas de “Ni uno más” y “Pena capital a los secuestradores”.

Asimismo, abundaron las pancartas en las que pedían a las autoridades dejar de lado sus divergencias políticas y “ponerse a trabajar por la seguridad”.

En la retaguardia de la marcha participaron grupos de motociclistas y una media decena de personas a caballo».

3. — «1. Reintegrar a la sociedad en torno al respeto a la ley y a los derechos humanos, por medio de una campaña intensa, masiva e integral de fomento a la cultura de legalidad.

2. Superar la falsa disyuntiva entre la eficacia en la aplicación de la ley y el respeto a los derechos humanos, por medio de la implementación de sistemas modernos de rendición de cuentas.

3. Superar el espejismo del endurecimiento penal y dirigir la presión

social hacia la eficacia de las autoridades, mediante la creación de informes mensuales de resultados contra la delincuencia y la violencia, accesibles a todo público y presentados por los medios de comunicación en los horarios de mayor audiencia.

4. Reintegrar la policía preventiva a la sociedad, mediante la adopción prioritaria, por parte de todas las instituciones policiales uniformadas, de programas de prevención comunitaria del delito y de policía comunitaria.

5. Incrementar la calidad del desempeño policial, mediante la creación de monitores independientes especializados.

6. Proteger a los policías mediante la creación del Ombudsman del policía.

7. Reorganizar de manera integral la gestión de las instituciones responsables de la seguridad pública y la justicia penal, por medio de la adopción de indicadores de desempeño, modernos y públicos.

8. Convocar a la Organización de las Naciones Unidas a la instalación de una comisión multinacional de expertos, encargada de evaluar el diseño normativo e institucional mexicano en seguridad pública y justicia penal, y emitir un informe de conclusiones y propuestas.

9. Vencer la inercia ciudadana hacia la tolerancia y exigencia de medidas autoritarias contra la violencia y el delito, por medio de campañas de información sobre sus efectos en contra de la propia sociedad y sobre la existencia de propuestas democráticas exitosas contra la inseguridad.

10. Someter a revisión los criterios de reserva de información con respecto a la seguridad pública, adoptados tanto en las normas como por las instituciones responsables de la misma, bajo el nuevo sistema de acceso a la información pública, de manera que dichos criterios no sean utilizados para impedir el escrutinio legítimo por parte de los ciudadanos. 27/06/2004. Nota No. 23886»⁵.

⁵*Mega marcha en la ciudad de México en contra de la delincuencia, en Orizaba en red, 27/06/2004. Nota No. 23886* (<http://www.orizabaenred.com.mx/cgi-bin/web?b=VERNOTICIA&{num}=23886>).

Me gustaría destacar que en esta marcha, las autoridades se negaban a ver lo incuestionable.

– Esto me hizo recordar una situación amorosa que me contaron, y que viene a colusión: Una esposa descubre a su marido en pleno encuentro amoroso con otra mujer, y el esposo ante lo evidente le dice: «¿a quién le vas a creer a tus ojos o a mi?» –

Igualmente, el gobierno no quiso ver lo innegable, se negaron a contabilizar la cantidad enorme de personas vestidas de blanco que asistieron a la marcha. Cuando las televisoras transmitan ríos y ríos de personas manifestándose contra la inseguridad.

Algo que nunca se dijo en ningún medio, y que quiero destacar es que esos ríos de manifestantes, había que multiplicarlos, ya que conforme me consta; la marcha se llevó a cabo de la siguiente manera:

El primer contingente llegó al punto de partida y realizó su marcha, – pacífica, y temerosa, pero a la vez valiente, muy valiente – con dirección al zócalo de la ciudad de México, al llegar a este, solo se le permitía al contingente (integrado por miles de personas) llenar el zócalo y permanecer a lo sumo un minuto, por lo que se entonaba el himno nacional mexicano y se le obligaba a retirarse, para que llegara el siguiente contingente, y así, infinitamente, minuto tras minuto de las horas que duro la marcha.

Los periódicos llegaron a calcular 500,000 personas, llenando las calles de reforma (una de las principales avenidas de la ciudad de México), el zócalo y las calles circundantes. Pero si lo multiplicamos por cada minuto que transcurrió, aún me pregunto cuantos cientos de miles acudieron a ella.

Pasado el tiempo, la ciudad de México se vuelve a manifestar en otra marcha contra la inseguridad, ¿cuantas marchas más serán necesarias para que el gobierno tome acciones reales?

A este respecto, se encontró la siguiente información:

«La marcha contra la inseguridad no sólo busca despertar las conciencias sino movilizar las voluntades de participantes y autoridades, afirmó Laura Elena Herrejón Caballero, vocera de los organizadores de la marcha Iluminemos México.

Esta manifestación es una gran convocatoria, un llamado a unir fuerzas contra la impunidad, afirmó en entrevista.

A menos de 12 horas de la manifestación que partirá a las 18:00 horas del Ángel de la Independencia al Zócalo capitalino recordó que a las 20:00 horas en punto se entonará el Himno Nacional y se depositarán miles de velas encendidas en torno a la bandera monumental.

Herrejón Caballero reiteró el llamado a toda la ciudadanía para que participe en la movilización que estará alejada de colores, religiones e ideologías, pues «no se trata de dejar únicamente a las autoridades la solución del problema».

Pidió a las personas que no puedan asistir a la marcha que coloquen en la entrada de su puerta, jardín o centro de su comunidad una veladora porque su luz «iluminará a todo México».

A lo largo de todo el trayecto por Paseo de la Reforma, Juárez y el ingreso al Zócalo de manera simultánea por las calles de Francisco I. Madero, 5 de Mayo y 16 de Septiembre habrá un grupo de voluntarios de vigilarán el trayecto.

Sin embargo, la seguridad estará a cargo de tres mil elementos policíacos en el operativo de casi 12 horas que iniciará este mediodía y se mantendrá hasta los primeros minutos de mañana domingo.

Resaltó que los organizadores entregarán este domingo al presidente Felipe Calderón y al jefe de gobierno capitalino, Marcelo Ebrard, un documento con 10 propuestas ciudadanas para acabar con la inseguridad.

Entre las organizaciones participantes destacan Generación 20-30, Unión Nacional de Padres de Familia, Hombro con hombro somos más, Cruz Roja Mexicana, Acción Ciudadana, además de Boys Scouts, y se sumará el empresario Alejandro Martí, padre del joven Fernando Martí quien fuera secuestrado y asesinado por sus plagiarios»⁶.

En la segunda marcha por la seguridad, hubo una gran burla hacia la ciudadanía, pero sobre todo al gobierno y a sus autoridades, a fin de demostrar su impunidad, y en el colmo del cinismo y la desvergüenza, secuestradores cobraron un rescate de un chico de doce años de edad, en plena marcha contra la inseguridad.

⁶ *Reiteran llamado de la ciudadanía para que participe en la marcha Iluminemos México*, en *Noticieros Televisa*, Ago. 30, 2008, Ciudad de México, México (<http://www2.esmas.com/noticierostelevisa/mexico/009190/marcha-contra-inseguridad-busca-movilizar-voluntades>).

Lo cual los ciudadanos interpretamos, como un «miren lo que hacemos con sus marchas, y para lo que nos importan».

No es posible que habiendo la seguridad implementada para una manifestación tan numerosa, se haya efectuado el pago del rescate sin que las autoridades se percataran.

¡Hasta donde ha llegado la impunidad en México!, ¡Qué Dios nos ampare!

A este respecto el periódico el universal publicó el siguiente artículo:

«Los secuestradores de jovencito de 12 años pidieron a los padres de su víctima pagar su rescate en la movilización».

«El pasado sábado, mientras miles de personas marchaban por las calles de la zona centro de la Ciudad de México para demandar a las autoridades, acciones en contra de la delincuencia, una familia pagó el rescate para recuperar a su hijo que había sido secuestrado.

La señora Laura Martínez confirmó que para liberar a su hijo de 12 años, los secuestradores le pidieron a su esposo que acudiera a la marcha Iluminemos México celebrada el pasado 30 de agosto a las 18:00 horas.

De acuerdo con el testimonio de Martínez, ofrecido a W Radio, los presuntos delincuentes solicitaron al padre de la víctima que esperara en el Ángel de la Independencia a las 17:00 horas, de donde le pidieron que marchara a la Glorieta de Colón.

Me lo traían de un lado para otro, y ahí fue donde le dijeron que fuera al edificio de la Comisión Federal de Electricidad, colgaron, volvieron a llamar diciendo que no, que mejor se fuera a la calle de Roma y Berlín, ahí había un puesto de periódicos, que ahí dejara el dinero en una bolsa negra de plástico y obedecimos lo que ellos pidieron.

«A los pocos minutos de dejar la bolsa aparece un Pointer color arena con los vidrios completamente polarizados, no se veía nada, baja de él un muchachito, joven él, bajó rápidamente y agarra la bolsa, se sube corriendo al carro, se marchan y 100 metros más adelante bajaron a mi niño», relató.

Martínez relató que el pasado 28 de agosto a las 14:00 horas, unos sujetos a bordo de una camioneta se llevaron a su hijo, quien jugaba con unos amigos afuera de su casa. Tuvo noticias de los plagiarios tres horas después, cuando solicitaron un millón de pesos de rescate.

«Empezaron las llamadas telefónicas, fueron alrededor de 15 llamadas en las cuales (hubo) amenazas, majaderías [...] estuvimos así hasta que pararon las llamadas, el 29 a la una de la mañana volvieron a llamar contactándonos, diciendo que como buena voluntad nos iban a bajar a 500 mil pesos y que los tuviéramos si no queríamos que le hicieran algo al niño, que fueran a mutilarle un dedito o me lo fueran a matar.

«El día 30 de agosto vuelven a llamar y le dicen a mi esposo que le completáramos 70 mil pesos y que fuera a la marcha, que ahí le darían más instrucciones. A las cinco de la tarde volvieron a llamar al celular de él y le dijeron que esperara en el Ángel de la Independencia.

Laura Martínez dijo que su familia decidió no denunciar los hechos ante la falta de confianza en las autoridades.

Finalizó diciendo que ella y su familia se irán del país»⁷.

Recuerdo también, con mucho impacto, a una mujer en especial, que estuvo en esta marcha y que fue entrevistada vía televisiva, la cual dijo algo que nunca olvidaré:

«Narró que su menor hija había sido secuestrada aproximadamente un año atrás y que a la fecha no sabía nada de ella, que había perdido contacto con sus captores y que en la última de sus conversaciones con uno de ellos, este le manifestó: “¡Si no pagas lo que te pedimos, recibirás a tu hija, pero en pedacitos!”.

A lo que la madre de familia con aterradora resignación les rogaba a los secuestradores de su hija a través de los medios de comunicación: “Aun que sea así, aun que sea en pedacitos, pero devuélvanmela”.

Con lo que quiso decir, que es más dolorosa la incertidumbre de su ausencia, de no saber si está sufriendo, de lo que le estarán haciendo sus raptos, y que es “preferible” la certeza de su muerte, y el consuelo de llorar ante su tumba.

Como este caso, existen cientos más, como los que informan los medios electrónicos:

“Miles de mexicanos reclamaron a las autoridades por la creciente ola de secuestros en el país; este delito creció 35% en 2007, según datos del Sistema Nacional de Seguridad Pública”.

⁷ *Cobran rescate por plagio en marcha contra inseguridad*, en el Periódico *El Universal*, 29 de agosto de 2008, México (<http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/376153.cobran-rescate-por-plagio-en-marcha-contra-in.html>).

“Miles de mexicanos salieron el sábado a las calles de la Ciudad de México para unir sus voces en un solo reclamo: ‘¡Ya basta de secuestros, asaltos, violencia e impunidad en el país!’”.

La cita fue a las seis de la tarde del sábado 30 de agosto en el Ángel de la Independencia, ubicado en la avenida Reforma. Cientos de mujeres, hombres, niños y ancianos se reunieron un poco antes de la hora pactada para ganar un lugar al frente del contingente.

En las escalinatas del monumento, cientos de veladoras se encontraban encendidas y varias personas levantaban pancartas con frases de reclamo o denuncias de secuestros sin resolver.

Era el caso de Mónica Alejandrina Ramírez Alvarado de 21 años de edad, quien está secuestrada desde el 2004. Aunque ya se han realizado denuncias con las autoridades correspondientes, tanto en el Estado de México (donde ocurrió el evento), como con las policías federales, “sólo hemos encontrado silencio y promesas huecas”, dijo el padre de la desaparecida.

A las 5:30 pm, poco antes de lo pactado, y después de la fuerte lluvia una hora antes de la partida, se inició el recorrido por las calles de la avenida Reforma.

En su andar la gente gritaba consignas como “ya basta de secuestros; no a la violencia, sí a la paz; y si no pueden que renuncien (las autoridades)”. El contingente que lideraba la marcha alzaba una gran pancarta que decía “Todos queremos seguridad, justicia y paz”.

Minutos antes de las siete de la noche las primeras personas se incorporaban a la gente que ya se encontraba en el Zócalo capitalino. Poco a poco se fueron distribuyendo por la explanada, formando un círculo alrededor del asta donde ondeaba la bandera de México.

Con la mayor parte de la gente ya reunida en el la Plaza de la Constitución, pues algunas aún no llegaban a la plancha central, se entonó el Himno Nacional , justo cuando empezaron a repicar las campanas de la Catedral Metropolitana a las 8:30 de la noche.

Tras cantar el himno, poco a poco el Zócalo se empezó a iluminar cuando la mayoría de las personas ahí reunidas comenzó a encender veladoras o linternas al grito de ¡México, México, México!

Alrededor del asta bandera se empezaron a colocar cientos de vela-

doras como símbolo de todas las personas que han sido víctimas de algún tipo de secuestro o delito en el país.

Aún no dejaban de sonar las campanas de la catedral cuando las personas comenzaron a retirarse al sentir una ligera lluvia; otras personas seguían gritando y reclamando justicia a las autoridades por el alza de los secuestros en los últimos años»⁸.

Lamentablemente fue necesaria la muerte del joven Fernando Martí, hijo del exitoso empresario mexicano Alejandro Martí para que la opinión pública volteara sus ojos nuevamente hacia el tema del secuestro, como lo relata la misma fuente de información, junto con el caso de Silvia Vargas Escalera, hija de Nelson Vargas, otro importante empresario mexicano:

«La marcha de este sábado pasado fue convocada pocos días después de que se informara del secuestro y homicidio de Fernando Martí, hijo del empresario mexicano Alejandro Martí y ex dueño de las tiendas deportivas Martí y los gimnasios Sport City.

El joven de 14 años, fue secuestrado a inicios de junio en un falso retén policiaco al sur de la Ciudad de México, y dos meses después fue encontrado muerto. Aunque sus familiares pagaron el rescate, los secuestradores nunca devolvieron a la víctima.

Se presume que la banda La Flor está detrás de este delito, junto con unos 15 policías encubiertos.

En México, el número de secuestros se elevó un 35% en 2007 con respecto al año previo, según datos del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Durante el 2006 se denunciaron 325 plagios, el año pasado el número se expandió a 438 quejas.

El Consejo Ciudadano de Seguridad Pública indicó en días recientes que de 1995 a 2007, se han denunciado alrededor de 1,554 plagios. Tan solo en 2008 se han registrado unos 400 plagios, indicó el Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad.

Según una organización no gubernamental, México ocupa el primer lugar a nivel mundial en número de secuestros, justo adelanta de Irak y la

⁸E. DUARTE RIONDA, *México marcha contra el secuestro*, en *CNNExpansión.com*, Domingo, 31 de agosto de 2008, México (<http://www.cnnexpansion.com/actualidad/2008/08/31/mexico-marcha-contra-el-secuestro>).

India, Sudáfrica, Brasil, Pakistán, Ecuador, Venezuela, Colombia y Bangladesh.

La ONG, IKV Christi, calcula que en 2007 se realizaron unos 7,000 secuestros. En 2006 el número de plagios a nivel mundial fueron de 25,000.

Otro de los casos más sonados es el de Silvia Vargas Escalera, hija del ex director de la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte (Conade), Nelson Vargas, quien fue secuestrada hace 11 meses y aún no se sabe del paradero de la joven. (Posteriormente fueron encontrados enterrados sus restos)

El pasado 19 de agosto el presidente de la República, Felipe Calderón, se reunió con el Consejo Nacional de Seguridad Pública, donde se firmó el Acuerdo Nacional de la Seguridad que contiene 74 puntos donde se prevé la creación de iniciativas de reforma en materia penal, la creación de una ley general contra el secuestro y más recursos para estados y municipios para enfrentar a la delincuencia organizada»⁹.

La violencia extrema de los secuestradores, la podemos ver todos los días en los periódicos de mayor circulación, en lo que encontramos titulares tan aberrantes como: ¿OREJA O DEDO?¹⁰ «¿qué es lo que quieres que le mande a tu familia, una oreja o un dedo? Así narra una víctima del secuestro la frase con que una secuestradora francesa (como si no tuviéramos suficiente con los mexicanos) lo amedrento, dándole a escoger que parte del cuerpo prefería que le mutilara para enviárselo a sus familiares para efecto de presionarlos psicológicamente para que pagaran su libertad.

La víctima, entrevistada por el periódico el universal, “narró que durante su cautiverio la francesa y los otros lo golpeaban mucho, “me daban cachetadas y golpes en todo el cuerpo; se burlaban de mí cuando estaba desnudo y me bañaban”.

“Ella no tuvo clemencia cuando rogaba por mi vida, tenían intenciones de asesinar me ya que les vi la cara de algunos de ellos, y eso ocurre

⁹ ÍD., *México secuestrado*.

¹⁰ Titular del Periódico *La Prensa*, Organización Editorial Mexicana, Año LXXXI, número 29, 294, p. 1.

cuando ya no les importa ser reconocidos, porque tomaron la determinación de no dejar testigos” dijo»¹¹.

El secuestro en su transformación, se ha vuelto cada vez más violento, más sanguinario. Para muestra basta leer la siguiente información:

«Secuestradores asesinaron con una inyección de ácido a un niño de 5 años que habían plagiado días antes en la ciudad de México, luego de enterarse que la policía los buscaba, informaron autoridades locales.

“Las autoridades mexicanas capturaron a una familia de secuestradores que asesinó a un niño de cinco años al que mantenía cautivo, tras saber que la policía les seguía la pista. (EFE)

El procurador de la capital mexicana, Miguel Ángel Mancera, dijo este lunes en Radio Fórmula que todos los presuntos involucrados en el secuestro y asesinato fueron detenidos y puestos a disposición de un juez.

Los presuntos plagiarios asesinaron al menor “aplicando una inyección letal al corazón de ácido”, explicó el funcionario.

La Procuraduría informó en un comunicado que cinco personas fueron detenidas, incluido un menor de 17 años, quienes pretendían cobrar 300 mil pesos.

Las aprehensiones ocurrieron gracias a la denuncia de un taxista, quien tras ver en la televisión el anuncio sobre la desaparición del niño, recordó que era el mismo menor que días antes había trasladado junto con algunos adultos desde el oriente de la capital hacia un municipio del Estado de México.

El taxista regresó a la zona donde los presuntos plagiarios le solicitaron el servicio y logró ubicar a los padres del niño, con quienes acudió a las autoridades, señaló la Procuraduría.

Los cinco presuntos plagiarios fueron detenidos en diversas viviendas del Estado de México, vecino a la capital, quienes según la procuraduría reconocieron el secuestro del niño.

Los detenidos refirieron a las autoridades que uno de ellos se enteró que la policía los buscaba, por lo que decidieron llevarse al menor a un cerro donde lo asesinaron y enterraron»¹².

¹¹ *Ibíd.*, A. MAGAÑA, «Revelan la sangre fría de francesas», p. 44.

Existen aberraciones tales como el hecho de que un delincuente tenga tatuado en su cuerpo la leyenda: «Perdóname señor, si los hago sufrir».

¿Cómo alguien se puede atrever a pedir perdón a su Dios por las atrocidades que comete? Siempre he pensado que una persona que lastima a sus semejantes -o a cualquier ser vivo- necesita tener cierto grado de locura para hacerlo sin remordimiento, en este caso, me preguntó: ¿Será una especie de locura conciente?

Por otro lado es impresionante la *creatividad* - si así se le puede llamar, por que no existen los valores negativos- de los secuestradores para capturar a sus víctimas.

Las innumerables modalidades que utilizan estos delincuentes es impactante, cada día aparece nuevas técnicas, de las que por voces de nuestro entorno nos enteramos:

En México abordar un taxi, representa un potencial riesgo de sufrir un secuestro express, denominado así por su supuesta pronta duración.

El modus operandi, es el siguiente: el usuario aborda el taxi, el conductor realice acciones tendientes a permitir que otros sujetos suban al auto, si el pasajero lleva tarjetas de crédito, dependerá del límite de crédito que tenga en ellas, para poder calcular sus días de cautiverio, ya que los cajeros automáticos solo permiten retirar por día cantidades que van de los tres mil a los cinco mil pesos.

Salir o llegar a casa, sacar o introducir tu vehículo a tu hogar, acciones tan sencillas, implican otro riesgo, por que te pueden estar esperando para hacerte víctima de un secuestro (o en el menor de los casos, un asalto).

No se diga retirar dinero de bancos o cajeros automáticos, generalmente los denunciante manifiestan sospechas fundadas de que los cajeros o personal de los bancos les proporcionan la información exacta a los plagiarios o ladrones, quienes cuando abordan a su víctima ya saben la cantidad exacta que retiraron, en que parte de su ropa lo tienen e incluso en donde viven.

El Aeropuerto de la ciudad de México también representa un peligro

¹² El siglo de *Torreón en línea*, AP/MÉXICO, *Secuestradores asesinan a niño con ácido*, 3 de Noviembre de 2008 (<http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/390706.secuestradores-asesinan-a-nino-con-acido.html>).

grande ya que cuenta con casas de cambio de moneda, diversos bancos y cajeros automáticos, por lo que no es recomendable retirar grandes cantidades de dinero. En esta área tan importante de la ciudad se ha presentado el fenómeno más generalizado, que es el de los taxis que esperan en las cercanías para encontrar a sus víctimas, por lo que se recomienda a los turistas solo utilizar los servicios de los taxis autorizados por el propio aeropuerto.

Hemos llegado al extremo de que a un mago mexicano llamado Ari Sandy, lo contrataron para un evento infantil, se presentó en el lugar y ahí mismo los secuestraron por 48 días, según el mismo lo narró, es decir, que ni siquiera tuvieron que esforzarse los delincuentes para capturarlo.

Otra modalidad que en este caso cambia de nombre el delito de secuestro para convertirse en extorsión, son las ya tristemente clásicas llamadas que los ciudadanos reciben en sus números telefónicos en los que dicen tener secuestrado a un familiar. Las personas ante el miedo de que sea verdad depositan en cuentas bancarias la cantidad exigida, o la entregan en donde se le indica. Aquí lo extraño, es que se cuenta con datos suficientes para la localización de los delincuentes toda vez que a través del número de cuenta se puede obtener toda la información del cuenta habiente, y sin embargo no pasa nada, nadie o casi nadie es detenido.

En algunas llamadas telefónicas, la delincuencia ha creado una modalidad que impacta al que la escucha, fingen la voz de una mujer u hombre pidiendo angustioso auxilio, diciendo «ayúdame papá» o «ayúdame mamá», etc, según sea el caso, los familiares en su terror creen reconocer la voz de la víctima y pagan el rescate.

Una modalidad más, es en la que te dicen que llaman de tu compañía telefónica, te informan que clonaron tu número telefónico, te piden que apagues tu celular por una hora para arreglar el problema, y durante ese tiempo extorsionan a tu familia diciéndole que te han secuestrado, y como la familia no se puede comunicar dado que está apagado su teléfono da por cierto el secuestro y paga el rescate.

Todos los días nos enteramos de nuevas formas de acción de la delincuencia, pero no de nuestras autoridades.

En México se creado toda una industria con el delito de secuestro,

ya que es una manera relativamente fácil de obtener dinero sin trabajar, prácticamente impune, pues nadie denuncia y nadie investiga.

Ya no se trata de únicamente de bandas organizadas «profesionales», las que se dedican al secuestro, ya cualquier persona lo hace:

Vecinos, amigos, familiares, conocidos, empleados, ex empleados, entre un infinito etcétera.

Incluso familias completas, se dedican a tan lucrativa actividad, como a continuación se narra:

El periódico el excelsior en línea, publicó el 23 de Julio de 2008 una nota escalofriante; «Atrapan a familia de secuestradores»:

«La banda de cuatro menores y tres adultos está vinculada con el secuestro de al menos cinco personas en Iztapalapa.

Policías judiciales capturaron a una familia que se dedicaba al secuestro al momento que intentaban cobrar el rescate por una de sus víctimas en calles de la delegación Iztapalapa.

Los hechos ocurrieron en las cercanías de la estación del metro Constitución de 1917 donde el padre de un joven plagiado, asesorado por agentes de la procuraduría capitalina, entregaría el dinero del rescate a cambio de su hijo.

El día del intercambio el afectado arrojó una bolsa con el rescate desde un puente peatonal y en ese instante aparecieron dos jóvenes que tomaron el paquete y corrieron en distintas direcciones.

Los adolescentes se dirigieron hacia la latera de Canal de Garay en donde se separaron, uno de ellos se fue por la calle Flor de Lis y el que llevaba el dinero siguió sobre la avenida, siendo capturado posteriormente en la cerrada de Gallardín.

Al momento de su captura los agentes se percataron que se trataba de un joven de tan solo 15 años de edad que se identificó como Lucio Alyair “N”. Luego de recuperar el dinero el menor fue interrogado y reveló la ubicación de la casa de seguridad donde tenían en cautiverio al joven de 19 años de edad.

Luego de obtener los datos los policías se trasladaron al domicilio ubicado en Villa General Mitre, manzana 18, lote 17, colonia Desarrollo Urbano Quetzalcóatl, delegación Iztapalapa en donde detuvieron al resto de la banda.

Se detuvo a la madre de los dos menores de nombre Rosa Elena Olguín Díaz, de 48 años de edad quien aceptó que mantuvo secuestrado al joven, sin embargo informó que lo liberó cuando uno de ellos la alertó de que habían sido sorprendidos por los judiciales y su hermano capturado.

También se detuvo a Ivonne Daniela Peña Olguín, de 21 años de edad, y tres de sus hermanos, menores de edad, quienes también participaban en cuidar a los plagiados. Además con información proporcionada por las detenidas, los agentes lograron asegurar a Martín Jiménez Arias, de 27 años de edad, quien es concubino de Rosa Elena, y el cual ha participado en diferentes plagios.

Durante sus declaraciones, los presuntos secuestradores confesaron haber intervenido directamente en más de cinco plagios, entre ellos el de un adulto mayor de 70 años, una mujer embarazada, un niño de ocho años y un empresario, de los que recibieron considerables sumas de dinero.

Una vez que el Ministerio Público integró los elementos de prueba al expediente por el delito de secuestro, consignó a las dos mujeres al juez penal en turno de la Penitenciaría de Santa Martha Acatitla; a Martín Jiménez al Reclusorio Preventivo Oriente, mientras que los cuatro menores fueron remitidos a la 57 Agencia del Menor, donde se resolverá su situación jurídica¹³.

El problema de que los captores sean conocidos de la víctima, es que existe un muy alto porcentaje de probabilidad de que privarán de la vida a la víctima para que esta no los pueda identificar y denunciar, entonces, escuchamos decir a las personas que se enteran de un secuestro: «ojala que se trate de profesionales».

Nos enteramos en nuestro entorno, que incluso a la familia le han dicho, «no te preocupes, no le va a pasar nada, esto es un negocio, nada personal». Aunque después la víctima sea encontrada muerta.

Es tan lucrativa esta «actividad» que muchas personas aprovechan el miedo de su familia para obtener dinero a cambio de su propia libertad,

¹³ F. CRUZ MONROY, *Atrañan a familia de secuestradores*, 23 Julio 2008 (<http://www.exonline.com.mx/XStatic/excelsior/template/content.aspx?se=nota&id=294193>).

fingiendo estar secuestradas, por ello nuestro código penal adopto la figura de «la simulación de secuestro», la cual contempla el artículo 167 de nuestro código penal vigente, el cual señala:

«A quien simule encontrarse privado de su libertad con amenaza de su vida o daño a su persona, con el propósito de obtener rescate o con la intención de que la autoridad o un particular, realice o deje de realizar un acto cualquiera, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a quinientos días multa. Las mismas penas se impondrán a cualquiera que intervenga en la comisión de este delito. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida, cuando sea cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado».

Entre otras repercusiones sociales que está produciendo este delito, es que nos estamos volviendo antisociales, todos dudamos de todos, no se puede (ni debe) hablar con extraños ni con conocidos de temas de solvencia económica, portar objetos caros, tener autos o casas lujosos, por que te vuelves blanco fácil, y además tendrás que escuchar, que fue tu culpa por ser ostentoso, es decir, está prohibido tener dinero. Aunque la delincuencia ya no se fija solo en los ricos, cualquier cantidad es buena.

Por otra parte, la afectación económica es muy fuerte, tuve conocimiento del caso de una persona que fue secuestrada durante ocho meses, tiempo que tardó su familia en vender cada una de sus propiedades.

Pero la afectación mayor, es el daño psicológico provocado, este es inmenso, no solo a la víctima, también a sus familiares y todo su entorno, amigos, compañeros, conocidos, etc. Los comentarios son que tanto la víctima como la familia que son los directamente afectados, ya no quieren salir a la calle, e incluso si tienen la posibilidad se van del país,

4. — Las causas de la impunidad son múltiples; Por que nadie denuncia; Por que si denuncias no pasa nada, o matan a tu familiar, por que corres el riesgo de que las autoridades estén coludidas con los criminales.

Por su parte, la frase favorita de las autoridades: es ¡Denuncien!, si no ¿cómo quieren que actuemos?, pero a la gente que se arma de valor y lo hace, nadie le garantiza el éxito de la investigación, y por lo tanto la vida de su familiar. ¿Qué hacer, entonces?

Una aberración más fue la de un caso en que la víctima fue privada de la vida, a pesar de que se había denunciado su secuestro, y en el colmo del cinismo, las autoridades manifestaron que los familiares habían tenido la culpa. ¿En manos de quienes estamos?

5. — Las cinco de la mañana de un día «x»; suena mi teléfono celular, como soy abogada que se dedica al ramo penal y mi especialidad es litigar con detenido, no me extraña su sonido. Sin embargo, también soy profesora universitaria de derecho penal, y curiosamente me siento responsable de la seguridad de mis alumnos ¿Será alguno de ellos? Late más fuerte mi corazón; ¿que pasará?

Generalmente el sonido de un teléfono a altas horas de la madrugada implica una desgracia, lamentablemente ya estoy acostumbrada.

De verdad, ¿estoy acostumbrada?

-¿Quién habla?, Pregunto:- Del otro lado de la línea una voz que se escucha desesperada, me dice: ¿Maestra? Y en ese momento escucho la frase que me han dicho tantas veces, pero que a pesar del tiempo, de la costumbre, y de la frecuencia con que la oigo, aún me aterra escuchar. ¡Secuestraron a mi papá!

¿Maestra? Repite la voz, soy yo, ¿me escucha? Al tiempo que se identifica diciéndome su nombre ¡Secuestraron a mi papá!, ¡Ayúdeme por favor!, ¿Qué debo hacer?, mi familia sabe que soy estudiante de derecho, y se está apoyando en mi para encontrar una solución, ¿Debemos denunciar?

Yo, aún semi dormida, trato de asimilar la gravedad de la situación. (¡No, Dios, otra vez no!, ¿cuantas veces más escucharé esa terrible frase?)

Una vez que estoy despierta, me repito mentalmente: ¿Debemos denunciar?

Por un breve momento pasa por mi mente las decenas de veces que he vivido esto con mis alumnos. En la vida real y en la impartición de mis clases de Derecho Penal, en ellas me escucho dentro de las aulas aleccionando a mis educandos:

«Si alguna vez, en el ejercicio de su profesión, alguien les pregunta si deben denunciar o no un caso de secuestro, ustedes deben tomar una posición neutral, explicar los pros y los contras de esta terrible decisión,

deberán explicar a los familiares, -quienes estarán aterrados esperando su respuesta- que serán ellos mismos quienes decidirán lo que hacer.

Es demasiada responsabilidad profesional y emocional, el tomar la decisión como abogados, ya que no hay nada controlado, y si las cosas salen mal, no podrás con ello el resto de tu vida. Solo los afectados directamente pueden tomar tan difícil decisión.

La primera pregunta que les harán es; Si denuncio: ¿Es seguro, que lo encontrarán y nos lo devolverán con vida?

¿Qué les van a contestar?, ustedes como sus asesores: Mi experiencia me dice que la respuesta es no, no hay ningún grado de certeza.

¡Ellos saben donde vivimos, y si toman represalias?, ¿Y si denunciarnos, y si son los mismos policías los que se encuentran coludidos? ¿Y si lo mutilan?, ¿Y si lo matan?

¿Quién puede tener la contestación a semejantes cuestionamientos?

En ese momento me viene (como respuesta) a la mente una frase que me dijo con un tono de voz desgarrador – que aún no logro apartar de mi mente – el familiar de un chico secuestrado que fue encontrado muerto, y *encajuelado* cuyo rapto fue denunciado legalmente:

¡Estamos solos, abogada!, no hay quién nos proteja, ¡los ciudadanos estamos solos!

VICENTE FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MÉXICO

SUMARIO: 1. Regulación constitucional. — 2. Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. — 3. Responsabilidad patrimonial a nivel federal. — 4. Reglas de procedencia. — 5. Daños reclamables. — 6. Indemnización por daños y perjuicios materiales. — 7. Indemnización por daños personales. — 8. Indemnización en caso de muerte. — 9. Indemnización por daño moral.

1. — En los meses de abril y junio de 1999, fueron presentadas dos iniciativas de reforma constitucional, por diputados del Partido Revolucionario Institucional y Partido Acción Nacional, respectivamente, ambas siguiendo o apoyándose en el trabajo realizado por Álvaro Castro Estrada, en las que se propone incorporar un segundo párrafo al artículo 113 de la Carta Magna, en el que se regulará la llamada responsabilidad patrimonial del Estado.

Después de seguir el procedimiento de reforma constitucional, el 14 de junio de 2002 se publicó el decreto correspondiente, mismo que de conformidad con el primer párrafo del único transitorio, entró en vigor el 1° de enero del año 2004.

Antes de la reforma constitucional, imperaba un régimen de responsabilidad civil, regulada por la legislación sustantiva de la materia. Efectivamente, el artículo 1927 del Código Civil Federal, establecía, antes de ser derogado al expedirse la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en enero de 2005, que:

«Artículo 1927. El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus empleados y funcionarios con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Licenciatura en Derecho y Economía en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Miembro de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE).

encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos».

Conforme a dicha regulación, que por cierto, quedó en esos términos al ser reformado en 1994, se desprende que el régimen de responsabilidad tenía las siguientes características: era una responsabilidad indirecta y subsidiaria, lo que significa que el gobernado que sufriera un daño por la actuación de un servidor público, como regla general, tenía que demandar a dicho servidor público, demostrar que el actuar había sido ilícito y doloso para que el Estado respondiera de manera solidaria, lo que hacía dicho proceder realmente como excepción, dada la complejidad de acreditar dicha ilicitud acompañada del dolo. La regla general, entonces, consistía en que el gobernado debía demandar al servidor público y cuando su actitud no había sido ilícita o dolosa, demostrar el daño causado y, solamente en el supuesto de que dicho servidor público no tuviera bienes suficientes con los cuales hacer frente al pago de la indemnización, podía el particular reclamar del Estado dicho pago. Desde luego dicho sistema propiciaba la irresponsabilidad del Estado mexicano, cuando sus funcionarios causaran daños a los gobernados. Realmente era extraordinario ver sentencias condenatorias al Estado por responsabilidades de este tipo.

Esta distorsión fue lo que provocó o dio pauta a que se reformara la constitución, cuyo segundo párrafo del artículo 113 quedó en los siguientes términos:

«La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes».

Este pequeño párrafo tiene una gran importancia en el sistema jurídico, político y económico del Estado Mexicano. Desde luego, representa un avance en el derecho administrativo, puesto que hace responsable al Estado de manera objetiva y directa.

Con la aprobación de la incorporación de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, surgieron varias preguntas: ¿Qué daños son

los resarcibles? ¿Cuál es la actividad administrativa irregular? ¿Qué significa y cuál es el alcance con el hecho de que la responsabilidad sea objetiva y directa?

No es tarea fácil arribar a conclusiones. Se han dado diversas posturas, sobre todo en lo que atañe a la aparente contradicción en el mismo texto constitucional, en el sentido de que la responsabilidad objetiva choca con la expresión «actividad administrativa irregular», puesto que en el derecho civil siempre se ha entendido a la responsabilidad objetiva como la que va ligada al daño, es decir, que basta que se cause la afectación para que se haga responsable al que lo generó, sin importar si dicha conducta es normal o anormal (como se dice en el caso español), regular o irregular como en el supuesto en comento.

La propuesta inicial se basó en la legislación española que retomó el mismo Castro Estrada, consistente en una responsabilidad objetiva entendida como aquella actuación dañosa que hace responsable al agente sin importar si éste quiso o no causarla y, más aún, sin ser relevante que esa conducta haya sido normal o no, irregular o no. Hay quienes insisten que no hay contradicción alguna en el texto constitucional, sino que simplemente es un sistema *sui generis*, dado que la responsabilidad objetiva diseñada debe entenderse no a la luz del derecho civil, sino conforme a las reglas del derecho administrativo y, en consecuencia, la actividad para ser responsable debe ser irregular, calificativo que desde luego habrá de analizarse y precisar sus alcances.

La interpretación doctrinal ha sido muy interesante y acertada en cuanto a buscar hacer funcional el sistema de responsabilidad patrimonial conforme a la situación mexicana. Para este trabajo, nos es de interés mayor destacar la interpretación judicial, puesto que al haber provenido de nuestro Máximo Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, ha alcanzado el rango de jurisprudencia y, por ello, obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales.

2. — El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 4/2004, llevó a cabo el ejercicio interesante y harto difícil de interpretar el texto constitucional.

Como parte fundamental a analizar por la Corte, estuvo desde luego la interpretación del segundo párrafo del artículo 113 constitucional, en

cuyas discusiones se dieron argumentos relevantes e interesantes que vale la pena destacar:

En la sesión del 29 de enero de 2008, el Ministro Genaro David Góngora Pimentel emite su opinión sobre la responsabilidad objetiva y la actividad administrativa irregular, en los siguientes términos:

«[...] mi óptica es que esta Suprema Corte, debe optar por la que resulte más garantista para los particulares, que en el caso consiste en entender por actividad administrativa irregular, toda aquella que cause un daño, reconociéndose así una responsabilidad patrimonial del Estado, amplia, pues un sistema de derecho administrativo, no es completo, sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado [...] considero que debemos interpretar actividad irregular: como toda aquella que cause un daño en el patrimonio de un particular cuando no exista el deber jurídico de soportarlo [...] desde mi punto de vista debe entenderse como toda aquella que cause un daño a los particulares y no solamente la que no cumpla con las disposiciones legales y administrativas que se deben observar».

El Ministro José Ramón Cossío Díaz, en la sesión del día 7 de febrero de 2008, expuso las ideas siguientes:

«[...] ¿cuándo se da una situación irregular? Creo que se da como se dice ahí cuando no se satisfacen condiciones normativas o parámetros creados en principio por la propia administración [...] Yo tampoco aceptaría entonces, la idea de abrir una responsabilidad objetiva directa por cualquier daño causado con independencia de actividades regulares e irregulares, etcétera; porque insisto, tampoco a mí me parece que estemos generando un beneficio social, en términos de la distribución de los ingresos [...] el sistema que tenemos no es un sistema de responsabilidad objetiva y directa puro, sino un sistema de responsabilidad objetiva, en el sentido que lo decía el dictamen de la Cámara de Diputados, pero filtrado por el tamiz de la actividad administrativa irregular».

Por su parte, el Ministro Sergio Armando Valls Hernández, coincidió sustancialmente con el Ministro Góngora, al sostener en la última sesión que:

«[...] la expresión actividad administrativa irregular, debe entenderse como toda aquella que cause un daño a un particular, pues en atención al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, debe atenderse primordialmente a la causación del daño, sin perjuicio de que éste hubiese derivado de la actuación regular o irregular del Estado, máxime si se entiende que no puede calificarse una actuación de regular, si con motivo de ella, se ha producido un daño que no se tiene obligación jurídica de soportar [...] la acepción que respecto de la expresión “actividad administrativa irregular” debe prevalecer, la que desde mi punto de vista, en concordancia con lo expresado por el ministro Góngora, debe ser aquella que la entiende como toda, toda actividad administrativa del Estado, que cause un daño al particular».

La Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, en la misma sesión, llegó a la conclusión de que:

«[...] La responsabilidad solamente puede ser por actividad irregular del Estado, y esa actividad irregular yo creo que podemos entenderla como un fenómeno de ilicitud, de ilicitud desde el punto de vista de no aplicación de la ley, o bien, de las disposiciones administrativas».

Para el Ministro Juan N. Silva Meza:

«[...] la expresión actividad administrativa irregular, para ser valorada objetivamente, desde mi punto de vista, tiene que acudir a un parámetro normativo, que permita determinar, efectivamente que esa actividad es contraria al marco normativo, y por ende, que el ciudadano tiene derecho a una indemnización, esto no es totalmente abierto, tiene que estar racional y razonablemente encausado a estos extremos, de una responsabilidad extracontractual, objetiva, entendida, en sentido estricto, y siempre, siempre dirigida en función de la actividad administrativa del Estado».

El Ministro Mariano Azuela Güitrón, externó de la siguiente manera su opinión sobre el tema a discusión:

«[...] Cuando ya se da el proceso legislativo, primero se usa una expresión que es actividad irregular, si se hubiera querido que tanto la regular como la irregular dieran como resultado la responsabilidad patrimonial objetiva y directa, pues una de dos, o se habría dicho la actividad regular o irregular, o se habría dicho simplemente la actividad administrativa del Estado [...] lo cierto es que en este momento sí me resulta convincente que la reforma al artículo 113, la adición de este régimen de responsabilidad patrimonial debe circunscribirse exclusivamente a la actividad irregular, lo que no le quita la característica de que sea objetiva».

Los demás Ministros no dieron mayores razonamientos a los antes señalados, debiendo destacarse que no obstante haberse manifestado los ministros Góngora Pimentel y Valls Hernández, por un sistema abierto de responsabilidad objetiva, es decir, que basta el daño causado para que se dé la procedencia del resarcimiento del daño, al final votaron a favor del proyecto modificado conforme a la opinión de la mayoría, de tal manera que aparece la ejecutoria votada por unanimidad.

Así pues, ya en el engrose de la sentencia, se observan las siguientes conclusiones respecto a la interpretación del Máximo Tribunal, sobre el segundo párrafo del artículo 113 constitucional:

«Una vez sentados los conceptos anteriores, podemos afirmar que el precitado artículo 113 constitucional, en su segundo párrafo, establece la responsabilidad del Estado únicamente respecto de los

daños que cause a los particulares con motivo de su actividad administrativa irregular, es decir, aquella que por acción u omisión incumpla con las obligaciones legales establecidas o por el funcionamiento defectuoso de un servicio; en este supuesto, el particular podrá demandar la indemnización directamente al Estado (responsabilidad directa) sin necesidad de ir en primer término en contra del funcionario a quien pudiera imputarse el daño, pues lo que determina la obligación, es la realización del hecho dañoso imputable al Estado (responsabilidad objetiva) y no la motivación subjetiva del agente de la administración. Asimismo, que las indemnizaciones a que tendrán derecho los particulares se determinarán conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes [...] lo que debe entenderse por responsabilidad directa y objetiva, apuntando que lo propio de la responsabilidad objetiva es la presencia del daño, que no se tiene el deber jurídico de soportar, producido por la actividad irregular del Estado; además, se apunta que lo irregular, en materia de responsabilidad objetiva, es la producción del daño, en tanto no se tenga la obligación jurídica de soportarla; es decir, con motivo de la actuación anormal del Estado. ...La reforma constitucional al artículo 113, en este punto, tuvo por objeto dejar sentado con toda claridad que, a partir de su entrada en vigor, cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, éstos podrán demandar directamente al Estado sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente a dicho servidor. Como se desprende de la lectura del proceso legislativo antes narrado, la responsabilidad objetiva es, en principio, aquella que no se tiene el deber de soportar; sin embargo, es pertinente subrayar que cuando el Constituyente señala que la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser directa, no está contemplando la existencia de un sistema de responsabilidad directa amplio, abierto a la mera existencia del daño ocasionado, sino que según se puntualizó en el análisis del dictamen elaborado por la Cámara de Diputados, esa responsabilidad ha de entenderse directa cuando los daños patrimoniales son causados por una actividad irregular del Estado, entendida a la luz de la teoría del riesgo, como actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal; es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración, y sin que en su realización hubiera intervenido el dolo. De esta manera, la diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño; en cambio, la objetiva se apoya, como ya se dijo, en la teoría del riesgo, donde resulta ajeno si hubo o no intencionalidad dolosa. Del contenido del proceso legislativo en estudio se advierte que, en un primer momento, el Constituyente consideró la posibilidad de implantar un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo amplio, que implicaba que bastaba la existencia de cualquier daño en los bienes o en los derechos de los particulares, para que procediera la indemnización correspondiente; pero posteriormente se decidió restringir esa primera amplitud, a fin de centrar la calidad de objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado a aquellos actos realizados de manera irregular, entendida ésta sólo como actividad anormal violatoria de la ley. Por tanto, debe sostenerse que la responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva, respecto de sus actos irregulares que causen daño patrimonial al particular. ... De esta manera, cuando el artículo 113 de la Constitución Federal alude a que la responsabilidad patrimonial del Estado surge si éste causa un daño al particular “con motivo de su actividad administrativa irregular”, en realidad, se está refiriendo al segundo caso; es decir, abandona toda intención de contemplar los

daños causados por la actividad regular del Estado; así como cualquier elemento vinculado con el dolo o la ilegalidad en la actuación del funcionario agente, a fin de centrarse en aquellos actos si bien propios del Estado, empero realizados de manera anormal; es decir, sin atender a las condiciones normativas o parámetros creados por la propia administración ... Por tanto, es claro que la noción de "actividad administrativa irregular" consignada en el segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución General de la República, ha de identificarse con la actuación estatal desplegada sin satisfacer la normatividad propia para la realización de ese acto».

3. — Atendiendo al mandato constitucional, plasmado en el artículo transitorio único del decreto de reforma al artículo 113, el Congreso de la Unión expidió la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004 y entrando en vigor el 1° de enero de 2005, es decir, justo con un año de retraso al mandato constitucional, puesto que según el citado artículo transitorio, tanto la federación como los estados, tenían el plazo existente entre la publicación del decreto de reforma constitucional (14 de junio de 2002) y su entrada en vigor (1° de enero de 2004) para expedir la legislación secundaria correspondiente.

Siguiendo también el mandato constitucional, el primer artículo precisa que

«la responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa», siendo de destacarse la expresión de *«responsabilidad extracontractual»*

del que no habla el texto constitucional pero que no distorsiona el sistema previsto sino que, por el contrario, deja en claro que dicha responsabilidad emana de la actuación estatal en una relación de supra a subordinación con el gobernado.

Por lo que hace a la *«actividad administrativa irregular»*, es de destacarse que el legislador ordinario dispuso qué debe entenderse por dicha expresión, precisando al respecto que es:

«aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate».

4. — En el artículo 2° de la Ley Federal de Responsabilidad Patri-

monial del Estado, se señalan los sujetos que podrán ser reclamados por sus actos, en los términos siguientes:

«Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal».

De dicho precepto jurídico se desprende como punto de partida, que son responsables *«los entes públicos federales»*, dando enseguida una lista enunciativa, más no limitativa de ellos, puesto que se culmina diciendo que también lo es *«cualquier otro ente público de carácter federal»*. Ahora bien, si se leyera de manera aislada el precepto de mérito, parecería que el gobernado estaría en posibilidad de reclamar el pago de los daños y perjuicios que recibiera no solamente de la administración pública, sino también del poder judicial y legislativo, pero respecto de los actos esenciales que emanan de ellos, es decir, por actos jurisdiccionales y legislativos, respectivamente, que provocaran el daño al particular.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el texto constitucional, su génesis e interpretación judicial, es claro en el sentido de haber excluido de responsabilidad – por lo menos bajo este sistema objetivo y directo — a los órganos del Estado al emitir actos jurisdiccionales y legislativos, debiendo recordarse que a diferencia del sistema español, cuyo modelo se siguió o pretendió seguir en México, el llamado error judicial no se incluyó para hacer responsable de los daños que se causen a los gobernados.

Así pues, cuando se precisan los entes públicos federales que constituyen el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, objetiva y directa, no debe perderse de vista que serán susceptibles de aplicarse la ley de mérito, siempre y cuando hayan realizado una *«actividad administrativa irregular»*, de tal manera que, aún y cuando en dichos sujetos se incluyan a los poderes judicial y legislativo, éstos responderán de los daños que causen, solamente cuanto los actos de los cuales derivan los daños, sean actos materialmente administrativos.

Cobra especial interés, el hecho de que se incluyan de manera específica, dentro de los entes públicos federales a los que les aplica la ley,

precisamente a los organismos constitucionales autónomos, que si bien es cierto han tenido tal relevancia al conformar al Estado, fuera de los tres poderes, hay casos como los de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que no obstante no tener fuerza vinculatoria sus actos, de considerarse irregulares los mismos y causar daño al particular, tendría que responder de manera objetiva y directa. De igual manera, tratándose de Banco de México, habrá que revisar si no cumplir a cabalidad con su encomienda constitucional de «procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional», podría ser considerada una actividad administrativa irregular y, por ello, responder por los daños y perjuicios que se llegasen a causar a los gobernados.

5. — Desde el segundo párrafo del artículo 113 constitucional, se hace referencia que el Estado responderá de los daños que cause en los bienes o derechos de los particulares, lo que se reitera en el artículo 1º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, al otorgarse el derecho a ser indemnizado cuando se sufran daños en sus bienes o derechos.

No obstante lo anterior, llama la atención el artículo 4º de la ley citada, al leerse en el mismo que:

«Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población».

Decimos que atrae la atención de manera especial dicho precepto, porque no solamente se habla de indemnizar por los daños causados, sino además de los perjuicios, lo que al parecer va más allá del propio texto constitucional. Sin embargo, dicho artículo 4º no es el único en el que se habla además de daños, de perjuicios: se hace en el 3º, 13, 15, 22, 23, 25, 28, 32 y 33, lo que nos muestra que no es fortuito que se hable de daños y perjuicios, sino que fue voluntad del legislador federal dejar claro que la responsabilidad del Estado alcanza para resarcir ambos, es decir, tanto los daños como los perjuicios.

Ahora bien, en términos de los artículos 2108 y 2109 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria a la Ley Federal de Responsabilidad

Patrimonial del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de dicho ordenamiento, los conceptos de daño y perjuicio son los siguientes:

«Artículo 2108. *Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.*

Artículo 2109. *Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación».*

Como vemos, el Estado deberá responder por la pérdida o menoscabo que sufra el gobernado en su patrimonio, por la actividad administrativa irregular, así como por los perjuicios, es decir, por las ganancias lícitas que debiera haber obtenido de no haberse dado dicha actividad administrativa irregular.

Del mismo artículo 4º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se desprende la obligación de responder por tres tipos de daños y perjuicios: los materiales, los personales y los morales, con la condición de que sean reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población.

Con dichos requisitos, pareciera tratar de cerrarse aún más la puerta de acceso a una indemnización, dado que, si bien es cierto, por lo que hace a que dichos daños sean reales, evaluables en dinero y que recaigan de manera directa en una persona, son lógicos y correctos en tanto son indispensables para que se pueda hacer efectiva la responsabilidad, pero, el último de ellos, consistente en que los daños causados deban ser desiguales a los que pudieran afectar al común de la población, es a todas luces desproporcionado, puesto que debe bastar que se demuestre que la afectación fue provocada por la actividad administrativa irregular del Estado, para que proceda su indemnización y no que, en los casos en que dicha actividad administrativa irregular afecte a una población, se deba demostrar también que fue «desigual» el reparto de daños entre dicha población.

6. — Para este tipo de afectaciones, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, remite, en su artículo 13, a diversos cuerpos

legales, simplemente dando como lineamiento, el que la cuantificación de las indemnizaciones deberá tomar en consideración los valores comerciales o de mercado.

Para empezar, debemos tener claro que los daños y perjuicios materiales, son los que se encuentran descritos en los ya citados artículos 2108 y 2109 del Código Civil Federal, es decir, la pérdida o menoscabo que sufra el gobernado en su patrimonio, por la actividad administrativa irregular, así como las ganancias lícitas que debiera haber obtenido de no haberse dado la actividad administrativa irregular.

Como se dijo, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, remite a otras legislaciones para cuantificar las indemnizaciones por daños materiales, siendo éstas, la Ley de Expropiación, el Código Fiscal de la Federación y la Ley General de Bienes Nacionales, sin que sea una lista limitativa, sino que se precisa que también serán aplicables otras disposiciones que tengan o puedan tener aplicación en estos casos.

Así, conforme a la Ley de Expropiación, para el caso de bienes inmuebles, la cuantificación se hará conforme a dictámenes de peritos que designen las partes y, en caso de contradicción, se designará un perito tercero en discordia, de tal manera que en los procedimientos que se lleven a cabo para hacer valer la responsabilidad de los entes públicos federales, cuando la actividad administrativa irregular cause el menoscabo en un bien inmueble, se deberá seguir el procedimiento señalado en dicha legislación.

De igual manera, la Ley General de Bienes Nacionales, contiene algunos elementos a aplicar, concernientes a la valuación de bienes, y por lo que hace al Código Fiscal de la Federación, es de resaltarse por su aplicación al tema de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del Estado, la regulación de las actualizaciones.

7. — En la fracción I del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se dan algunas reglas generales de la forma en la cual se podrán determinar las indemnizaciones por daños personales, haciendo remisión expresa a los riesgos de trabajo conforme a la Ley Federal del Trabajo.

De lo anterior, lo primero que se debe de atender, es precisamente a delimitar qué se entiende por *«daño personal»*, para lo cual al remitirse a los

riesgos de trabajo, conforme al artículo 473 de la citada Ley Federal del Trabajo, se entiende por riesgos de trabajo los accidentes y enfermedades que sufren los trabajadores por el ejercicio o desempeño de su trabajo. Ahora bien, se deberá entender como accidente, en términos del artículo 474 de la norma en comento, «toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en ejercicio, o con motivo del trabajo, cualesquiera que sean el lugar y el tiempo en que se preste».

Haciendo la derivación, tenemos que la indemnización por daños personales, se generará cuando el gobernado sufra o reciba una lesión orgánica o perturbación funcional, o caiga en un estado patológico, todo ello derivado de una actividad administrativa irregular de algún ente público federal.

Sí debe dejarse claro que aún y cuando la Ley Federal del Trabajo considera la muerte como un riesgo de trabajo, cuando ésta la cause la actividad administrativa irregular, no se indemnizará conforme a dicha normatividad laboral, sino de acuerdo al Código Civil Federal, por así prescribirlo expresamente la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en su artículo 14, fracción III.

Por lo que hace a la manera o procedimiento a seguir para el cálculo de las indemnizaciones, la misma Ley Federal del Trabajo las especifica dependiendo de si se ocasionó o no una incapacidad parcial o total, temporal o permanente, en los siguientes términos: 1) si la actividad administrativa irregular produjo en el gobernado incapacidad temporal, la indemnización consistirá *«en el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad de trabajar»*; 2) si la actividad administrativa irregular produjo en el gobernado incapacidad permanente parcial, la indemnización consistirá

«en el pago del tanto por ciento que fija la tabla de valuación de incapacidades, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad hubiese sido permanente total»;

3) si la incapacidad parcial consiste en la pérdida absoluta de las facultades o aptitudes del gobernado para desempeñar su profesión, se podrá aumentar la indemnización hasta el monto de la que correspondería por incapacidad permanente total; 4) si la actividad administrativa irregular

produjo en el gobernado incapacidad permanente total, la indemnización consistirá *«en una cantidad equivalente al importe de mil noventa y cinco días de salario»*.

Para determinar de manera exacta las cantidades a pagar, dado que en todo momento se remite a días de salario, de acuerdo a los artículos 484, 485 y 486 de la Ley Federal del Trabajo, el salario a considerar será el que tenía el gobernado que resintió el daño, el que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo, pero tampoco podrá exceder del doble de dicho salario mínimo, es decir, que en los casos en los que el gobernado perciba por su trabajo el equivalente a cinco salarios mínimos, la indemnización del Estado será considerando como máximo el doble de dicho salario mínimo.

Finalmente, por lo que hace a la indemnización por daños personales que venimos comentando, debe tenerse en consideración que además de las cantidades que resulten según el procedimiento antes descrito, el gobernado tendrá derecho a que le cubran los gastos médicos, los cuáles según el artículo 487 de la Ley Federal del Trabajo, podrán consistir en asistencia médica y quirúrgica, rehabilitación, hospitalización, medicamentos, material de curación, los aparatos de prótesis y ortopedia necesarios.

8. — En la fracción III del artículo 14, de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se remite al Código Civil Federal, en específico al artículo 1915, para efecto de calcular el importe de indemnización en caso de que el gobernado muera por causas imputables a un ente público federal, dada su actividad administrativa irregular.

En el párrafo segundo del citado precepto legal, se dice que:

«Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima».

Es de llamar la atención, que en apartado anterior, cuando hablamos de los daños personales, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado remite a la Ley Federal del Trabajo en lo que hace a riesgos de trabajo, los que conforme a dicha ley son los accidentes, enfermedades y la muerte misma, precisándose las cantidades y procedimientos a seguir para la cuantificación de las indemnizaciones, tal y como quedó apuntado anteriormente. Ahora bien, en el caso de muerte, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, remite al Código Civil, pero, resulta que dicho código, a su vez remite a la Ley Federal del Trabajo. ¿Para qué este círculo que pareciera vicioso?

La respuesta está en las cantidades a pagar como indemnización. En el caso de la Ley Federal del Trabajo, se prescribe lo siguiente:

«Artículo 500. Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y

II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502.

Artículo 502. En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporales».

Debe recordarse que los días de salario de los hablan los preceptos legales transcritos, serán conforme al salario diario que percibía la persona al momento de la muerte, pero que en ningún caso podrá considerarse una cantidad mayor a dos días de salario mínimo. Aquí es en donde estriba la diferencia de que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado remita al Código Civil Federal y no a la Ley Federal del Trabajo para el caso de muerte.

Efectivamente, en el segundo párrafo del artículo 1915 del Código Civil Federal, si bien se remite también a la Ley Federal del Trabajo, también deja claro que *«para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región»*, es decir, que conforme al Código Civil resultará una cantidad mayor a la que podría resultar de aplicarse la Ley Federal del Trabajo. Conforme a ésta última, lo más que se pagaría en caso de muerte, serían setecientos días de salario, considerando como máximo el doble del mínimo,

mientras que conforme al Código Civil Federal se considerará el cuádruple de dicho salario mínimo en todos los casos, es decir, sin importar cuánto percibía el sujeto.

La diferencia es a todas luces sustancial: si la persona fallecida percibía un salario mínimo, la indemnización conforme a la legislación laboral, sería considerando ese salario, mientras que de hacerlo conforme a la legislación civil, será el cuádruple de dicho salario. Luego entonces, resulta plausible que el legislador federal haya planteado en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que en caso de muerte del gobernado por la actividad administrativa irregular de un ente público federal, se le deba indemnizar a sus deudos conforme a la legislación civil y no a la laboral, como también resulta criticable que no lo haya hecho también de manera genérica en los daños personales que pueden producir algún grado de incapacidad, en donde también se tomaría como base el cuádruple del salario mínimo y no como sucede, que lo más que se tomará será el doble como lo regula la Ley Federal del Trabajo.

9. — En la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado se prevé la posibilidad de reclamar el pago de una indemnización por el daño moral que cause la actividad administrativa irregular de un ente federal, señalándose en la fracción II del artículo 14 de dicha ley, que deberá calcularse conforme al Código Civil Federal, precisando que deberán de atenderse dictámenes periciales y que la indemnización en ningún caso podrá exceder del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, lo cual desde luego no tiene justificación lógica ni jurídica, puesto que si efectivamente hubo el daño y se cuantificara pericialmente en una cantidad mayor, estaríamos viendo cómo el Estado queda exento de su pago, es decir, de la diferencia resultante.

Es en el artículo 1916 del Código Civil Federal, en donde se precisa el concepto de daño moral, así como algunos lineamientos a seguir para su determinación.

«Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral

cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas».

De la anterior transcripción, tenemos que la afectación de la que se habla en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, debe causarla la actividad administrativa irregular de un ente público federal, para que aplique el derecho a indemnización en términos del régimen de responsabilidad patrimonial que se viene comentando.

Llama la atención, por ejemplo, que se presuma que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad de una persona, porque de principio estaríamos pensando en un sujeto que después de haber sido privado de su libertad por estar sujeto a proceso penal, obtenga sentencia favorable y, por lo tanto pueda reclamar la indemnización correspondiente. Desafortunadamente esto no es así, porque, como hemos venido comentando, el derecho a indemnización, en todos los casos, debe tener como precedente la actividad administrativa irregular, lo que implica que la actividad jurisdiccional no genera ese derecho y, por lo mismo, no le será aplicable ni el artículo 113 constitucional ni su ley reglamentaria, de ahí que, en todo caso, tendrá que reclamarse por la vía civil bajo las reglas de responsabilidad subjetiva y subsidiaria.

La problemática no termina ahí: tanto antes como después de la reforma constitucional en materia de responsabilidad objetiva del Estado, en cuanto hace al daño moral, ha existido la dificultad en que un tribunal tenga por acreditada la afectación en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás y, más aún, el poder cuantificar en dinero dicha afectación, por más que se hable de que se requerirán dictámenes periciales.

En conclusión, si bien es loable que se haya considerado en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado la posibilidad de obtener una indemnización por el daño moral sufrido por la actividad administrativa irregular de un ente público federal, también habría que ver que el procedimiento para llegar a ello sigue siendo igualmente de complicado demostrar la existencia del daño mismo y, como se ha dicho, su cuantificación.

IMER B. FLORES*

EL DERECHO A LA IGUALDAD EN MÉXICO

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Igualdad. — 3. Prohibiciones. — 4. Discriminación e igualdad. — 5. Conclusión.

México es el país de la desigualdad. Acaso en ninguna parte la hay más espantosa en la distribución de fortunas, civilización, cultivo de la tierra y población ... La capital y otras muchas ciudades tienen establecimientos científicos que se pueden comparar con los de Europa. La arquitectura de los edificios públicos y privados, la finura del ajuar de las mujeres, el aire de la sociedad; todo anuncia un extremo de esmero, que se contrapone extraordinariamente a la desnudez, ignorancia y rusticidad del populacho. Esta inmensa desigualdad de fortunas no sólo se observa en la casta de los blancos (europeos o criollos), sino que igualmente se manifiesta entre los indígenas.

Alexander von Humboldt,
Ensayo político sobre el reino de la Nueva España (1822).

1. — Recordar que, en 1822, el barón Alexander von Humboldt caracterizó a México, en su *Ensayo político sobre el reino de la Nueva España*, como «el país de la desigualdad», sugiere la necesidad de revisar la evolución de las diferentes facetas del derecho a la igualdad en nuestro país. Por supuesto que no basta con el reconocimiento constitucional de la igualdad formal para todos sino que se requiere de una instrumentación eficaz para poder garantizar y hasta promover la máxima igualdad material entre todos, al combatir la desigualdad en sí entre opulentos y paupérrimos, así como al reducir la brecha cada día mayor entre ambos o como decimos coloquialmente entre «los ricos son cada vez más ricos y los pobres que son cada vez más pobres».

Así, con este marco de referencia, expondremos críticamente el estado que guarda el derecho a la igualdad en México. Cabe adelantar que

* Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (México).

ante la imposibilidad de que la igualdad sea absoluta en *todo* y para *todos*, comenzaremos por cuestionar igualdad de *qué* y entre *quiénes* para constatar que al menos la única que es y debe ser garantizada para todos por igual es la igualdad jurídica. Entendida ésta en su doble acepción de igualdad *ante* la ley y de igualdad *en* la ley.

La primera – la igualdad *ante* la ley – como igualdad formal equipara a todos en todo a pesar de las desigualdades existentes, por ejemplo, al consagrar en el caso de México en su artículo primero que todos los individuos – con algunas excepciones expresamente contempladas y sus correspondientes reservas en convenciones y tratados internacionales – gozarán de las garantías que otorga la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917, incluidos, en general, los derechos políticos o libertades públicas (*isopoliteia*); y, en particular, el derecho o libertad de expresión (*isegoria*); y, que todos, *i.e.* el hombre y la mujer, el rico y el pobre, el nacional y el extranjero, serán iguales ante la ley (*isonomia*). En tanto que la segunda – la igualdad *en* la ley – como igualdad material equilibra las desigualdades persistentes, verbigracia, al reconocer la igualdad de oportunidades y/o de respeto (*isotimia*), así como al adoptar programas de acción afirmativa, también conocidos como de discriminación inversa o positiva.

En seguida, continuaremos con un análisis de las prohibiciones que como complemento del reconocimiento de la igualdad se han incorporado a lo largo y ancho de nuestro devenir histórico-constitucional. Entre ellas están: la esclavitud; los títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios; las leyes privativas y los tribunales especiales; los fueros; y, por supuesto, la discriminación.

Especial atención merece la última, la cual curiosamente es la más reciente y como tal la que mayor impacto ha tenido en la actual lucha por el nuevo derecho. De esta forma, la prohibición de la discriminación, al admitir que hay diferenciaciones y distinciones que son justificadas y hasta requeridas ha servido de acicate no sólo para crear programas que promuevan la máxima igualdad material sino también para revisar y, en su caso, reformar aquellas leyes que son discriminatorias y sus interpretaciones, así como combatir prácticas discriminatorias.

2. — Es ya un lugar común decir que la igualdad es una fórmula tan vacía (y por eso mismo celebrada), como la que define a la justicia como «la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo», al definirla como «el deber de tratar igualmente a los iguales» y desigualmente a los desiguales¹. Para reforzar este punto baste recordar que la palabra ‘igualdad’ anota «calidad de igual» e ‘igual’ «que no difiere de otro o que tiene la misma clase, condición, etcétera». De igual forma, el término ‘desigualdad’ connota «calidad de desigual» y ‘desigual’ «que no es igual, sino diferente».

Por su parte, Amartya Sen afirma que la cuestión central en el análisis y valoración de la igualdad es preguntar: ¿igualdad de *qué*? Así, advierte que no hay un concepto unívoco de igualdad porque de una u otra forma todas las corrientes filosóficas-teóricas o posturas ético-normativas postulan igualdad de *algo*: ‘igualdad de x ’². Al grado que no sólo los igualitaristas demandan igualdad, ya sea de beneficios, ingresos y riquezas³, o bien de capacidades⁴, de oportunidades⁵, de recursos⁶ sino también los liberales, los libertarios (puros) y hasta los utilitaristas exigen libertad igual e igualdad en la distribución de los ‘bienes primarios’⁷, trato como iguales e igual consideración o preocupación⁸, igualdad de dere-

¹ R.A. GUIBOURG, *Igualdad y discriminación*, *Doxa*, No. 19, 1996, p. 89. *Vid.* P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 3, January, 1982, pp. 537-596; y *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

² A. SEN, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, pp. XI y 12.

³ *Vid.* R. DWORKIN, *Equality of Welfare*, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 11-64 (Publicación original: *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, Summer, 1981, pp. 185-246).

⁴ *Vid.* A. SEN, *Inequality reexamined*, cit. en la nota 2, pp. XI y 4-11.

⁵ *Vid.* J.E. ROEMER, *Equality of Opportunity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998, p. 1.

⁶ *Vid.* R. DWORKIN, *Equality of Resources* en *op. loc. cit.* en la nota 3, pp. 65-119 (Publicación original *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, Fall 1981, pp. 283-345).

⁷ *Vid.* J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971 (hay edición revisada: 1999; y versión en español: *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979).

⁸ *Vid.* R. DWORKIN, *The Place of Liberty*, en *op. loc. cit.* en la nota 3, pp. 120-183 (Publicación original: *What is Equality? Part 3: The Place of Liberty*, *Iowa Law Review*, Vol. 73, 1987). A. SEN, *Inequality reexamined*, cit. en la nota 2, pp. IX, 17 y 18.

chos y libertades⁹, igual peso a los intereses iguales de todas las partes¹⁰, y el mismo peso a todos los intereses individuales¹¹.

De esta manera, todas las corrientes son igualitarias en algún sentido. Por lo mismo, el problema es que el ser igualitario, *i.e.* demandar igualdad de una de las variables, implica forzosamente ser no-igualitario con respecto a otra. Con lo cual cada concepción al buscar alguna *igualdad central* acepta algún tipo de *desigualdad periférica*. En otras palabras, admite algún tipo de igualitarismo al mismo tiempo que rechaza otro¹².

En este orden de ideas, claro está --como lo sentenció Douglas RAE-- que no hay una igualdad sino muchas igualdades y que, en consecuencia, no hay una desigualdad sino muchas desigualdades¹³. En este mismo sentido, está claro -- como lo señaló Michael Walzer -- que no se trata de una 'igualdad simple' sino de una 'igualdad compleja' que involucra una pluralidad de criterios distributivos, a saber: libre intercambio, mérito y necesidad, los cuales han dado lugar a lo que conocemos como las esferas de la justicia¹⁴.

Por su parte, Sen recuerda que -- a pesar de la diversidad y/o pluralidad de variables a partir de las cuales se pueda dar respuesta a la pregunta igualdad de qué -- los seres humanos son bastante heterogéneos entre sí. Al respecto, baste aludir al hecho de que cada uno tiene infinidad de características externas e internas o personales¹⁵, y traer a colación

⁹ Vid. R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974 (hay versión en español: *Anarquía, Estado y utopía*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Fondo de Cultura Económica, 1988).

¹⁰ Vid. R.M. HARE, *Ethical Theory and Utilitarianism*, en A. SEN, B. WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 26.

¹¹ Vid. J.C. HARSANYI, *Morality and the Theory of Rational Behaviour*, en A. SEN, B. WILLIAMS (eds.), *op. loc. cit.* en la nota 10, p. 47.

¹² Vid. A. SEN, *Inequality reexamined*, cit. en la nota 2, pp. IX-X y 19.

¹³ Vid. D. RAE, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.

¹⁴ Vid. M. WALZER, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983, pp. 17 y 21 (hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993). Vid. también D. MILLER, M. WALZER (eds.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹⁵ Vid. A. SEN, *Inequality reexamined*, cit. en la nota 2, pp. IX-X y 19.

el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* de Jean Jacques Rousseau, publicado hace poco más de doscientos cincuenta años¹⁶.

Concibo en la especie humana dos clases de desigualdades: la una que considero natural o física, porque es establecida por la naturaleza y que consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas corporales y de las cualidades del espíritu o del alma, y la otra que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una especie de convención y porque está establecida o al menos autorizada, por el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios de que gozan algunos en perjuicio de otros, como el de ser más ricos, más respetados, más poderosos o de hacerse obedecer.

Para responder a las desigualdades del segundo tipo, *i.e.* a las morales o políticas, se ha tratado de garantizar diferentes tipos de igualdad desde la económica¹⁷, la política¹⁸, e inclusive la social¹⁹ hasta la jurídica²⁰. Ahora bien, esta última puede adoptar dos formas distintas: 1) igualdad *ante* la ley; y, 2) igualdad *en* la ley. La primera como – *igualdad formal* – garantiza que todos serán tratados de la misma manera con imparcialidad como destinatarios de las normas jurídicas; y la segunda como – *igualdad material* – requiere que el contenido de la ley sea ajustado para que todos puedan gozar de ella en igualdad de condiciones.

¹⁶ J.J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Universales, s.f., p. 26 (Publicación original: 1755).

¹⁷ *Vid.* T. NAGEL, *Equality in Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 106-127.

¹⁸ *Vid.* J. BUCHANAN, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975 (hay versión en español: *Los límites de la libertad: entre la anarquía y leviatán*, trad. Carlos Millet, México, Premia Editora, 1981). *Vid.* también J. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 1962 (hay versión en español: *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, trad. Javier Salinas Sánchez, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993).

¹⁹ *Vid.* J.E. ROEMER, *Equality of opportunity*, en K. ARROW et AL. (eds), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000; y «*Equality of opportunity: A progress report*», *Social Choice and Welfare*, Vol. 19, No. 2, 2002, pp. 455-471.

²⁰ *Vid.* I.B. FLORES, *Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población*, en C. de la TORRE MARTÍNEZ (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 263-306.

En pocas palabras, en un Estado constitucional y democrático de derecho la igualdad debe ser entre y para *todos*. No obstante, está clarísimo que los seres humanos no somos iguales. Por lo cual el enunciado «Todos somos iguales» no puede ser considerado como descriptivo – para que la descripción fuera verdadera tendría que decir «Todos somos desiguales» – sino más bien como prescriptivo «Todos debemos ser iguales» o mejor dicho «Todos debemos ser considerados o tratados como iguales». Así que cuando la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, afirma en su artículo 1º «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» debemos entender que al menos debemos considerarlos o tratarlos jurídicamente *como si* así fuera. En otras palabras, la igualdad jurídica impone que «Todos debemos ser considerados o tratados como iguales *ante y en la ley*», así como gozar en igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, y del derecho o libertad de expresión, en particular.

1. *Igualdad ante la ley*

La igualdad ante la ley está estrechamente relacionada con la generalidad de la misma. Así, las leyes deben ser generales no sólo en su creación sino también en su aplicación, es decir las normas deben ser las mismas para todos por igual: ateos y creyentes, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, indígenas y no indígenas, nacionales y extranjeros, patrones y trabajadores, pobres y ricos ... Este principio – como igualdad *ante la ley* – es conocido como ‘*isonomia*’, *i.e.* ‘la misma norma’. Aunado a lo anterior, especialmente en las democracias, la igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, es equiparado con ‘*isopoliteia*’, es decir ‘igualdad en la comunidad política’ y del derecho o libertad de expresión, en particular, es identificado con ‘*isegoria*’, esto es ‘igualdad en el ágora’.

En este orden de ideas, la Constitución de 1917 en su artículo 1º afirma: «En los Estados Unidos Mexicanos *todo* individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución [...]». Así mismo, el ahora primer párrafo del artículo 4º de la misma asegura: «El varón y la mujer son iguales ante la ley». Sin embargo, la propia Constitución asevera que tanto los derechos de petición en materia política (artículo 8º) y de asociación o reunión (artículo 9º) quedan reservados a los ciudadanos de la República, con lo cual excep-

túa a los extranjeros. Es más, el numeral 33 asienta, en su primer párrafo, que éstos: «Tienen derecho a las garantías que otorga [...] la presente Constitución; pero el ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente». Y, en el segundo: «Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país».

2. *Igualdad en la ley*

La igualdad *en* la ley, aun cuando también está relacionada con la generalidad de la ley, introduce una excepción a la regla general, al considerar que para garantizar la igualdad no basta con aplicar la ley (exactamente igual) a todos por igual. Así, en algunas ocasiones está justificado ajustar el contenido de la misma, en beneficio de los miembros desaventajados de la sociedad, para que todos puedan gozar de ella en igualdad de condiciones al ser considerados realmente como iguales, a pesar de las desigualdades existentes. Este principio – como igualdad *en* la ley – es identificado con ‘*isotimia*’, *i.e.* igualdad de oportunidades y/o de respeto.

En este sentido, la Constitución de 1917 como producto de la Revolución de 1910 incluyó algunas medidas para garantizar la igualdad (material) de los *campesinos* y de los *trabajadores* frente a los propietarios de la tierra y a los patrones (artículos 27 y 123). De igual forma, a partir de la reforma constitucional en materia indígena de 2001 se incorporó, en el párrafo primero, del apartado B, del artículo 2º, la igualdad de oportunidades.

La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la *igualdad de oportunidades* de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

3. — Claro está que no basta con preguntarnos por igualdad ... en qué y entre quiénes sino que además hay que preguntar por otras cuestiones: cuándo, dónde y, por supuesto, cómo protegemos y promovemos el principio de igualdad. Así, para poder proteger y promover la i-

gualdad en dignidad y derechos o libertades – como género – es imperativo prohibir – como especies – la esclavitud; los títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios; las leyes privativas y tribunales especiales; los fueros; y, por supuesto, la discriminación.

1. *Esclavitud*

Al comenzar la Guerra de Independencia en 1810, Miguel Hidalgo y Costilla, primero, el 19 de octubre en Valladolid (hoy Morelia), se pronunció por la abolición de la esclavitud, *i.e.* por suprimir cualquier estado de sujeción o dependencia excesiva de un individuo o grupo a otro, por ser contrario no solamente a la libertad sino además a la igualdad. Y, después, el 6 de diciembre en Guadalajara, promulgó un bando en el cual se abolía la misma en los siguientes términos:

1ª.- Que todos los dueños de esclavos deberán darles la libertad, dentro del término de diez días, so pena de muerte, la que se les aplicará por transgresión de este artículo.

2ª.- Que cese para lo sucesivo la contribución de tributos, respecto de las castas que lo pagaban y toda exacción que a los indios se les exija.

Por su parte, José María Morelos y Pavón, el 14 de septiembre de 1813, en su escrito *Sentimientos de la Nación*, promulgó la abolición de la esclavitud y del régimen de castas (artículo 15). Ya consumada la Independencia, mediante un decreto del 13 de julio de 1824 se declaró abolida por siempre la esclavitud en México, al prohibir el tráfico de esclavos y señalar que, con solo pisar el territorio nacional, los esclavos provenientes del extranjero quedarían libres.

No obstante, la abolición de la esclavitud no sería consagrada a nivel constitucional sino hasta las *Bases Orgánicas de la República Mexicana* de 1843, cuyo artículo 9º relativo a los derechos de los habitantes de la República, advertía en su primera fracción: «Ninguno es esclavo en el territorio de la Nación, y el que se introduzca, se considerará en la clase de libre, quedando bajo la protección de las leyes». De igual forma, fue reafirmada por la *Constitución Política de la República Mexicana* de 1857, en su numeral 2º: «En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional, recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes». Y, finalmente, en el artículo 2º de la

Constitución de 1917, ahora – desde la reforma constitucional en materia indígena de 2001 – segundo párrafo del artículo 1º, se incluyó expresamente la prohibición: «Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional, alcanzarán, por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes».

Cabe advertir que casi una década antes de dicha reforma, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis XCIX/92, concluyó: «[L]a Constitución proscribe la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. El fin de dicho precepto consiste en garantizar la libertad del individuo de cualquier intento de imponer sobre su persona todo tipo de servidumbre o poder ilimitado»²¹.

2. *Títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios*

Con el objeto de eliminar las desigualdades existentes, Morelos y Pavón en sus *Sentimientos de la Nación* de 1813 promulgó no sólo la abolición de la esclavitud sino también del régimen de castas (artículo 15), pero para alcanzar el objetivo era imperativo además suprimir los títulos nobiliarios, las prerrogativas u honores hereditarios que como dignidades adquiridas o heredadas confieren un derecho, exención, gracia, honor, o privilegio a un individuo o grupo en detrimento de los demás.

De esta forma, en plena Guerra de Independencia, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, también conocido como *Constitución de Apatzingán*, del 22 de octubre de 1814, en su artículo 25, establece de manera implícita dicha prohibición por primera vez: «Ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al Estado. Estos no son títulos comunicables ni hereditarios; así es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado». Al consumarse la independencia, pero contradictoriamente a su lógica, se aprobó el *Reglamento Provisional del Imperio Mexicano* de 1822, mismo que en su artículo 5º organiza un «gobierno es monárquico-constitucional representativo y hereditario».

De tal suerte, no sería sino hasta la *Constitución de 1857*, en su artículo 12º, la cual estipula la prohibición de modo explícito: «No hay, ni se re-

²¹ *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Octava Época, T. 60, diciembre 1992, p. 27 (CD-ROM IUS: 205595).

conocen en la República, títulos de nobleza, ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Sólo el pueblo, legítimamente representado, puede decretar recompensas en honor de los que hayan prestado ó prestaren servicios eminentes á la patria ó á la humanidad». Dicha prohibición es el antecedente más directo del la redacción del mismo numeral en la *Constitución de 1917*: «En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país».

Ahora bien, antes de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de marzo de 1997, la Constitución vigente contemplaba, en la fracción II del apartado A del artículo 37, como sanción por haber aceptado títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un gobierno extranjero, la pérdida de la nacionalidad mexicana, pero en dicha reforma se derogó esta disposición y lo que era la fracción I del apartado B, paso a ser la fracción I del apartado C del mismo numeral, al mantener que la ciudadanía mexicana se pierde: «Por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros». De igual forma, al adicionarse el apartado B relativo a la pérdida de la nacionalidad mexicana por naturalización se incluyó que ésta se pierde: «por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero». Cabe señalar que las fracciones III y IV del apartado C del numeral de comento admiten la posibilidad de aceptar o usar condecoraciones extranjeras y ciertos títulos (culturales u honorarios), pero para ello se necesita permiso (previo) del Congreso Federal o de la Comisión Permanente en su caso.

3. *Leyes privativas y tribunales especiales*

El constituyente de 1856-1857 fue el primero en plasmar dicha prohibición, consistente en que nadie será juzgado por leyes y tribunales creados *ad hoc*, *ex profeso* o *post facto*; y de igual forma, *contrario sensu* que todos serán juzgados por las mismas leyes y tribunales creados con anterioridad a los hechos presumiblemente constitutivos de delito, al señalar en la primera línea del artículo 13º de la *Constitución de 1857*: «En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales». Es conveniente aclarar que la misma redacción fue acogida por el constituyente de 1916-1917 para el mismo numeral de la *Constitución de 1917*, la cual ha permanecido tal cual hasta la fecha.

Con anterioridad, aunque las *Bases de 1843*, en la fracción VIII del artículo 9º, consagraban que nadie podía ser juzgado sino por «leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trata», admitía en la parte final del numeral 115: «Subsistirán los tribunales especiales de hacienda, comercio y minería mientras no se disponga otra cosa por las leyes». Es más, el 192 facultaba al Congreso General para «establecer, por determinado tiempo, juzgados especiales fijos o ambulantes, para perseguir y castigar a los ladrones de cuadrilla».

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio, en su tesis 1ª LXXIV/2002, de que dicho artículo²²:

[E]leva a rango de garantía individual la igualdad ante la ley, al prohibir la existencia de leyes privativas y de tribunales especiales y al consagrar, por el contrario, el derecho del que gozan todas las personas de ser juzgadas por las mismas leyes, es decir, por las normas de derecho común, las que deben fundarse en reglas generales y no en prescripciones especiales de privilegio; de manera que las leyes privativas prohibidas por el indicado precepto son aquellas que desaparecen después de aplicarse a una hipótesis concreta y determinada de antemano, y que se aplican en consideración a la especie o la persona, esto es, que carecen de los atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad que debe revestir toda disposición jurídica.

De tal suerte, lo que la Constitución prohíbe es que existan leyes que no se apliquen a todos por igual, al contravenir las características típicas de estas normas, a saber: generalidad, abstracción, impersonalidad y permanencia. Sobre la generalidad y abstracción de las disposiciones jurídicas la Suprema Corte se pronunció en los siguientes términos²³:

Es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto

²² *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, octubre 2002, p. 191 (CD-ROM IUS: 185853).

²³ *Apéndice al Seminario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 222, p. 211 (CD-ROM IUS: 389675).

no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia.

Por un lado, en lo referente a las leyes privativas la Corte ha sostenido que ésta: «se caracteriza no por sus efectos en cuanto a que restringen derechos, sino porque pugna con el sistema de generalidad en cuanto a su observancia, que rige en nuestra legislación, y sólo se contrae a determinadas personas y cosas individualmente consideradas»²⁴. Aunado a lo anterior, en su tesis P. 18/98 precisó²⁵:

Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia ... mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción [, impersonalidad,] y permanencia, dado que se aplican a todas la personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional.

Por el otro, en lo relativo a los tribunales especiales ha sustentado la tesis P. CXXIX/2000²⁶:

Los tribunales especiales prohibidos ... son aquellos órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer de hechos y personas determinados, por lo que una vez que realizan el juzgamiento que les ha sido encomendado, se extinguen, es decir, no han sido creados por la ley

²⁴ *Seminario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XLVIII, p. 1494 (CD-ROM IUS: 358599).

²⁵ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo 1998, p. 7 (CD-ROM IUS: 196732).

²⁶ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, septiembre 2000, p. 18 (CD-ROM IUS: 191140).

con carácter permanente, ni establecidos antes de que se susciten los hechos materia de su competencia.

En este sentido, ha afirmado que las Juntas de Conciliación y Arbitraje no son tribunales especiales al ser «establecidas [...] para resolver conflictos, colectivos e individuales, que surjan entre el capital y el trabajo, y no para una contienda especial y determinada»²⁷. Tampoco lo serían aquellos tribunales especializados – como es el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación – los cuales ciertamente tiene el carácter de permanentes, además de haber sido creados con anterioridad a los hechos que han de conocer.

4. *Fueros*

Ya consumada la independencia, el *Reglamento Provisional de 1822* advertía en su artículo 60: «Nadie goza de fuero privilegiado». No obstante, en el numeral 57 admitía «Subsisten juzgados y fueros militares y eclesiásticos, así como los de minería y hacienda». De igual forma, las *Leyes Constitucionales* de 1836, concretamente la *Quinta*, ratificó en su artículo 30: «No habrá más fueros personales que el eclesiástico y militar»; y, las *Bases de 1843* reiteraron, en la fracción VIII del artículo 9º: «Nadie podrá ser juzgado ni sentenciados en sus causas civiles o criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes».

La *Constitución de 1857* mantuvo la prohibición de fueros, pero al suprimir el fuero eclesiástico contempla como única excepción al militar, en el tenor siguiente: «Ninguna persona ni corporación, puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de excepción». Si bien, la *Constitución de 1917* derogó la última línea y precisó los alcances y limitaciones del fuero militar, en los siguientes términos:

²⁷ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XLIII, septiembre 2000, p. 520 (CD-ROM IUS: 383300).

Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Es conveniente aclarar que ante las múltiples acepciones jurídicas de la palabra ‘fuero’ – 1) como compilación o conjunto de leyes (Fuero Juzgo o Fuero Real); 2) como garantía de inviolabilidad de diputados o senadores «por las opiniones que manifiesten en el ejercicio de sus funciones» y como protección para no ser perseguido por la comisión de delitos o sometido a un juicio político sino cuando medie previa declaración de procedencia (Fuero constitucional); y 3) como privilegio derivado de la condición social de personas o corporaciones, el cual remite a órganos jurisdiccionales creados en atención a las mismas – la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en su tesis P. CXXXVI/97²⁸:

No obstante que la palabra fuero tiene varias acepciones, la interpretación histórica y sistemática del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que la proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición del establecimiento de jurisdicciones o esferas competenciales en función a la situación social de determinada persona o corporación.

En este sentido, mientras el uso del término ‘fuero’ es admitido, en el primer sentido, aunque no se utilice ya, está claramente permitido en el segundo, conforme a lo previsto por la propia Constitución en vigor. Sin embargo, ciertamente, está prohibido en el tercero, con la única excepción del fuero de guerra. Al respecto, la Suprema Corte, por un lado, ha afirmado²⁹:

[L]a subsistencia del fuero de guerra ... es una excepción que no se basa en consideraciones especiales a la persona militar ni a su jerarquía,

²⁸ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, septiembre 1997, p. 204 (CD-ROM IUS: 197675).

²⁹ *Seminario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXI, p. 3760 (CD-ROM IUS: 309807).

sino de orden público y de especial disciplina, que tiende a garantizar la paz y el bienestar nacional y que exige una violenta y rápida intervención de quien tiene mayor conocimiento y capacidad para su preparación adecuada, para juzgar a los que rige la ley militar; por tanto, el fuero y el tribunal no son en favor del acusado, sino en bien de las instituciones y de la sociedad perturbadas por el acto trasgresor.

Por el otro, ha precisado los alcances y limitaciones de dicha excepción³⁰:

I. el artículo 13 constitucional prohíbe que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, en todo caso; II. manda que las personas que pertenezcan al ejército, deben ser enjuiciadas ante los tribunales del fuero de guerra, cuando se trata de delitos del orden militar, y III. que cuando en la comisión de un delito del orden militar concurren militares y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso, por lo que toca a los civiles, y los tribunales del fuero de guerra, del que se instruya a los militares.

5. *Discriminación*

No fue sino hasta que en el marco de la reforma constitucional en materia indígena del año 2001 que se incluyó expresamente la prohibición a la discriminación. Al respecto habría que decir que, hoy en día, el artículo 1º de nuestra Constitución Política tiene una mejor sistematización al contar junto a su original párrafo único referido al *principio de igualdad* – ahora primer párrafo-- con dos cláusulas formales de igualdad: una vieja – el otrora único párrafo del artículo 2º constitucional-- referente al *principio de prohibición de la esclavitud*; y, otra nueva relativa al *principio de prohibición de la discriminación*.

De esta forma, en un mismo artículo están incluidos tres principios igualitarios: uno en el párrafo primero a partir de la prescripción de que «*todo individuo* gozará de las garantías que otorga esta Constitución» y los otros dos *contrario sensu* de la prohibición tanto de la esclavitud en el párrafo segundo como de la discriminación en el tercero. Ahora bien, esta última proscripción novedosa establece:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición so-

³⁰ *Seminario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XXXIX, p. 240 (CD-ROM IUS: 809416).

cial, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Sin duda alguna, la adopción expresa de esta cláusula formal de igualdad – contenida típicamente en las convenciones, declaraciones o tratados en materia de derechos humanos – al prohibir toda discriminación representa por sí sola un gran avance al beneficiar no solamente a las etnias o pueblos indígenas sino a todos por igual: ateos y religiosos, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, menores y mayores, nacionales y extranjeros, pobres y ricos ...

Acerca de la prohibición de la discriminación, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos³¹:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor.

4. — Es innegable que los conceptos de ‘igualdad’ y de ‘discriminación’ están estrechamente entrelazados entre sí. De hecho, como hemos visto, afirmar la igualdad en un sentido implica negarla en otro al admitir algún tipo de desigualdad e incluso de discriminación. Cabe recordar que Dworkin – al comienzo de su *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* – asegura: «La igualdad es la especie en peligro de extinción de los ideales políticos»³². Y un poco más adelante asevera³³:

³¹ *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre 2001, p. 192 (CD-ROM IUS: 188215).

³² R. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, cit. en la nota 3, p. 1: «Equality is the endangered species of political ideals» (la traducción es nuestra).

³³ *Ibid.*, p. 2: «But no one, I think, would seriously propose this as a political ideal: flat, indiscriminate equality is not just a weak political value, or one that is easily over-ridden by other values. It is no value at all: there is nothing to be said for a world in

Nadie propondría seriamente este como un ideal político: la igualdad plana e indiscriminada [*i.e.* igualdad en todo y para todos] no solamente es un valor político débil, o uno que puede ser fácilmente anulado por otros valores. No es un valor del todo: no hay nada que se pueda decir en favor de un mundo en que quienes escogen el ocio, aunque podrían trabajar, sean recompensados con la producción de los industriosos.

No obstante, el propósito de su libro era precisamente el de salvar a la igualdad y para ello había que tomarla seriamente³⁴. Al respecto asevera: «La igualdad es un concepto contradicho: la gente que la aprecia y que la desprecia está en desacuerdo acerca de qué aprecian y desprecian»³⁵. En este sentido, ante la imposibilidad de proponer una igualdad en todo y para todos, había que discriminar la igualdad que apreciamos de la que despreciamos: igualdad de qué y entre quiénes. Así, al menos la única igualdad que puede ser garantizada para todos por igual es precisamente la igualdad *ante y en la ley*, asimilada como vimos con los términos *isonomía*, *isopoliteía* e *isegoría*, de un lado, e *isotimia*, del otro.

A continuación procederemos a ‘discriminar’ la discriminación que apreciamos porque es positiva y está justificada de la que despreciamos porque simplemente es negativa y no está justificada. Así, en primerísimo lugar denunciaremos que una mala interpretación del pensamiento de Aristóteles, en concreto de su noción de justicia, *i.e.* «Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales», ha dado lugar a una paradójica concepción de la igualdad desigual que ciertamente no es igualitaria y que acaba por justificar todo tipo de discriminaciones subjetivas, desproporcionadas e irrazonables, mismas que resultan ser negativas e injustificadas.

Este claroscuro es correctamente diagnosticado por Eric Arthur Blair, bajo el pseudónimo de George Orwell, en su fábula anti-utópica *Rebelión en la Granja*: donde denuncia con su celeberrima antilogía o endiádis que la

which those who choose leisure, though they could work, are rewarded with the produce of the industrious» (la traducción es nuestra).

³⁴ Vid. I.B. FLORES, Reseña bibliográfica: R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *Cuestiones Constitucionales*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, julio-diciembre 2000, pp. 283-291.

³⁵ R. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, cit. en la nota 3, p. 2: «Equality is a contested concept: people who praise or disparage it disagree about what it is they are praising or disparaging» (la traducción es nuestra).

gran idealidad «Todos los animales son iguales» ha dado lugar a una cruda realidad: «[...] pero algunos animales son más iguales que otros».

Al respecto, habría que aclarar dos cosas: primero, el origen de la noción aristotélica de la justicia; y, segundo, la culpa no es propiamente de esta noción sino del contexto en el cual el filósofo estagirita consideró que la esclavitud estaba justificada. Por un lado, la referencia a «Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales» atribuida al fundador del Liceo no está explícita en la *Ética nicomaquea* sino que es la conclusión implícita del siguiente extracto³⁶:

Si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales.

Por el otro, no debemos olvidar que el preceptor de Alejandro Magno vivía en una sociedad esclavista donde los iguales eran las personas libres o amos y los desiguales sus esclavos. La desigualdad entre las personas libres o amos y los esclavos estaba justificada según él en una ley natural tanto descriptiva como prescriptiva: «unos nacieron para mandar y otros para obedecer»³⁷.

Mandar y ser mandados no sólo son hechos, sino también convenientes, y pronto, desde su nacimiento, algunos están dirigidos a ser mandados y otros a mandar.

Y un poco más adelante³⁸:

[E]stá claro que, por naturaleza, unos son libres y los otros esclavos. Y que a éstos les conviene la esclavitud, y es justa.

De esta manera justifica la esclavitud y con ella un trato discriminatorio en beneficio de unos – los iguales, es decir las personas libres o amos – y en perjuicio de los otros – los desiguales, esto es los esclavos –. Si bien esta noción de justicia permite tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, al dar lugar a dos concepciones de la justicia – una conmutativa y otra distributiva – ello no justifica la desigualdad ni mucho menos la discriminación.

³⁶ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, Libro V, Capítulo III, p. 110.

³⁷ ARISTÓTELES, *Política*, trad. Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Barcelona, Altaya, 1993, Libro Primero, Capítulo V, 1254^a, p. 47.

³⁸ *Ibid.*, 1255^a, p. 49.

Cabe traer a colación que en los Estados Unidos de América han pasado muchos años sin que el preámbulo de la *Declaración de Independencia* «Todos los hombres fueron creados iguales» se haya realizado, a pesar de la abolición de la esclavitud, de la guerra civil o de secesión, y la adopción de la décimo cuarta enmienda, en primera instancia, y de lo que conocemos como el movimiento de los derechos civiles, y de la celeberrima decisión por parte de la Corte Warren del caso *Brown v. Board of Education*, donde se puso fin no sólo a la segregación racial en las escuelas públicas sino también a la era «separados, pero iguales» emblemática desde *Plessy v. Ferguson*.

El vocablo ‘discriminación’ (*discriminatio*, *-ōnis*) está afectado por la ambigüedad proceso-resultado y como tal denota «acción y efecto de discriminar» y ‘discriminar’ (*discrimināre*), a su vez, tiene dos acepciones: 1) «separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra»; y 2) «dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, generalmente por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos».

En este orden de ideas, hay al menos dos sentidos de la palabra ‘discriminación’, uno positivo y justificado que implica «separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra» y otro negativo e injustificado que indica «dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad [...]». Así que la discriminación no es buena ni mala por sí sola. En pocas palabras, lo que se prohíbe no es la discriminación *per se* sino aquella discriminación que da un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, o cualesquiera otros fundados en meros prejuicios subjetivos.

Lo que está en el fondo de la discusión es una cuestión de discriminar, *i.e.* cuando la discriminación es objetiva, razonable y proporcional, es decir relevante, y cuando no lo es al ser subjetiva, irrazonable y desproporcionada, esto es irrelevante. O bien, cuando es positiva y justificada y cuando es negativa e injustificada. De hecho, parece ser que una de las mejores formas de combatir la discriminación en su sentido negativo e injustificado al tratar de revertir sus efectos perniciosos requiere de alguna forma de discriminación en su sentido positivo y justificado, como lo propuso John Rawls con su «principio de la diferencia»³⁹:

³⁹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit. en la nota 7, § 13, p. 75 (pp. 65 y 97).

Dando por establecido el marco de las instituciones requeridas por la libertad igual y la justa igualdad de oportunidades, las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si y sólo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. La idea intuitiva es que el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejor situados a menos que el hacerlo sea en beneficioso de aquellos menos afortunados.

De este modo, a la discriminación negativa e injustificada podemos contraponer la positiva y justificada, como lo es la llamada ‘discriminación inversa’ a través de los programas de acción afirmativa⁴⁰. Es más, en la doctrina y en los foros internacionales muchas veces se utiliza la palabra ‘discriminación’ para referirse al sentido negativo e injustificado y los vocablos ‘diferenciación’ o ‘distinción’ para referirse al sentido positivo y justificado. Baste aludir a la Opinión Consultiva 83/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su párrafo 84 dice a la letra⁴¹:

En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos *distinción* y *discriminación*. El término *distinción* se empleará para lo *admisible*, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La *discriminación* se utilizará para hacer referencia a lo *inadmisible*, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

En este sentido podemos afirmar sin temor a equivocarnos que hoy por hoy, los Estados constitucionales y democráticos de derecho, por un lado, prohíben – o tratan de prohibir – las formas negativas e injustificadas de discriminación y, por el otro, permiten las formas positivas y justificadas de discriminación, a las que llamamos diferenciación o distinción,

⁴⁰ Vid. R. DWORKIN, *Reverse Discrimination*, en *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1978, pp. 223-239 (hay versión en español: *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona Ariel, 1984). *A Matter of Principle*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 291-331.

⁴¹ OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Serie A, No. 18 (el énfasis es original).

e inclusive requieren a veces de éstas para nivelar el terreno al tratar de corregir desigualdades existentes⁴².

Antes de proseguir, conviene recapitular un par de cosas: 1) ante la imposibilidad de que la igualdad sea en todo y para todos fue menester discriminar: A) igualdad de *qué* y B) igualdad para *quiénes*; y, 2) ante la incapacidad de prohibir toda discriminación fue necesario discriminar también: A) discriminación negativa e injustificada y B) discriminación positiva y justificada. Cabe aclarar que como aquélla es considerada propiamente como una discriminación y ésta impropriamente como tal, reservamos el uso de la palabra ‘discriminación’ para aquélla y los vocablos ‘diferenciación’ y ‘distinción’ para ésta.

Es más en el contexto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, México ha adquirido: «la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias»⁴³, pero no por ello están prohibidas las diferenciaciones o distinciones, siempre y cuando sean positivas y justificadas, es decir admisibles y relevantes, en virtud de ser objetivas, razonables y proporcionales⁴⁴. De hecho, hay veces que la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva, una diferenciación o distinción, pero ésta debe tener una justificación objetiva, razonable y proporcional⁴⁵.

Al respecto, en el voto de la minoría de la Corte, al resolver la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población, en el amparo 543/2003, se aclararan y precisaran los alcances y limitaciones del triple criterio anterior. La minoría insistía que se debería examinar: en primera instancia, «si la distinción introducida por el legislador obedece a una *finalidad objetiva y constitucionalmente válida*»; en segundo lugar, «la *racionalidad o adecuación* de la distinción introducida por el legislador», es decir que la distinción «constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar»; y, en tercer término, «debe cumplir-

⁴² Vid. J. E. ROEMER, *Equality of Opportunity*, cit. en la nota 6, p. 1.

⁴³ OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, cit. en la nota 41, párrafo 88.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 84.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 105.

se el requisito de la *proporcionalidad* de la medida legislativa», esto es que el legislador «debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida»⁴⁶. En otras palabras, el hecho de que esté prohibida la discriminación no implica que al legislador le esté vedado formular distinciones, siempre y cuando cuente con una justificación objetiva, racional y proporcional.

Para reforzar lo anterior, es conveniente traer a colación la tesis de jurisprudencia 81/2004:

Igualdad. Límites a este principio. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que so-

⁴⁶ El voto de la minoría apareció publicado como: S.S. AGUIRRE ANGUIANO et AL., *Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional*, en *Este país*, No. 163, octubre 2004, pp. 36-44. *Ibid.*, p. 37 (el énfasis es original). Para sendas lecturas de sus implicaciones y limitaciones, *vid.* C. COURTIS, *Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino*, en C. de la TORRE MARTÍNEZ (coord.), *El derecho a la no discriminación*, loc. cit. en la nota 20, pp. 249-262; e I.B. FLORES, *Igualdad, no discriminación (y políticas públicas)*, cit. en la nota 20, pp. 281-306.

portar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Así como, un par de tesis aisladas, la CXXXII/2004:

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar *igual a los iguales y desigual a los desiguales*, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legi-

slador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

Y la CXXXIII/2004:

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos

fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

En pocas palabras, debemos aprender, primero, a discriminar la discriminación como algo negativo e injustificado de la diferenciación o distinción como algo positivo y justificado; y, después, a discriminar la primera como algo prohibido de la segunda como algo no solamente permitido sino además requerido para nivelar el terreno. Así, hay que discriminar cuándo estamos ante una discriminación negativa e injustificada y cuándo ante una diferenciación o distinción positiva y justificada.

Imaginemos el caso de un equipo de fútbol, en el cual no dejan jugar a una persona por su origen étnico y/o nacional, o bien por su orientación o preferencia sexual y a otra por su baja de rendimiento o falta de

habilidad. La primera podría alegar que ha sido discriminada negativa e injustificadamente, en cambio la segunda no podría argumentar tal cosa porque la diferenciación o distinción positiva y justificada entre los que juegan radica precisamente en la mayor habilidad o rendimiento de unos en detrimento de otros.

De lo anterior derivan al menos dos grandes lineamientos en materia de discriminación: (A) *Prohibir toda discriminación negativa e injustificada*; y (B) *Permitir toda diferenciación o distinción positiva y justificada*.

En este orden de ideas, la cuestión es saber discriminar cuándo estamos ante algo negativo e injustificado – discriminación – y cuándo ante algo positivo y justificado – diferenciación o distinción – y para ello es imprescindible determinar si la causa es objetiva, razonable y proporcional o no lo es. Así, un restaurante abierto al público en general no se puede negar a dar un servicio a un comensal por su origen étnico o racial, en tanto que un club privado que solamente admite a sus miembros e invitados de éstos – o el mismo restaurante alquilado para una fiesta particular – sí se lo puede negar: cierto es que no por su origen sino por no tener la calidad de ser miembro o invitado.

De igual forma, un patrón puede contratar a sus trabajadores y requerirles cumplir con ciertos requisitos pero éstos deben ser esenciales para la función que van a desempeñar y no meramente superficiales para que la diferenciación o distinción sea positiva y esté justificada. Así, por ejemplo, el dueño de un restaurante japonés que quiere reforzar el ambiente oriental del mismo puede, en igualdad de circunstancias, preferir contratar personal de origen asiático, pero no por ello podría negarle el empleo a una persona no-asiática calificada y sí dárselo a una asiática no-calificada. La misma razón le permite al productor de un espectáculo de éstos que son «sólo para mujeres» o «sólo para hombres» a contratar personas de un género u otro con ciertos atributos físicos, sin que a nadie se le ocurriera que debería contratar a personas del otro género o sin tales atributos.

De la conjunción de los dos primeros lineamientos – (A) y (B) – se desprende un tercero: (C) *Requerir diferenciaciones o distinciones positivas y justificadas en el futuro para remediar las discriminaciones negativas e injustificadas del pasado*.

Entonces, la pregunta esencial es saber discriminar cuándo la diferenciación o distinción positiva y justificada es requerida para remediar una discriminación negativa e injustificada y para ello es indispensable discernir si el efecto de la misma no sólo es el deseado sino también racional, *i.e.* eficaz para cumplir con este objetivo e incluso efectivo y eficiente⁴⁷. Así, por ejemplo, los programas de acción afirmativa, también conocidos como de discriminación inversa o positiva, parten de la presunción de que hay veces que la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva. Sin embargo, esta diferenciación o distinción para ser positiva y justificada debe beneficiar a los miembros más desaventajados o que históricamente han sido discriminados, porque de lo contrario daría lugar a una nueva forma de discriminación negativa e injustificada.

Aunque el análisis de los programas de acción afirmativa sobrepasa los propósitos de esta contribución, solamente hay que enfatizar que éstos no eliminan la desigualdad sino que por el contrario la acentúan al presuponerla e incluso requerirla. La cuestión es discriminar cuándo los programas constituyen una nueva discriminación negativa e injustificada y cuándo no es así por tratarse de una diferenciación o distinción positiva y justificada. Por consiguiente, algunos programas de acción afirmativa que imponen «cuotas» tienen el problema de que en el afán de remediar una discriminación pasada que propiciaba la exclusión de un tipo de persona o grupo introducen una nueva discriminación para propiciar la inclusión de éstos, pero en aras de hacerlo acaban por ser una nueva fuente de discriminación negativa e injustificada porque pueden llegar a admitir personas no-calificadas en detrimento de las que sí lo están.

Antes de concluir este apartado, habría que aludir a un cuarto lineamiento (D) *Cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, de eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.*

Para ello, habría que mencionar, aunque sea brevemente, algunas de las cuestiones ya resueltas y por resolver desde la reforma constitucional en materia indígena, en la cual se incorporó el tercer párrafo del artículo

⁴⁷ Vid. R. DWORKIN, *Affirmative Action: Does it Work?* y *Affirmative Action: is it Fair?*, en *Sovereign Virtue*, cit. en la nota 3, pp. 386-408, y 409-426.

1° de la Constitución. De esta manera, entre los problemas o retos en materia de no discriminación destacan:

Origen étnico: la reforma constitucional en materia indígena del 2001 incluyó, en el párrafo primero del apartado B del nuevo artículo 2° de la Constitución, no sólo la promoción de la «igualdad de oportunidades de los indígenas» sino también la eliminación de «cualquier práctica discriminatoria». Para tales efectos se constituyó la Comisión Nacional de los Pueblos Indígenas, a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación, el 21 de mayo de 2003, de la *Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*, en vigor desde el 5 de julio de ese mismo año.

Origen nacional: desde hace muchos años los jueces de distrito y magistrados de circuito conceden la protección de la justicia federal a los extranjeros que se amparan en contra de la *Ley Reglamentaria del artículo 5° constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1945 y en vigor desde el día siguiente, por violar las garantía genérica de igualdad y la libertad de profesión contenidas en los numerales 1° y 5° de la Constitución⁴⁸.

Género: en reformas recientes a la *Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas*, a la *Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado* y a la *Ley del Seguro Social* se ha reconocido expresamente que los beneficiarios o familiares derechohabientes pueden ser entre otros tanto la esposa o el esposo como la concubina o el concubinario – artículos 4, 24, y 5 A, respectivamente –. Sin embargo, en la fracción V del artículo 5° de la Ley del ISSSTE subsiste un caso de discriminación que habría que reformar: al definir los familiares derechohabientes se reconoce como tales a la esposa y a la concubina del trabajador o pensionista sin ninguna otra condición mientras que al esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista se le requiere ser «mayor a

⁴⁸ En una de las sesiones recientes del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, a saber la del 5 de julio de 2005, éste aprobó una serie de modificaciones a la legislación universitaria para garantizar que los extranjeros puedan acceder a ciertos cargos y puestos en igualdad de condiciones con los nacionales sin ser discriminados por su origen.

55 años de edad; o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella»⁴⁹.

Edad: si bien para ser ciudadano y poder votar en las elecciones se debe haber cumplido 18 años, o para ser electo o nombrado para ciertos cargos o puestos se debe tener determinada edad, hay muchas otras condiciones que requieren haber cumplido o no una cierta edad que resultan ser muy cuestionables. Por ejemplo, cuando el ingreso a programas educativos y becas está condicionado a haber o no cumplido una edad determinada. Tampoco sería difícil imaginar que personas son discriminadas laboralmente por razones de su edad. Ciertamente, en México, a nivel federal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación tendrían atribuciones para velar por los intereses de los trabajadores para que no sean discriminadas laboralmente por razones de su edad.

Capacidades diferentes: no es complicado imaginar situaciones en que las personas con capacidades diferentes son discriminadas laboralmente, al no querer emplearlas o una vez empleadas pretender pagarles menos por el mismo trabajo realizado. De hecho, las citadas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación tendrían atribuciones también para velar por los intereses de estas personas para que no sean discriminadas en su lugar de trabajo.

Condición social: la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer de las Acciones de Inconstitucionalidad 14/2004, y sus acumuladas 15/2004 y 16/2004, consideró por una mayoría de seis votos contra cuatro que lo operante era declarar la invalidez de la fracción I del artículo 28 de la Ley Electoral de Quintana Roo por ser contraria a la fracción II del artículo 116 de la Constitución Federal, al requerir que al establecer los distritos electorales se tomaran en cuenta además del criterio poblacional, *i.e.* la densidad de población, «[...] las condiciones geográficas y

⁴⁹ En una de las sesiones recientes del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, a la sazón la del 31 de marzo de 2005, éste aprobó una serie de modificaciones a la legislación universitaria para garantizar que las mujeres puedan acceder también a ciertos cargos y puestos en igualdad de condiciones con los hombres sin ser discriminadas por su género.

las circunstancias socio-económicas prevalecientes de las distintas regiones de la entidad»⁵⁰.

Condiciones de salud: tampoco sería un problema pensar que personas enfermas – *v.gr.* de VIH-SIDA – sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o bien al ser despedidas injustificadamente, y peor aún al negarles el acceso a servicios de salud. Además de las ya citadas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación que tienen atribuciones para velar por los intereses de las personas enfermas para que no sean discriminadas en su lugar de trabajo, en México, a nivel federal, el Instituto Nacional de Salud Pública actualmente desarrolla acciones para garantizar su acceso a los servicios de salud.

Religión: si bien la Carta Magna garantiza en su artículo 24 la libertad de creencias religiosas, subsiste la posibilidad de que las personas sean discriminadas por su religión ya sea en la comunidad, la escuela o en el trabajo. De hecho, hace poco, en un diario, apareció una nota periodística intitulada: «Encierran en sus casas a cuatro familias de Oaxaca». Si de por sí estar encerrado con candado y cadenas en sus propios domicilios – por orden de la autoridad municipal del poblado indígena de San Juan Bosco Chuxnaban, demarcación localizada en el corazón de la región Mixe, a casi más de 230 kilómetros de la ciudad de Oaxaca – ya es una cosa muy grave, todavía lo es más porque se trataba de familias que profesan una religión distinta a la católica y porque el encierro fue ordenado por la asamblea comunitaria como sanción ante la actitud de rebeldía de estas familias hacia la comunidad⁵¹.

⁵⁰ Como la declaración de invalidez no alcanzó la votación calificada de ocho votos, a que se refiere el artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, se desestimó la acción de inconstitucionalidad. No obstante, uno de los ministros hizo una atenta exhortación a los legisladores del Estado de Quintana Roo «para que se abstengan de aplicar los artículos 53 de la Constitución Política de ese Estado, y 28, fracción I, de la Ley Electoral de Quintana Roo [...] por ser contrarios al artículo 116, fracción II de la Constitución Federal» y aunque no se dice nada al respecto se podría razonar que dichos numerales son además contrarios al artículo 1º de la Constitución Federal.

⁵¹ *Encierran en sus casas a cuatro familias de Oaxaca*, en *Milenio. Diario*, 27 de octubre de 2005, p. 20.

Opiniones: también la Ley Suprema garantiza en su artículo 6 la libertad de expresión, *i.e.* la manifestación de las ideas, subsiste la posibilidad de que las personas sean discriminadas por sus opiniones o que sean discriminados para emitirlos. Aunque el propio artículo 33 constitucional establece que los extranjeros «Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución», además estipula que «Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país» con lo cual más que ser discriminados por sus opiniones, de plano no se les permite formularlas en materia política.

Preferencias: no es difícil presuponer que por sus preferencias sexuales las personas sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o bien al ser despedidas injustificadamente, o discriminadas en cualquier otro ámbito, por ejemplo, al solicitar un préstamo o en la adjudicación de una vivienda. Es más, recientemente, el 10 de mayo de 2005, una persona presentó ante el Juzgado Trigésimo Civil en el Distrito Federal una demanda por daño moral en contra de la compañía de refrescos más importante en el país por haber sido discriminado y despedido por su orientación homosexual⁵².

Estado civil: tampoco sería problemático suponer que por su estado civil, ya sea por estar casado(a) o soltero(a) las personas sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o al ser despedidas injustificadamente, o bien discriminadas en cualquier otro ámbito, por ejemplo, al solicitar un préstamo o en la adjudicación de una vivienda.

Cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas: el listado anterior es ilustrativo e indicativo de los posibles tipos de discriminación, pero no limitativo. Por ello, hay que estar atentos a las nuevas formas de discriminación que pudieran aparecer que atenten contra la dignidad humana o tengan por objeto menoscabar los derechos y la libertades de las personas, como sería el caso de utilizar la información genética de una persona para discriminarla laboralmente o bien para negarle un seguro precisa-

⁵² *Vid.* en línea: <http://saiverdayari.blogspot.com/2005/09/gay-mexicano-demanda-coca-cola-por.html>; y http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?pid_nota=41305&tabla=grafico.

mente para aquellas enfermedades para las cuales tiene una mayor propensión⁵³.

5. — Después de exponer críticamente el estado que guarda el derecho a la igualdad, en México, podemos concluir que si bien se han ganado muchas batallas – no sólo al incluir las garantías de igualdad ante la ley (*isonomía*) y en la ley (*isotimía*), bajo la especie de igualdad de oportunidades, así como la igualdad de derechos políticos o libertades públicas (*isopoliteía*), y del derecho o libertad de expresión (*isegoría*), sino también al prohibir la esclavitud; los títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios; las leyes privativas y tribunales especiales; los fueros; y la discriminación – no podemos decir que se haya ganado la guerra ni mucho menos la lucha por el nuevo derecho puesto que aún falta mucho para poder garantizar tanto la igualdad formal para todos como la igualdad material entre todos, al subsistir leyes, interpretaciones y prácticas que son discriminatorias.

⁵³ Vid. I.B. FLORES, *Derecho y salud: Algunas consideraciones sobre el proyecto del genoma humano*, en D. CIENFUEGOS SALGADO y M.C. MACÍAS VÁZQUEZ (coords.), *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 229-245.

ENRIQUE GUADARRAMA LÓPEZ*

ESQUEMA DE GARANTÍAS AL CONSUMIDOR
EN MATERIA DE PRESTACIÓN
DE SERVICIOS A FUTURO

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Garantía civil y garantía mercantil. A) Clasificación. B) Características. C) Aspectos específicos de las garantías. — 3. Garantías en materia de consumo. A) Garantía de conformidad. B) Garantía comercial. C) Clasificación. D) Características de las garantías comerciales. E) Características de los derechos de las garantías comerciales. F) Acciones jurídicas del consumidor. G) Requisitos legales. — 4. Cuadro comparativo de las garantías legales y las garantías comerciales. — 5. Situación de las garantías legales y comerciales dentro de las NOM. — 6. Situación particular de la prestación de los servicios a futuro. — 7. Comparativo del esquema de funcionamiento del sistema de tiempos compartidos y la prestación de servicios funerarios a futuro. — 8. Opción de política legislativa. Crítica a la fórmula incorporada en la NOM 036. — 9. Conclusiones.

1. — En la revisión de diversas Normas Oficiales Mexicanas (en lo sucesivo, NOM) se han presentado puntos de vista encontrados respecto a la inclusión o no en las mismas del tema de las garantías y, de manera específica, en el contenido mínimo del clausulado que debe contener el modelo de contrato de adhesión. Asimismo, respecto a la posible enumeración del tipo de garantías que un proveedor puede utilizar para cumplir la exigencia normativa.

De manera especial la discusión se agudiza en el tema de prestación de los denominados servicios a futuro, por el riesgo que se puede presentar de eventual afectación generalizada a grupos de consumidores, ante el incumplimiento de un proveedor o prestador de esos servicios.

La discusión se origina por la falta de precisión del alcance de la expresión «garantía» dentro de las normas protectoras de los consumidores, particularmente la Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante, LFPC). Sin embargo, a pesar de las diferencias conceptuales, al

* Profesor por oposición de la Facultad de Derecho de la UNAM y profesor de cátedra en el Tecnológico de Monterrey, campus Ciudad de México.

momento de aprobar dos de las NOM¹, la decisión normativa no fue la más afortunada.

Ante este panorama, el punto de partida del trabajo es reconocer que el rubro de las garantías es uno de los temas que adquiere particularidad propia en el derecho de protección de los consumidores, distinta a la connotación que tiene en la materia civil y en la materia mercantil². Luego de delimitar el tema en esas materias, se hace un análisis particular de la problemática que se presenta en el esquema de los tiempos compartidos y en los de los servicios funerarios, por ser los de mayor incidencia en la práctica comercial de prestación de servicios a futuro, en cuanto a la afectación a los consumidores.

Al final, se formula una propuesta de política legislativa que podría tener mayor impacto en la defensa de los intereses de los consumidores, que la aprobada en las dos NOM antes mencionadas.

2. — En las disciplinas civil y mercantil el vocablo garantía refiere una relación jurídica previa entre las partes, básicamente de crédito, en la que el deudor asegura al acreedor el cumplimiento de la obligación con-

¹ Norma Oficial Mexicana NOM-174-SCFI-2007, Prácticas comerciales-Elementos de información para la prestación de servicios en general. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de noviembre de 2007. Norma Oficial Mexicana NOM-036-SCFI-2007, Prácticas comerciales-Requisitos de información en la comercialización de servicios funerarios. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de noviembre de 2007.

² El principio general en materia de obligaciones es que el deudor responde con todo su patrimonio de las deudas asumidas frente a terceros (artículo 2964 del Código Civil). Al confrontar ese principio general con el tema de garantías se aprecia que la seguridad jurídica que la garantía brinda al acreedor de que su interés será satisfecho, resulta superior a la derivada de la simple responsabilidad genérica del deudor. Se trata de un plus de seguridad que se consigue mediante la utilización de las modalidades reales o personales. Vid. V. GUILARTE ZAPATERO, *Pactos en la hipoteca inmobiliaria*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, Vol. 2, p. 119. Se llega a señalar que la responsabilidad patrimonial universal a la que alude el principio general civil crea la denominada garantía general a favor del acreedor respecto a todos los bienes del deudor; sin embargo, la doctrina precisa que en realidad se trata de una forma de tutela implícita en el propio concepto de obligación, más que de una garantía en sí. Vid E. ROCA TRÍAS, *Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, pp. 138-141.

tractual, a través de mecanismos específicos determinados en la legislación o acordados por las partes³.

Clasificación de las garantías. La pluralidad de la figura hace necesaria una aproximación al tema, a través de una clasificación de las garantías⁴:

Por la naturaleza de las garantías:

³ En el caso de las garantías personales hay *numerus apertus*, ya que al tratarse de formas obligatorias, las partes pueden pactar cualquier fórmula. Las limitantes serán: a) que se cumplan con las exigencias legales en materia contractual, b) que no afecte el orden ni el interés público, c) que no se afecte al deudor, d) que no propicie fraude a la ley y e) que en caso de contratos de adhesión se respeten las reglas sobre condiciones generales de contratación. El desarrollo de nuevos esquemas de contratación comercial genera nuevas fórmulas de garantías. Entre las garantías personales novedosas se encuentran las cartas de patrocinio o intercesión financiera, el mandato de crédito, la adhesión de deuda y las garantías a primer requerimiento. El primer caso se presenta en los grupos de sociedades en la que la matriz o sociedad dominante emite una carta a favor de la entidad bancaria acreditante en la que incluye declaraciones que aseguran el buen fin de la operación por la cual la sociedad filial deudora solicita el crédito. Lo característico del esquema es que las cartas de patrocinio no figuran en el pasivo de la sociedad ni se reflejan en su balance contable. No se asume una obligación nueva, adicional a la del sujeto patrocinado, sino una responsabilidad por daños y perjuicios. Sobre el tema, A. CARRASCO PERERA, analiza la clasificación de las declaraciones en la carta, el carácter jurídico de las mismas, algunos tipos de declaraciones como la de obligación de resultado, promesa de hecho ajeno, obligación fiduciaria, de apoyo financiero, la de garantías comprometidas con terceros dentro de la contabilidad social, la de información y responsabilidad contractual, en *Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, pp. 629-759.

En cambio, en el caso de las garantías reales, si bien puede haber distintos objetos con el carácter de derechos reales (prenda de derechos, hipoteca en garantía de cuentas corrientes, prenda de acciones o de títulos de crédito en general), no es dable establecer nuevos esquemas de garantías, pues provocarían la derogación del principio general *par conditio creditorum*, de que todos los acreedores se encuentran en situación de igualdad al momento de pretender el cobro de sus créditos. En suma, tratándose de las garantías reales prevalece el *numerus clausus*. Cfr. E. ROCA TRIAS, *op cit.*, pp. 154-156. Por su parte, J.L. GARCÍA PITA sostiene que al no haber dentro del Código de Comercio, ni del Código Civil una Parte General de los derechos reales, «hace imposible el fenómeno de la atipicidad, es decir, hace jurídicamente inadmisibles e inviables la posibilidad de crear derechos reales; relaciones jurídicas dotadas de inherencia y eficacia *erga omnes* que sean nuevas y que no coincidan con las figuras jurídico-reales típicas», *La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en el Derecho Mercantil*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, Vol. 1, pp. 160-161.

⁴ Se sigue la clasificación que hace E. ROCA TRIAS, *op. cit.* pp. 131-132.

Reales. Tienen efectos *erga omnes* y se dirigen contra bienes específicos cualquiera que sea el patrimonio en que se encuentren⁵,

Personales. Sus efectos sólo se producen entre las partes que las contratan y se dirigen contra el patrimonio del propio deudor o el de un tercero

Por el origen de las garantías:

Voluntarias. Son pactadas por acuerdo de las partes en el contrato

Legales. La ley es la que determina la creación y existencia dentro del contrato

Por la persona que ofrece la garantía:

El propio deudor. Normalmente recaen sobre bienes de su patrimonio

Un tercero. Pueden tener lugar tanto en las garantías personales como en las garantías reales, respecto de bienes de una persona distinta a la que celebra la original relación jurídica

Por el ámbito de la garantía:

Generales. Se corresponden, por lo general, con las exigidas por la ley por brindar cobertura dentro de la mayoría de los contratos

⁵ Tratándose de bienes inmuebles, al no haber desplazamiento posesorio del bien gravado, la sujeción del mismo a la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal impone el requisito formal de inscripción registral, con los efectos publicitarios correspondientes. De no cumplirse con tal requisito no nace la garantía, vid. V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, p. 121. Ahora, en el ámbito internacional es tema de debate la materia de publicidad de las garantías mobiliarias, en cuanto que las reglas respectivas deban ser acorde o no con los principios de Derecho Inmobiliario Registral; al respecto el artículo 9 modificado del *Uniform Commercial Code* establece el requisito de publicidad, a través de la inscripción registral, con información muy concisa de los bienes muebles o una descripción general (todas la mercancías, todos los automóviles del concesionario, todos los créditos, todo el equipamiento del local comercial etc.). Es decir, con independencia del contenido y suficiencia de la información y los destinatarios de la misma, lo cierto es que ya se está en otro nivel en materia de garantías mobiliarias, la de contar con un registro que proporcione seguridad jurídica a los tenedores de las garantías. En este punto, L. ROJO AJURIA señala que la publicidad de las garantías mobiliarias es un tema complejo, aunque reconoce que el Registro es el medio para contrarrestar las situaciones de propiedad aparente, así se reforzaría la primacía de la posesión como mejor evidencia de la propiedad, *La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del Derecho comparado*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, Vol. 1, pp. 81-86.

Especiales. Se corresponden, por lo general, con las garantías voluntarias acordadas por las partes, para brindar cobertura en casos o situaciones específicos

Las garantías representan figuras jurídicas externas y adicionales al contrato celebrado entre las partes. En ese sentido, el contrato de crédito representa el elemento principal y la garantía el elemento accesorio⁶.

El primero encaja en la regulación del derecho de las obligaciones, mientras que la segunda se regula básicamente en el derecho de cosas, aunque puede serlo de otros derechos como el cambiario, el de consumo, el concursal, etc.

El carácter accesorio de la garantía conlleva tanto una referencia implícita a la deuda principal y al deudor, como el reconocimiento explícito a la responsabilidad patrimonial universal del obligado principal⁷.

Características de las garantías

Del contenido de las garantías. Son cuatro las notas propias de las garantías: permite satisfacer el interés del acreedor de manera independiente o, de forma más específica, permite proteger el interés de aquellos acreedores que no han pactado derechos de garantía concretos o especiales.

Actúa sobre bienes concretos del patrimonio del deudor, por lo que se refuerzan las posibilidades del acreedor de hacer efectivo su crédito, añadiendo la responsabilidad de un tercero ajeno a la obligación pactada,

No afecta a todos los acreedores, sino sólo a aquél que contractualmente la ha pactado a su favor⁸.

⁶ Hay una vinculación funcional entre los conceptos «crédito» y «garantía». El crédito es confianza en el deudor, en su cumplimiento y en su solvencia; la garantía entraña desconfianza. El crédito comporta riesgo; la garantía tiende a cubrirlo. El crédito supone incertidumbre; la garantía seguridad. Vid M. OLIVENCIA RUIZ, *Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el Derecho Mercantil*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, Vol. 1, p. 25.

⁷ Esto implica que el crédito deja de estar sometido a las consecuencias de un posible comportamiento negligente o desleal del deudor, así como las contingencias que pueda determinar una posible situación adversa en su patrimonio (insolvencia, concurso, quiebra), aunque no elimina la obligación personal ni la responsabilidad patrimonial universal del propio deudor. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, Vol. 2, pp. 30-31.

⁸ El valor de un derecho de garantía depende del grado en que se aísla al acreedor garantizado de las pretensiones de otros acreedores del deudor, lo cual se alcanza con el

En algunos supuestos no se extingue cuando se enajenan los bienes que se han destinado a esta función.

De los derechos que derivan de las garantías. En cuanto a las características generales de los derechos que se derivan de las garantías se tienen:

Accesoriedad. La relación jurídica que surge con la garantía viene a fortalecer la relación jurídica principal, aunque con un vínculo de dependencia. Se trata de una relación nueva, pero accesoria de la principal. La garantía subsiste mientras exista la obligación principal

Subsidiariedad. Implica que el garante sólo debe cumplir con la obligación del deudor, cuando éste se ubica en la zona de incumplimiento de la obligación principal. Esto es, el beneficiario de la garantía no puede hacer válida la garantía si previamente no ha exigido el cumplimiento al obligado o deudor principal

Adicionalidad. En algunos tipos de garantías se añaden nuevas facultades al original derecho del acreedor respecto a otro u otros patrimonios al originalmente responsable, p. ej. fianza, solidaridad en función de garantía.

En este caso, la suma de sujetos obligados solidarios responden de manera indistinta ante el acreedor, quien podrá elegir al deudor que crea más conveniente para exigir el cumplimiento de la obligación⁹.

Sustitución de garantes. Opera en casos de asunción de deudas, en que se sustituye al primer deudor, a través de contrato, aunque con acuerdo del acreedor.

Aspectos específicos de las garantías. Se pueden destacar algunos puntos particulares de las garantías: entre las garantías personales las más fre-

sistema de prelación de créditos. En éste concurren tanto los derechos de garantía como los denominados privilegios legales (créditos salariales, fiscales y de seguridad social). La diferencia sustancial entre garantía y privilegio es que la primera surge de una relación contractual y el segundo deviene de la propia ley. Se señala que en esa relación garantía-privilegio se corre el riesgo de erosión del derecho de garantía frente al monstruo devorador de los privilegios legales. Ante esto se pretende utilizar a la propiedad con finalidad de garantía, lo que implica la concepción de la propiedad-garantía como un super-privilegio, que pase por encima de todos los privilegios legales. En todo caso corresponde al legislador, a través de una decisión de política jurídica, fijar el orden de preferencia. Vid L. ROJO AJURIA, *op cit.*, pp. 68-70.

⁹ E. ROCA TRÍAS, *op cit.*, p. 151.

cuentas son la fianza¹⁰ y el aval, aunque también es factible la solidaridad pasiva en forma de garantía, la cesión de crédito y el depósito en garantía (otorgar la posesión de una cosa en garantía del pago de una deuda, sin que constituya un derecho real). Entre las garantías reales -recaen sobre bienes muebles o inmuebles-, figuran por lo general la prenda, la hipoteca¹¹, el fideicomiso y la garantía derivada de los créditos de habilitación y avío.

El común denominador de las garantías civiles y mercantiles es que se trata de garantías legales de carácter obligatorio, en cuanto a que están previstas y reguladas en ley, aún en aquellos supuestos de ser establecidas de forma voluntaria por las partes.

En función del tipo de garantía, sea personal o real, la ley reconoce al acreedor las acciones jurídicas respectivas, tanto civiles como mercantiles ej. acción ejecutiva, acción prendaria, acción hipotecaria, sea contra el deudor o el tercero detentador o poseedor del bien dado en garantía.

3. — En la relación de consumo¹² la referencia a la expresión «garantía» es al producto que se adquiere y/o al servicio que se recibe, re-

¹⁰ Es importante precisar que existen mecanismos legales que también buscan asegurar el derecho de crédito, pero no tienen la naturaleza de una garantía. Son los casos de: a) el saneamiento por evicción, en la que se impone al deudor una reparación en el supuesto de que el acreedor se vea desposeído de la cosa, por existir un mejor derecho anterior; b) la cláusula penal, que implica una obligación duplicada, a cargo del mismo obligado; representa más un medio sancionatorio que uno garantista; c) el sistema de seguros, en lo que se transfiere el riesgo del incumplimiento del contrato a un tercero; se trata de una fianza prestada por un tercero (la aseguradora). Cfr. E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pp. 134-137.

¹¹ Es muy diferente tener un *crédito frente a la persona* del deudor, del que se pretende una conducta (prestación de dar), que tener un *crédito sobre la cosa* dada en garantía, en la que la realización del crédito no se plantea como una pretensión personal, sino como una pretensión real, en la que se busca la conversión del valor en venta de una cosa, es decir, convertir en dinero el valor del crédito hipotecario, que es parte integrante del patrimonio del acreedor. *Ibidem*, p. 50.

¹² Se define la relación de consumo como «el vínculo jurídico que surge, contractual o extracontractualmente, entre una persona que tiene el carácter de proveedor y otra persona con el carácter de consumidor, cuyo objeto es la adquisición, realización o disfrute de un bien, un servicio o un producto y en la cual debe prevalecer un equilibrio en las condiciones pactadas entre las partes, generalmente incorporadas en contratos de adhesión». E. GUADARRAMA LÓPEZ, *La protección jurídica de los consumidores en materia inmobiliaria*, p. 59.

specto de los cuales el proveedor asegura al consumidor el debido funcionamiento del bien objeto de la relación comercial o la calidad en el servicio ofrecido acorde con el precio pagado. Se le denomina garantía comercial¹³.

A través de la garantía comercial, el proveedor acepta la obligación de que durante el plazo de la misma, responderá de todos los defectos que el producto o el servicio llegaren a presentar, derivado de la falta de calidad o del nivel de prestación que puedan menoscabar el funcionamiento normal del objeto del contrato, de acuerdo con la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad del propio objeto.

La garantía comercial también incluye la obligación del proveedor de reparar el objeto contratado, sustituir el objeto defectuoso o devolver el precio en todo o en parte,¹⁴ en caso de funcionamiento incorrecto.

Suele identificarse a la garantía comercial con la garantía de conformidad, que se refiere a que los productos y los servicios deben ser conformes o corresponder a las expectativas legítimas de los consumidores¹⁵. Sin embargo, entre ambas garantías – la comercial y la de conformidad – es dable hacer precisiones específicas.

¹³ Es la denominación que se establece en el artículo 1.2 de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Vid. G. BOTANA GARCÍA, *Régimen de garantía y conformidad de los productos y servicios*, en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, pp. 504-505.

¹⁴ Cfr. G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, p. 361.

¹⁵ Se distingue entre defecto de conformidad y defecto de seguridad. En este último se genera la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Sobre este tema vid. M. RUIZ MUÑOS, *Responsabilidad civil del empresario/fabricante*, en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, pp. 507-549. Al respecto, en derecho español se establece en el artículo 11.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que podría denominarse como régimen general de garantías de los productos y los servicios: «El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure que la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio, pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento». En este punto, García Cantero señala que el primer párrafo de ese precepto «ofrece una formulación genérica, casi programática, viniendo a constituir el marco general dentro del cual actúa esta garantía de consumidores y usuarios», *op cit.*, p. 357.

Garantía de conformidad en productos y servicios. La garantía de conformidad es propia de todo bien o producto adquirido y de todo servicio que se disfruta. Es una forma de tutela implícita para los consumidores de que los fabricantes y productores han cumplido con todas las normas técnicas y de seguridad exigidas por la normatividad respectiva, para alcanzar las características y cualidades del bien o producto fabricado y del servicio que se ofrece.

La exigencia de conformidad o correspondencia del bien o servicio debe coincidir con las características siguientes¹⁶:

Ajustarse a la descripción y a las cualidades de la muestra o modelo que el proveedor incluye en las especificaciones de uso o funcionamiento, que debe anexar al bien o producto.

Ser apto para el uso especial o particular que el consumidor que adquiere el bien o contrata el servicio, hace del conocimiento del proveedor al celebrar el contrato y al que el propio proveedor admitió que cumplía.

Ser apto para el uso ordinario que tienen bienes o servicios de la misma especie en situaciones comunes.

Cumplir con la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo y con las especificaciones del etiquetado o la publicidad respecto a las condiciones, beneficios y particularidades del servicio ofrecido.

En todo caso, hay la obligación legal para todo proveedor de cumplir con la garantía de conformidad, es decir, de responder en su carácter de comerciante ante el consumidor, de que lo que se está contratando cumple cabalmente con las condiciones de calidad ofertadas.

Al tratarse de una garantía obligatoria, la falta de correspondencia entre el bien o servicio contratado y las características o calidad que recibe el consumidor hace que surja el derecho del consumidor de exigir que se cumpla la concordancia entre lo ofertado por el proveedor y lo recibido por el propio consumidor.

Garantía comercial en productos y servicios. En las relaciones de consumo se parte del supuesto general de que el proveedor ha cumplido con la obligación principal pactada en el contrato (ha entregado el bien o produc-

¹⁶ G. BOTANA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 502-503.

to o ha prestado el servicio). Se identifica como la etapa de ejecución del contrato¹⁷.

En México, a nivel legislativo, el instrumento legal para asegurar que los bienes o servicios adquiridos o contratados sean acordes con las especificaciones o calidades propias de su tipo o con lo ofrecido en la publicidad o en las etiquetas, lo es la garantía comercial, que implica el compromiso que asume el proveedor de reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, de sustituirlo o de repararlo en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la garantía o en la publicidad correspondiente.

Se trata de una garantía de carácter voluntaria, ya que dentro del esquema de competencia empresarial, la propia LFPC otorga a los proveedores la opción de ofrecerla o no a los consumidores. En contrapartida, entre los aspectos que un consumidor tiene en cuenta para la toma de decisión de con quien contratar, está el comparativo de las garantías que ofrecen los proveedores.

A pesar del esquema opcional que la LFPC establece a favor de los proveedores, es generalizado el otorgamiento de garantías en la adquisición de bienes o productos. Sin embargo, queda la duda ¿porqué no hacer obligatorio legalmente, y por ende, generalizado a todos los proveedores el otorgamiento de la garantía comercial?

No hay razón jurídica para no hacerlo, sobre todo si se trata de un aspecto que debe ser consubstancial a la relación de consumo.

Es más, creo que en un caso en que no hay una garantía ofrecida por el proveedor, el consumidor puede acudir a la institución protectora de derechos de consumo para exigir que el proveedor amén de cumplir con lo ofrecido en la publicidad o en el etiquetado, podría solicitar que se recurra a criterios de analogía o de suplencia legal para obligar al proveedor a reembolsar el precio pagado, a reparar el bien o a sustituirlo, sobre la base de recurrir a los principios generales en materia de consumo para lograr el restablecimiento del equilibrio en la relación de consumo.

Inclusive, podría encontrarse como diferencia adicional entre un proveedor que ofrece la garantía (se le puede identificar como proveedor responsable) y uno que no ofrece la garantía, es la exigencia de da-

¹⁷ *Ibidem*, p. 491.

ños y perjuicios, además de la ya prevista de la bonificación o compensación.

Debemos considerar que para mayor eficacia en la defensa del consumidor, no sólo se debe pensar en la fórmula económica de que el consumidor tiene la facultad de elegir dentro del mercado entre un proveedor y otro, sino en la repercusión jurídica que debe tener quien opta por no contar con un respaldo que brinde cobertura de cumplimiento frente a los consumidores.

Clasificación de las garantías comerciales. Se puede hacer un desglose clasificatorio de las garantías comerciales: por el tipo de relación de consumo que se busca asegurar:

Adquisición de bien mueble (producto)¹⁸,

Adquisición de bien inmueble,

Prestación de un servicio

Por la persona que ofrece la garantía:

Productor o fabricante,

Importador del bien o producto,

Distribuidor del bien o producto

Prestador del servicio

Los tres primeros se refieren a bienes o productos previstos (artículo 79 LFPC), no así el último, cuya inserción legal se encuentra en el artículo 82.

Por la naturaleza de la garantía:

Personal,

Real.

En su mayoría, las garantías son de índole personal, pues el proveedor que la ofrece debe expedir a favor del consumidor una póliza de garantía en la adquisición de bienes o productos, en la adquisición de inmuebles y en la prestación de servicios (artículo 78 LFPC), que se traduce en el derecho de mantenimiento y reparación gratuita de los productos durante la vigencia de la póliza (artículo 81 LFPC) y en el suministro

¹⁸ El empleo del vocablo «producto» es propio del Derecho de los Consumidores. Aquí es donde ha adquirido mayor relevancia e impacto en el conocimiento entre el público. Es una expresión que resulta más coloquial y accesible de emplear cotidianamente. No hay cuestionamiento en que se trata de un sinónimo de la expresión jurídica «bien».

de partes y refacciones durante el tiempo que los bienes o productos sigan fabricándose (artículo 80 LFPC).

En materia de inmuebles, se cuenta con las garantías legales por vicios ocultos o fallas estructurales

En la prestación de servicio, por el carácter del consumidor:

Individual. Para cumplimiento del servicio ofertado

Colectivo. Para cumplimiento general del contrato

En este último caso hay una colectividad heterogénea que puede ser afectada por situaciones de incumplimiento generalizado del proveedor. Ante esto, a la par de las garantías comerciales que de manera individual se otorgan a cada consumidor, se requiere de garantías legales (reales o personales), que sean generales y obligatorias, ya que la cobertura de protección debe abarcar al público en general.

Características del contenido de las garantías comerciales. Las notas que determinan el alcance de las garantías comerciales son:

Permite al consumidor disfrutar el bien o servicio contratado o que le fue ofrecido, en las condiciones funcionales y de utilidad y con las características operativas propias de un bien o servicio de su especie

Otorga al consumidor un mecanismo expedito para exigir al proveedor el cumplimiento de lo contratado u ofrecido, a través de las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores

Permite al consumidor contar temporalmente con el servicio de mantenimiento y reparación de manera gratuita, así como el suministro de refacciones, o en su caso, la posibilidad de sustituir el bien adquirido

Permite exigir de manera indistinta, la conformidad del bien o producto adquirido o del servicio contratado, tanto al consumidor que celebra la relación de consumo con el proveedor, como al consumidor que disfruta del bien o servicio. Es lo que se identifica como consumidor jurídico y como consumidor material¹⁹.

¹⁹ El concepto material de consumidor puede o no coincidir con el jurídico. La protección y el ejercicio de los derechos y garantías varían según se trate de uno o de otro. El consumidor jurídico es quien podrá ejercer los derechos, garantías y acciones derivados de la adquisición. G. BOTANA GARCÍA, *Noción de consumidor*, en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, p. 33. Por su parte, A. BERCOVITZ señala que el término «adquirir» se utiliza en sentido económico y puede tener su manifestación jurídica en contratos de diversa naturaleza, *Artículo 1*, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, p. 37.

Ambos deben encajar en el concepto de destinatario final, a que alude el artículo 2 de la LFPC. Puede tratarse, inclusive, de un tercero al que se identificaría como consumidor sustituto o consumidor superveniente en una relación de consumo previamente celebrada, como ocurre cuando hay transmisión del bien o del servicio del consumidor original a otro durante el plazo de garantía. El esquema de garantía opera por igual al consumidor original como al consumidor sustituto o superveniente.

Características de los derechos de las garantías comerciales. Hay tres aspectos distintivos de los derechos derivados de las garantías comerciales:

Efectividad. El consumidor puede exigir de manera indistinta el cumplimiento de la garantía al productor o fabricante, al importador o al proveedor con quien celebra la relación de consumo. Inclusive, para mayor eficacia al acudir ante la instancia protectora de derechos de consumo, puede dirigir su acción jurídica de manera conjunta en contra de todos ellos.

Solidaridad. La calidad de proveedor que está obligado a cumplir con la garantía comercial comprende tanto al que celebra la relación de consumo con el consumidor, como al fabricante, importador o distribuidor. Todos son obligados solidarios ante el consumidor.

No cabe excepción alguna, ni siquiera cuando haya un acuerdo comercial entre algunos de ellos (fabricante-vendedor; fabricante-distribuidor), en que se establezca que es responsabilidad exclusiva del que firma el contrato respectivo hacer frente a las quejas, denuncias o demandas del consumidor o adquirente del bien o producto.

En este supuesto, los efectos de ese acuerdo o contrato sólo obligan a quienes lo firman (los proveedores), pero no es extensivo ni generador de efectos frente a terceros (los consumidores)²⁰.

Principalidad. No se requiere de 2 relaciones jurídicas distintas, ni que una esté supeditada a la otra, pues en el mismo contrato que sustenta

²⁰ Se presentó el caso dentro del sector automotriz, de que los armadores de autos alegaban que no podían asumir una responsabilidad frente a los consumidores, por no ser quines celebraban el contrato, por lo que no debían figurar como responsables dentro del modelo de contrato de adhesión. La decisión fue que aún en el caso de que la mención dentro del modelo de contrato de adhesión fuera genérica, no los exime de responder como garantes comerciales y de conformidad frente a los consumidores, independientemente de que en vía de regreso tengan alguna acción contra el vendedor o distribuidor.

la relación de consumo se incluyen las cláusulas que reconocen la garantía. En caso de no haber un contrato de por medio, nada impide que pueda haber una garantía si así lo acuerdan las partes

Acciones jurídicas del consumidor derivadas de las garantías comerciales. Un análisis del capítulo IX de la LFPC «De las garantías» muestra que la ley incluye disposiciones que encajan en la denominada garantía de conformidad y otras para la garantía comercial. La misma situación se aprecia en el capítulo III de la ley, referida a la información y publicidad (en particular artículos 40 y 42), así como la obligación general de información por parte del proveedor prevista en el artículo 7.

La regla general en la garantía comercial es que los proveedores la otorgan de manera voluntaria, pues no se les impone como una obligación legal (artículo 77). De optar por el ofrecimiento de garantías, la ley impone al proveedor el cumplimiento de obligaciones específicas:

Hacerlo constar por escrito

Cobertura temporal no menor a 60 días

No establecer limitaciones o condiciones que reduzcan los derechos que legalmente corresponden al consumidor.

El proveedor está obligado a respetar diversos derechos a favor de los consumidores en los términos que señala la propia ley (artículos 80 y 81):

Suministro de partes y refacciones

Servicio de reparación

Servicio de mantenimiento

En cambio, la regla general en la garantía de conformidad es que tiene carácter obligatorio (artículo 92). Ese precepto enumera diversos supuestos específicos referidos a las diferencias entre el producto y las especificaciones de la etiqueta o de la publicidad.

En contrapartida, la ley reconoce diversos derechos a favor del consumidor cuando la cosa u objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que habitualmente se destine, que disminuyan su calidad o la posibilidad de su uso o que no ofrezca la seguridad que se espera de su uso razonable (artículo 82)²¹.

²¹ Debido a que el artículo 82 fue de los que se vieron modificados con la reforma a la LFPC en febrero de 2004, se generó el debate respecto a la procedencia de la bonifi-

Los derechos que el artículo 82 LFPC reconoce al consumidor derivada de la garantía de conformidad son:

Restitución del bien o servicio. Implica la opción del consumidor de solicitar la entrega de otro bien de la misma calidad y características o la prestación del servicio en las mismas condiciones contratadas.

Rescisión del contrato. El beneficio para el consumidor es que no se requiere de interpelación judicial. Surge la obligación al proveedor de reintegrar el precio pagado y, en su caso, los intereses generados (artículo 82). Este supuesto también aplica en casos de compraventa a plazos (artículo 70).

La ley prevé el caso de que se haya pagado más de la tercera parte del precio o del número total de los pagos convenidos en que el proveedor exija la rescisión o cumplimiento de contrato por mora del consumidor, a que éste opte por la rescisión o por el pago del adeudo vencido, más las prestaciones que legalmente procedan (artículo 71).

Reducción de precio. La disminución de la cifra a disminuir la acuerdan las partes, pues la LFPC no establece ni mínimo ni máximo. En caso de desacuerdo, es viable recurrir a la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco).

Bonificación o compensación. Surge cuando la prestación de un servicio sea deficiente, no se preste o proporcione por causas imputables al proveedor o por los demás casos previstos en la ley (artículo 92 bis). La ley establece que no puede ser menor al 20% del precio pagado (artículos 92 ter)²².

Pago de daños y perjuicios. Se harán valer en la vía judicial, en cuyo caso para la determinación del pago por este concepto, la autoridad jurisdiccional tendrá en consideración el pago de la bonificación (artículo 92 ter).

cación en materia inmobiliaria en caso de vicios ocultos. Al respecto, vid el análisis de esa hipótesis específica que realiza E. GUADARRAMA LÓPEZ, *op cit.*, pp. 169-174.

²² El porcentaje mínimo del 20% opera como regla general cuando no se emite un dictamen como título de crédito, pues cuando éste es emitido se deberán observar las reglas de la fracción IV del artículo 114 bis de la LFPC. Para un análisis del contenido del derecho de bonificación y su aplicación en materia de servicios y de bienes muebles, así como su relación con las garantías, vid. E. GUADARRAMA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 171-173. Asimismo, un análisis del nuevo título ejecutivo que se creó con la reforma de la Ley Federal de Protección al Consumidor, *vid.* al mismo autor, *ibidem*, pp. 174-178.

Como salvaguarda de los derechos reconocidos a los consumidores, el propio precepto establece el *ius optandi* a favor del consumidor, en cuanto a la facultad de elegir el derecho que se hace valer ante el proveedor. Esta facultad opera luego de que la reparación ha resultado insatisfactoria²³.

Los tres primeros derechos son independientes entre sí para efectos de su ejercicio²⁴, en cambio, los dos últimos son adicionales a los primeros y su ejercicio es opcional.

Asimismo, los cuatro primeros derechos se hacen valer ante las instituciones defensoras de los derechos de los consumidores, mientras el último sólo es viable exigirlo ante instancias jurisdiccionales, pues no es competencia de aquéllas instituciones el decidir la cuantía de los daños y perjuicios.

Un dato a destacar es que a los modelos de contratos de adhesión en materia inmobiliaria se exige para su inscripción en el Registro Público de Contratos de Adhesión a cargo de la Profeco, incluir en el clausulado el derecho del consumidor a solicitar al proveedor la reparación de defectos del inmueble adquirido y, en caso de no haber respuesta, el propio consumidor puede solicitar a un tercero realizar las mejoras y pedir al proveedor el reembolso de lo erogado.

Requisitos legales de las garantías comerciales. Ya se señaló que la garantía comercial no es una obligación a cargo de los proveedores (la ley establece un sistema voluntario). En caso de que se decida ofrecerla se deben cumplir diversos requisitos para asegurar la efectividad de la garantía:

Plazo mínimo de vigencia de la garantía por 60 días (artículo 77). Es posible establecer a través de NOM una vigencia mayor (artículo 80)²⁵.

²³ Para el garante se trata de una obligación alternativa, pues sólo esta obligado a cumplir una de las prestaciones, vid. G. GARCÍA CANTERO, *op cit.*, 385-386.

²⁴ Es similar a lo que se conoce como pacto comisorio en materia civil (artículo 1949 del Código Civil) en cuanto que queda en manos del consumidor cumplido optar entre exigir el cumplimiento de la obligación o rescindir el contrato. En materia de consumo se agrega como opción para el consumidor el derecho de solicitar la reducción del precio originalmente contratado.

²⁵ En derecho español, si bien en la ley general no se prevé un plazo mínimo de vigencia de la garantía comercial, la omisión se supera en el artículo 12.1 de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista, que fija en seis meses la duración mínima de la garantía.

Constar por escrito. Se trata de una obligación a cargo del proveedor, cuya inobservancia no es imputable al consumidor. Por lo general se expide una póliza de garantía (artículo 78).

Entrega inmediata. Se exige que la póliza de garantía se entregue al momento de que el consumidor reciba el bien o producto adquirido o el servicio contratado (artículo 78).

4. — La sistematización de las diferencias entre las garantías legales y las garantías comerciales arroja el siguiente comparativo:

Garantías legales	Garantías comerciales
El deudor ofrece la garantía	El proveedor ofrece la garantía
La finalidad es asegurar el cumplimiento del contrato principal	La finalidad es asegurar que se cumplan las características y la calidad del bien o servicio
Es obligatoria o voluntaria	Es voluntaria. Con contenido obligatorio si el proveedor la ofrece. Excepción: es obligatoria en caso de relaciones de consumo específicas como son los tiempos compartidos
Es accesoria del contrato principal	Forma parte del contenido contractual que sustenta la relación de consumo
Surge de una relación contractual entre particulares o entre comerciantes entre sí	Surge de una relación de consumo entre un proveedor y un consumidor, sea éste destinatario final o consumidor intermedio
Se establece en cada contrato que se celebra	Generalmente, se insertan en los modelos de contrato de adhesión. Éstos pueden o no ser inscritos en el Registro Público de Contratos de Adhesión de Profeco

5. — Se ha sostenido por parte de Comisión Federal de Mejora Regulatoria que una NOM no debe incluir lo relativo a las garantías. Los argumentos que se esgrimen por dicha autoridad son los siguientes:

- Una NOM es una regulación técnica de observancia obligatoria que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices o características aplicables a un servicio, pero no puede incorporar nuevas obligaciones a los destinatarios.
- No hay fundamento legal para exigir que ciertas transacciones comerciales se deban realizar mediante un instrumento jurídico particular, como lo es el contrato de adhesión.
- El incluir la obligación de incorporar las garantías en los modelos de contrato de adhesión puede implicar una violación al principio de subordinación de las NOM a las leyes, con la consecuente afectación a la garantía de legalidad.
- El objetivo de la NOM es establecer un sistema de información adecuado a los consumidores respecto a los bienes o productos que adquiere o contrata.

Al respecto, hay que precisar jurídicamente lo siguiente:

a) No hay incongruencia entre las disposiciones de la LFPC y las de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, pues cuando el artículo 19 de la LFPC enumera dentro del contenido de una NOM «los requisitos de información a que se someterán las garantías de los productos y servicios», así como «los términos y condiciones a que se deberán ajustarse los modelos de contratos de adhesión», lo que busca es que la NOM deba proporcionar al consumidor una mejor y mayor información sobre los bienes o servicios.

Pretender que la referencia a requisitos no alude a la descripción del tipo de garantías es una falacia, pues qué mejor información se puede brindar a un consumidor que los esquemas que deben ofrecer los proveedores para garantizar que el producto o servicio que comercializan cumple con las características y calidades ofrecidas, así como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, esto es, tanto las garantías comerciales como las garantías legales. En el caso específico de los servicios a futuro no es que se impongan nuevas obligaciones a los proveedores, sino que son las propias garantías legales obligatorias que deben ofrecer al público consumidor.

Por si fuera poco, las expresiones «términos» y «condiciones» de los contratos de adhesión se deben entender como el contenido clausular del

contrato. Al respecto, dentro de la clasificación de las cláusulas contractuales en esenciales, naturales y accidentales²⁶, las relativas a las garantías encajan tanto en las de índole natural (garantías legales), como en las de carácter accidental (garantías comerciales). Las primeras en cuanto que se trata de aspectos que resultan consecuencia de la firma del contrato y las segundas por ser cuestiones incluidas de manera voluntaria.

En suma, no hay tal in subordinación de la NOM a la LFPC, ya que ni se está reglamentando el tema de garantías ni se está yendo más allá de la naturaleza jurídica de la NOM. Suponer lo contrario sería tanto como dejar hueca y sin sustancia a la NOM.

b) En el vínculo regulación técnica-información a los consumidores, el hilo conductor es la obligación de los proveedores de contar con un modelo de contrato de adhesión inscrito en el Registro Público de Contratos de Adhesión. En efecto, si el propósito de la NOM es que los consumidores conozcan las características y las reglas que deben observar los servicios que se ofrecen al público, dentro de tales reglas técnicas aplicables a un servicio se ubican las garantías legales y comerciales, que deben figurar en los contratos de adhesión.

c) Aunque referida al tema de garantías comerciales, por mayoría de razón es aplicable a las garantías legales, el criterio jurisprudencial emitido por los Tribunales Colegiados de Circuito de que una NOM al establecer la obligación de registrar en Profeco el modelo de contrato de adhesión e incluir dentro del clausulado las garantías a favor de los consumidores no vulnera el derecho de libre contratación de las partes, pues la premisa máxima es la tutela de los derechos de los consumidores²⁷.

6. — Por lo general, la relación de consumo se establece para cualquiera de dos supuestos, sea la adquisición de un bien o producto o la prestación de un servicio.

²⁶ Se utiliza la clasificación que hace Z. H. LEÓN TOVAR, en *Contratos Mercantiles*, pp. 112-114, quien explica cada una de ellas y expone ejemplos específicos. Un encuadre de las cláusulas de los contratos inmobiliarios enumeradas en el artículo 73 ter de la LFPC, dentro de la clasificación expuesta, la hace E. GUADARRAMA LÓPEZ, *op cit.*, pp. 117-119.

²⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª época, TCC, T. XX, tesis 1.7º.A.332ª. Amparo en revisión 3947/2004, 29 septiembre 2004, p. 1384.

En los casos de la prestación de un servicio hay que tener presente la distinción:

- Servicios que en términos de temporalidad se prestan de manera inmediata o casi inmediata a la celebración del contrato (días, semanas o meses, a lo sumo), vgr. tintorería, reparación de vehículos, hospedaje. En estos casos, es menor el riesgo de incumplimiento del proveedor o prestador de servicio por supuestos como el cambio de domicilio, o de local comercial, o por no continuar con su carácter de comerciante. Asimismo, es menor el número de consumidores que tienen contratado la prestación de ese servicio.
- Servicios cuyo contrato establecen una temporalidad medible en años vgr. e-
squema de tiempos compartidos o con una vigencia indefinida o que incluyen una condición suspensiva que no se puede predecir fácilmente, pues puede ocurrir de inmediato o con el transcurso de los años vgr. la prestación de los servicios funerarios previos a la inhumación. En estos casos, es mayor el riesgo de incumplimiento del proveedor o prestador de servicios por darse de baja como comerciante o por que llegue a tener pérdidas empresariales. También es mayor el número de consumidores que tienen contratado la prestación de ese tipo de servicios.

Por supuesto, en los dos casos de prestación de servicios aplica lo relativo a las garantías comerciales.

Sin embargo, en el segundo de los tipos de servicios, el ofrecimiento de éstos no tiene precisión temporal respecto al momento en que debe darse el cumplimiento por parte del proveedor. Es común que en innumerables ocasiones el consumidor ha cumplido con mucha anticipación, con la obligación de pago en los términos previstos en el contrato respectivo – al contado o a plazos –. Es lo que se identifica como servicios a futuro.

La nota distintiva de ese tipo de servicios es la falta de certeza jurídica de que al llegar el momento de hacer exigible el contrato, el proveedor esté en posibilidad de cumplirlo, pues se corre el riesgo de que la empresa ya no esté funcionando vgr. en contratos de tiempo compartido con plazo de vigencia por más de 25 años o en el de prestación de servicios funerarios a futuro. El problema es asegurar al consumidor que el proveedor cumplirá con lo contratado. Ese es el reto normativo a superar por las autoridades y por las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores.

Al respecto se formulan las siguientes consideraciones:

- En los servicios a futuro el enfoque de las garantías a los consumidores rebasa el alcance de la mera garantía comercial. Para lograr mayor eficacia en la defensa de los consumidores es imprescindible ubicar el tema dentro de las garantías legales, máxime que más allá de la mera relación individual proveedor-consumidor se está en presencia de una situación de posible afectación colectiva. En la construcción conceptual del tema es ineludible dar juego al elemento «interés social»²⁸.
- Lo relativo a las garantías comerciales se encuentra previsto en la NOM 029 para Tiempos Compartidos y en la NOM 036 para Servicios Funerarios²⁹. Por supuesto, a ambos servicios les resultan aplicables los preceptos de la LFPC, en cuanto a las acciones jurídicas a favor del consumidor.

Lo que no está resuelto ni en la NOM ni en la LFPC para los dos tipos de servicios, es lo relativo a las garantías legales.

²⁸ Sobre la aplicación de los conceptos de interés social y de orden público en materia de protección al consumidor, la Suprema Corte de Justicia ha dictado diversos criterios de jurisprudencia. Al referirse al concepto de orden público ha establecido que implica una restricción a los derechos de un sujeto en la medida que sea necesario para asegurar y salvaguardar la eficacia de los derechos de otras personas que, de no ser por la limitación, resultarían deteriorados o disminuidos con clara afectación al bienestar e interés de la colectividad en general. *SJF*, 9ª época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. XX, diciembre de 2004, tesis I.4º AJ/34, p. 1247, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Para un desglose y análisis de esa tesis de jurisprudencia vid. E. GUADARRAMA LÓPEZ, *op cit.*, p. 226.

²⁹ Datos de ambas NOM: NOM 029-SCFI-1998, Prácticas comerciales. Requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido, publicada en D.O. el 29 de enero de 1999. NOM 036-SCFI-2007, Prácticas comerciales. Requisitos de información en la comercialización de servicios funerarios, publicada en D.O. el 1 de noviembre de 2007. Un cuadro comparativo de aquellas NOM que exigen la inscripción de los modelos de contratos de adhesión en el Registro Público de Contratos de Adhesión, a cargo de la Profeco, así como algunos puntos de análisis sobre el tema lo realiza E. GUADARRAMA LÓPEZ, *op cit.*, pp. 92-100. En este punto se debe considerar que la NOM-174-SCFI-2007, Prácticas comerciales. Elementos de información para la prestación de servicios en general vino a cancelar diversas NOM: NOM 067, NOM 068, NOM 085, NOM 110, NOM 111, NOM 124, NOM 126, NOM 130, NOM 136, NOM 137, NOM 138. Esta decisión de política legislativa impacta en la exigencia del registro de modelos de contratos de adhesión; ahora ya no es obligatorio el registro de algunos de los modelos de contratos de adhesión que se incluían en las NOM canceladas. Resulta sumamente cuestionable que las autoridades den un paso atrás y cedan ante la exigencia de los proveedores de no tener esa obligación registral.

- Desde un aspecto formal el hecho de que tanto el artículo 65 de la LFPC³⁰, como las NOM 029 y 036 al exigir que los prestadores de tales servicios deben ofrecer las garantías suficientes que aseguren el cumplimiento de los contratos que celebren con consumidores, ubica el tema en el ámbito de las garantías legales (civiles y mercantiles), pues refleja el propósito de la norma de garantizar el cumplimiento del contrato. Esto es, más allá de la responsabilidad patrimonial universal del proveedor debe asegurarse a los consumidores que en caso de incumplimiento del proveedor exista un esquema que haga frente al o los consumidores afectados.

- La interrogante es si la LFPC y la NOM deben enumerar el tipo de garantías legales. La respuesta es no, pues ya señalamos que la práctica jurídica-comercial va generando nuevos esquemas de garantías. Lo que debe señalarse de manera genérica es que los proveedores o prestadores de servicios deben establecer las garantías de cumplimiento de contrato.

- Una fórmula intermedia sería que la LFPC o la NOM enumeraran algunas de las garantías que puede ser utilizadas por los proveedores y dejar abierta la opción para que los propios proveedores puedan incorporar nuevos esquemas de garantías, que requieran la aprobación de la Secretaría de Economía y de la Profeco.

- Otra interrogante es si son válidas las garantías personales y las garantías reales. La respuesta es si, pues ambas cumplen con el propósito de reforzar y asegurar el cumplimiento contractual por parte de los proveedores de los servicios.

- Es claro que en los servicios a futuro se requiere transpolar a la garantía comercial, lo relativo al contenido, alcance y repercusión jurídica de la garantía legal (civil o mercantil), a efecto de que los consumidores que puedan ser afectados por un proveedor de servicios a futuro no se vean orillados a intentar su defensa jurídica en la vía de los tribunales or-

³⁰ El artículo 65 de la LFPC establece que en el modelo de contrato que se registre en Profeco se debe hacer una descripción de las fianzas y garantías que se otorgarán a favor del consumidor. Esto lleva a considerar que la garantía de afectación del inmueble al servicio de tiempo compartido prevista en la NOM no es la única que se puede ofrecer ni es exclusiva. Hay la posibilidad de que se ofrezcan otros esquemas de garantía. El precepto no refleja un *numerus clausus* como se ha argumentado en las tareas de revisión de la NOM.

dinarios, sino que tengan la opción de acudir ante las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores como instancia competente.

- Con esa transposición interpretativa de la garantía legal a la garantía comercial, se abre el camino para que las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores recurran a fórmulas generales y no individuales para la mejor defensa del público consumidor.

7. — Un análisis sistematizado del funcionamiento del sistema de tiempos compartidos y de la prestación de servicios funerarios a futuro arroja lo siguiente:

Tiempos Compartidos	Servicios funerarios a futuro
Hay vigencia contractual. Hoy en día se fija un plazo de duración (20, 25, 30 años)	Hay vigencia indefinida en el contrato
El servicio que se ofrece al público (similar al de hospedaje) no está supe- ditado o relacionado con ningún otro servicio	El servicio que se ofrece al público presenta una doble etapa: la de inhu- mación o de cremación, y la de prepa- ración a esos servicios. Ambos ser- vicios se pueden prestar por la misma empresa o por empresas distintas
El servicio se contrata en esquema de preventa o de venta, en función de que el inmueble esté o no construido	El servicio funerario en general se con- trata para uso inmediato o a futuro. Ambos supuestos operan tanto para los servicios preparatorios a la inhu- mación o de cremación, como para los servicios de inhumación o cremación
El servicio se presta en un inmueble destinado a los tiempos compartidos. Se exige que el objeto social de la em- presa así lo establezca	Para los servicios preparatorios a la inhumación o cremación no se exige un inmueble destinado a prestar tales servicios (venta de ataúdes o féretros, recepción-traslado, preparación estéti- ca y embalsamamiento del cadáver, el uso de capillas para la velación del ca- dáver)
	En cambio, para los servicios de in-

<p>La NOM prevé un esquema específico de garantías comerciales: garantías de uso alternativo; póliza de seguro contra daños y siniestros totales y parciales; garantía solidaria en caso de preventa</p>	<p>humación o de cremación se exige un inmueble autorizado (panteón o instalaciones físicas en que se ubican los nichos o gavetas)</p> <p>La NOM no prevé un esquema específico de garantías comerciales. Sólo se establece como obligación genérica voluntaria u optativa el ofrecer las garantías suficientes</p>
<p>La NOM sólo prevé una garantía legal de cumplimiento contractual frente al grupo de consumidores: la afectación del inmueble al servicio de tiempo compartido. Empero, el artículo 65 LFPC no cierra la opción de otros esquemas de garantías legales</p>	<p>La NOM no precisa un esquema específico de garantías legales de cumplimiento contractual. No hay afectación de un inmueble al servicio funerario a futuro, en lo concerniente a los servicios preparatorios a la inhumación o cremación.</p> <p>Por lo que se refiere a los servicios de inhumación o cremación, se entiende que hay afectación del inmueble (panteón o instalaciones físicas) al servicio de inhumación o cremación</p>

8. — Al ser distinta la problemática de los tiempos compartidos y la de los servicios funerarios, la propuesta de solución legislativa y normativa es diferente para cada una.

Esquema de Tiempos Compartidos

Por lo que se refiere a la revisión de la NOM 029 se tiene una triple opción:

1. Mantener la NOM en los términos actuales. Esta opción se debe rechazar por la sencilla razón de que no puede mantenerse el *statu quo* en una materia de desarrollo permanente.

Sin embargo, en la práctica se está en ese supuesto, pues a pesar de los 10 años de aplicación de la NOM, ésta no se ha actualizado. Han resultado infructuosas las reuniones del grupo de trabajo. Es significativo que el punto que ha trabado la aprobación lo sea el tema de las garantías que deben ofrecer los proveedores tiempocompartidarios.

2. Derivar algunos temas de la NOM al reglamento de la LFPC. De esa manera habría una coexistencia reglamento LFPC-NOM 029.

Esta opción de política legislativa tiene viabilidad; de hecho, en su momento, se hizo en Profeco el planteamiento en esos términos, aunque no prosperó³¹. Lo cierto es que al redactar el reglamento de la LFPC vigente, se dejó pasar la oportunidad de superar la problemática de la NOM 029. Sin embargo, la opción aún sigue siendo viable y se podría formular una propuesta de reforma reglamentaria. Sin duda es una decisión de política jurídica.

3. Hacer ajustes a la NOM manteniendo el actual esquema de garantías, al que se incorpore una mención general de que se pueden ofrecer las diversas garantías que cumplan la función de asegurar el cumplimiento contractual generalizado.

Las baterías se deben enfocar a esta tercera opción y buscar el fortalecimiento de la NOM.

Creo que se puede superar el debate en torno a la NOM si hay coincidencia en dos consideraciones preliminares:

- ante los nuevos diseños vacacionales que ofrecen los prestadores de los servicios de tiempos compartidos, tiene que haber sensibilidad para adaptar la normatividad a la nueva realidad turística, sin que esto implique disminuir la exigencia en el cumplimiento y observancia de la norma, y
- en cuanto a las garantías, si bien hay una buena previsión legal en lo que concierne a las garantías comerciales, es necesario que en lo relativo a las garantías legales cambiar el esquema de *numerus clausus* previsto en la NOM por el de *numerus apertus*, esto es, que se admita la posibilidad que los prestadores de servicios puedan ofrecer garantías legales para asegurar el cumplimiento contractual generalizado. Ya se expuso que en materia de garantías legales la ingeniería jurídica ofrece novedosos mecanismos garantistas.

A manera de propuesta podría admitirse, entre otros, un esquema de obligación solidaria en el que los obligados solidarios de quien inscribe el modelo de contrato de adhesión lo sean otros prestadores del servicio

³¹ Técnicamente considero que esta es la mejor opción. Vid E. GUADARRAMA LÓPEZ, *op cit.*, pp. 34-35, en donde se enumeran las ventajas de una adecuada coexistencia normativa de disposiciones reglamentarias con las reglas de la NOM, así como las desventajas que esto acarrea. También se señalan los puntos que podrían ser incorporados al reglamento de la LFPC.

del tiempo compartido que sí cuenten con la afectación del inmueble al tiempo compartido.

De esa manera, la eficacia jurídica de la garantía se alcanza con la inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Para seguridad jurídica de los consumidores se exigiría la formalización notarial de la obligación solidaria asumida.

Servicios funerarios. Crítica a la fórmula incorporada en la NOM 036

En el caso de los servicios funerarios a futuro, ya se señaló que se distinguen dos supuestos: los servicios preparatorios a la inhumación o cremación y los servicios de inhumación o de cremación.

Para efectos de las garantías que debe ofrecer el proveedor funerario, el segundo caso no ofrece problemas, pues las empresas que prestan tales servicios deben cumplir con requisitos específicos -en el ámbito municipal, estatal y federal-, entre otros, licencias sanitarias, permisos, autorizaciones, propiedad del inmueble en que se asienta el panteón, etc. Aquí no hay inconveniente jurídico en que continúe el ofrecimiento a futuro de la prestación del servicio de inhumación o cremación, ya que la prestación del servicio se asegura con el inmueble en que se ubica el panteón o las instalaciones físicas en que se construyen los nichos o gavetas. A los consumidores se ofrece la venta de derechos de uso.

En cambio, el problema se presenta en los servicios preparatorios a la inhumación o cremación en los que de no contar con el respaldo de un inmueble destinado a tales servicios, resulta incuestionable que el proveedor funerario debe garantizar la prestación de ese servicio a futuro.

A pesar de que no hay duda del riesgo que corre el público consumidor que contrata esos servicios a futuro, las autoridades responsables de la aprobación de la NOM 036 aceptaron su aprobación, a pesar de las severas omisiones en materia de garantías de cumplimiento.

Con la aprobación de la nueva NOM 036 se puede apreciar con nitidez el paso de un esquema de incumplimiento fáctico de los proveedores, en materia de garantías para dar cobertura de cumplimiento a los consumidores, a un esquema de incumplimiento legalmente autorizado a los proveedores para que ofrezcan garantías si así lo desean. Es previsible lo que ocurrirá en la práctica.

En efecto, la anterior NOM era de imposible cumplimiento en cuanto exigía que las garantías debían ser suficientes y expeditas y que

cumplieran al mismo tiempo con las características de irrevocabilidad, eficiencia, permanencia, transparencia y legalidad. Al establecer esas condiciones, en realidad se estaba negando cualquier posibilidad de que funcionaran empresas con ese esquema de servicios a futuro³².

Ahora, la nueva NOM 036 establece una triple fórmula laxa, favorecedora de los intereses de los proveedores funerarios:

- que sea opcional para el proveedor funerario el ofrecimiento de garantías a favor del consumidor. Eso si, «deberá informar por escrito al consumidor si ofrece o no garantía» (punto 4.3.8 NOM).
- que sea opcional para el proveedor funerario la utilización de contratos de adhesión. Eso si, de utilizar contratos de adhesión «tendrán que ser registrados ante la Procuraduría (Profeco)» (punto 5.1 NOM).
- que el modelo de contrato de adhesión que voluntariamente utilice un proveedor funerario y que lo inscriba en Profeco deberá incluir la cláusula de garantías cuando éstas son ofrecidas «voluntariamente». Eso si, se debe especificar el tiempo, lugar, y forma en que las ofrezca (punto 5.2.8.5 NOM).

Como se puede desprender con simple sentido común, lo aprobado en la NOM 036 en realidad es una fórmula endeble, por la inconsistencia jurídica que tiene en materia de garantías a favor del público consumidor. Se aprecia el simple propósito de superar la fórmula muerta de la anterior NOM. Sin embargo, quienes aprobaron el texto de la NOM se fueron al extremo y legalizaron la falta de garantías de los proveedores.

Podrá argumentarse de manera eufemística que la NOM sí establece un esquema de garantías. Lo cierto es que al declinar la obligatoriedad de las garantías, en realidad se está pulverizando el principio general en la prestación de servicios a futuro de que todo proveedor de servicios a futuro debe garantizar el cumplimiento de todos los servicios que ofrece al consumidor con todas las garantías que sean necesarias, según determinación de la autoridad. El interés general del público consumidor debe prevalecer por encima del interés particular de los proveedores.

Es patente el desconocimiento de las autoridades responsables de la aprobación de la NOM 036 de la naturaleza jurídica y alcance de las ga-

³² Fue frecuente la negativa en la Profeco de inscribir en el Registro Público de Contratos de Adhesión, los modelos de contratos de adhesión que establecían la prestación de servicios funerarios a futuro, pues las fórmulas de garantía incluidas en los modelos no cubrían las condiciones exigidas en la anterior NOM.

rantías legales, de las garantías comerciales y de las garantías de conformidad. Si con anterioridad se cuestionaba la falta de garantías legales para los servicios a futuro, ahora se suma la mengua del esquema garantista, pues de la exigencia de la garantía de conformidad que se incluía en la anterior NOM 036, se redujo a la mera exigencia de la garantía comercial, que ahora se prevé y que es más limitada en cuanto a lo opcional de su ofrecimiento para los proveedores y por resultar muy acotadas las acciones jurídicas a favor de los consumidores. Fue una mala decisión de política jurídica.

Ante este panorama normativo, creo que más allá de los requisitos y características de las garantías que puedan ser ofrecidas voluntariamente por los proveedores, el problema de fondo se debe ubicar en la decisión de las autoridades de autorizar o no la prestación a futuro de los servicios preparatorios a la inhumación o cremación.

En efecto, en la práctica comercial salvo que la empresa funeraria ofrezca al mismo tiempo el servicio de inhumación o de cremación y los servicios preparatorios a dicho servicio, en cuyo caso la garantía recae en el propio inmueble, es remota la posibilidad de que una empresa que sólo ofrece la prestación de los servicios preparatorios a la inhumación o cremación – que son la mayoría de las empresas funerarias – pueda contar con garantías efectivas de cumplimiento de lo establecido en el contrato celebrado con los consumidores.

Para resolver la problemática se tiene una doble opción de política jurídica:

- Replantear en la NOM que los prestadores de servicios funerarios a futuro ofrezcan garantías en lo relativo a los servicios preparatorios a la inhumación o cremación. La exigencia a incluir en la NOM es que se trate de garantías reales sobre el inmueble en el que se ubique el panteón o las instalaciones físicas en las que se ubican los nichos o gavetas para casos de cremación.

Se trataría de un esquema similar al esquema del tiempo compartido. En ese sentido podría aceptarse como mecanismo de garantía la obligación solidaria de titulares de bienes inmuebles con afectación al servicio de inhumación o en los que se encuentren los nichos o gavetas en que se depositen los restos de la cremación de los cadáveres. Es importante la

eficacia registral, esto es, que la afectación del inmueble se inscriba en el Registro Público de la Propiedad.

En esta primera opción se tiene presente el aspecto económico-empresarial, a fin de no cerrar la posibilidad de existencia de empresas en el sector funerario, pero sin disminuir la exigencia de contar con el armazón garantista a favor del público consumidor.

- Prohibir la prestación a futuro de servicios preparatorios de inhumación o cremación. Al no haber una previsión legal específica sobre el tema, es necesario construir el argumento con base al espíritu de la LFPC y a la interpretación analógica de algunos de sus preceptos.

Es necesario resolver si entre las finalidades y propósitos de la LFPC es viable incluir en específico la prestación a futuro de los servicios preparatorios a la inhumación o la cremación de cadáveres. Al respecto se hacen las siguientes consideraciones:

1. La eficacia de una norma jurídica se mide en función de los objetivos establecidos por el legislador para la propia norma, es decir, la intención del legislador plasmada en la ley. En ese sentido, entre los objetivos de la LFPC está la de procurar seguridad jurídica en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores (artículo 1). Esto significa que haya certeza de que los derechos generados por la relación jurídica serán respetados.

2. No hay certeza jurídica cuando hay indefinición temporal acerca del momento en que el proveedor debe cumplir con las obligaciones asumidas en la relación de consumo y no se cuenta con un esquema obligatorio de garantías o el que se tiene como voluntario no es claro ni definido. Esto se traduce en que no se brinda seguridad jurídica a los contratantes, particularmente a los consumidores.

3. Al no haber disposiciones expresas en la LFPC y ser insuficiente lo previsto en la NOM 036 respecto a la prestación a futuro de servicios preparatorios a la inhumación y cremación, la cuestión es determinar si la aplicación analógica de preceptos específicos para otros servicios a futuro, permite la inclusión de los servicios funerarios a futuro dentro del esquema de la LFPC.

Al revisar la LFPC encontramos la regulación de los tiempos compartidos, del que ya se hizo el análisis comparativo y la problemática distinta que tiene. La única posibilidad de una aplicación analógica a los

servicios funerarios a futuro sería lo relativo a la garantía de afectación del bien inmueble al servicio que se ofrece.

4. La LFPC regula el autofinanciamiento como esquema para la adquisición de bienes muebles e inmuebles, que si bien no se refiere a la prestación de un servicio, lo cierto es que tiene similitudes en su operatividad. Veamos.

Ambos son sistemas de comercialización a futuro, sea para la adquisición de bienes muebles o inmuebles o para la prestación de un servicio, aunque en el autofinanciamiento los grupos de consumidores son cerrados y se establecen plazos máximos de duración del grupo.

Ambos involucran la conformación de grupos de consumidores, aunque en los servicios funerarios no hay la integración formal del grupo como tal. Aunque lo cierto es que se trata de un grupo que puede ser afectado como colectividad.

Ambos involucran una aportación periódica de dinero y la administración de los recursos recabados de los consumidores, por parte de una empresa.

La cuestión es que la finalidad del sistema de comercialización es la adquisición de bienes muebles o inmuebles y no para la prestación de un servicio. De manera excepcional se prevé que se puede recurrir al autofinanciamiento para servicios de construcción, remodelación y ampliación de inmuebles (artículo 63).

La excepción incluida en el artículo 63 de la LFPC permite deducir que como regla general no se permite la integración de grupos en que las aportaciones son administradas por una empresa.

5. Si el legislador hubiera tenido la intención de regular los servicios a futuro preparatorios a la inhumación o la cremación con un esquema similar a los tiempos compartidos o al autofinanciamiento se hubiera incluido en la ley, lo que no ocurrió.

6. En suma, tendría que ser una reforma a la LFPC la que estableciera la limitante a las empresas funerarias de ofrecer servicios preparatorios a la inhumación o cremación, siempre que éstos se lleven a cabo en un inmueble sobre el que recae la afectación para ser destinado a servicios funerarios.

Es decir, que se trate de empresas que ofrecieran los dos servicios funerarios, el preparatorio a la inhumación o cremación y la inhumación

y cremación en sí. No se admitirían empresas que sólo ofrecieran el servicio preparatorio.

7. Como complemento a la propuesta formulada de realizar una reforma legislativa sobre el tema, podría incluirse la constitución de un Registro de Garantías, que estuviera a cargo de Profeco y que fuera especial, público, temporal, con efectos registrales favorables a los consumidores, y con responsabilidad comercial-empresarial a los titulares de las empresas obligadas al registro:

- Especial. Sólo incluiría las garantías que deban ser ofrecidas por los proveedores de determinados sectores: inmobiliario, tiempos compartidos, autofinanciamiento, servicios funerarios a futuro.

No implica que ante la Profeco se constituyan las garantías, sino que sólo se lleve el control y registro de las garantías ofrecidas legalmente, vgr. afectación de inmuebles, inscrito en el Registro Público de la Propiedad; obligación solidaria de quien tiene un inmueble con afectación comercial.

No se trataría de un doble Registro, sino de aportar los datos y documentación certificada del Registro ante el cual se inscribió la garantía legal.

- Público. Estaría a cargo de la institución protectora de los derechos de los consumidores, con acceso a los consumidores para ser consultado. Se exigiría que los modelos de contratos de adhesión incorporarán los datos registrales de las garantías correspondientes.

- Temporal. Implica que la inscripción registral tendría que ser renovada periódicamente, cada 5 años. Sería un mecanismo para mantener actualizadas las garantías ofrecidas al público consumidor que adquiere los bienes o servicios salvaguardados por las garantías.

- Efectos registrables favorables a los consumidores. Cualquier omisión en el registro, en la renovación o en el cumplimiento de requisitos legales no surtirá efectos en contra del consumidor, quien si podrá hacerlos valer cuando el incumplimiento registral le resulte favorable al ejercer alguna acción jurídica

- Responsabilidad comercial-empresarial de los titulares de la empresa obligada al registro. Más allá de la responsabilidad que pudiera resultar al administrador o representante legal de la empresa, se exigiría a los titulares de las empresas – personas físicas –, responsabilidad subsidiaria, so-

lidaria e ilimitada ante el incumplimiento generalizado de las obligaciones contraídas con el público consumidor.

9. — La expresión «garantía» es unívoca en cuanto a asegurar el cumplimiento de una obligación jurídica. Sin embargo, adquiere distinta connotación en las materias civil-mercantil y de protección al consumidor.

En las primeras, se trata de un mecanismo de cumplimiento del contrato, mientras que las segundas, garantizan la satisfacción del bien o servicio que un consumidor adquiere en una relación de consumo.

En todo caso, es viable la aplicación supletoria de las reglas de las garantías civiles y mercantiles, a las garantías comerciales y de conformidad ofrecidas por un proveedor a un consumidor.

Para alcanzar la debida protección de los consumidores en materia de prestación de servicios a futuro, se requiere exigir a los proveedores el ofrecimiento de garantías, tanto las comerciales como las garantías legales, sean civiles o mercantiles.

Esto implica que jurídicamente se deba hacer una transposición de las reglas y exigencias civiles y mercantiles en contratos que sustentan relaciones de consumo para la prestación de servicios a futuro.

1. No hay razones jurídicas ni de práctica comercial que impidan la incorporación del tema de garantías dentro de aquellas NOM en las que se exija el registro de modelos de contratos de adhesión. Por el contrario, resulta la mejor fórmula para una defensa eficaz de los derechos de los consumidores.

2. Se califica de errónea la decisión de política jurídica adoptada al momento de aprobar la NOM 036, relativa a los servicios funerarios a futuro. Hubo un retroceso en el esquema garantista de salvaguarda a los derechos del público consumidor. Ahora, los proveedores tienen una obligación laxa, de cumplimiento opcional y con un esquema menguado de imposición de sanciones por incumplimiento.

3. En lo relativo a los tiempos compartidos la cuestión a decidir en torno a las garantías comerciales y legales implica una opción de política legislativa. Sin embargo, no hay mayor inconveniente, ya que la propia LFPC prevé la inclusión de las garantías dentro del modelo de contrato de adhesión. En el trabajo se incluye una propuesta de opción le-

gislativa. Queda en manos de las autoridades correspondientes decidir al respecto.

4. Es viable recurrir a una opción de reforma legislativa, que supere la deficiencia de la NOM 036 y brinde una mayor cobertura de protección al público consumidor. La propuesta se encuentra desarrollada a lo largo del trabajo.

RENEE C. LICONA VÁZQUEZ*

EVOLUTION OF THE RIGHT
TO REMAIN SILENT IN MEXICO
NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

SUMMARY: 1. Introduction. — 2. The right to remain silent; an Inquisitorial and Accusatorial perspective. — 3. The Mexican inquisitorial criminal procedure and a defendant's statement. — 4. Admissions in Mexico's inquisitorial criminal procedure. — 5. Statements in Mexico's new adversarial criminal procedure. — 6. Conclusion.

1. — Challenges in Mexico's justice system have reached never imagined levels. Organized crime, drug dealing and criminal violence, among other problems, raid the country¹ without an apparent institutional remedy that may effectively solve those problems. The Federal Government and state governments have created institutions such as natio-

* El autor es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México, donde también obtuvo su Especialidad y posteriormente su Maestría en Derecho Internacional. Durante sus estudios de licenciatura fue becado para estudiar en el Law Center de la Universidad de Houston. Posteriormente, durante sus estudios de posgrado recibió una beca para estudiar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington, D.C. En el año 2007 la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional (USAID por sus siglas en inglés), Southwestern Law School y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey, le otorgaron una beca para estudiar una segunda Maestría, esta última en Juicios Orales y Habilidades de Litigio. En el año 2006 obtuvo el tercer lugar en la categoría posgrado del «Concurso Nacional de Ensayo Jurídico por Tutoría» organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con su ensayo titulado «Los Tratados Internacionales; su integración nacional y la supremacía Constitucional en México y Estados Unidos». En el año 2003 obtuvo mención honorífica en el «III Concurso de Tesis, Ensayo y Cuento» organizado por el Instituto Electoral del Distrito Federal en la categoría ensayo con la obra titulada «Participación Ciudadana en el Distrito Federal, una reflexión teórica». Actualmente y desde el 2004 forma parte del despacho de abogados regiomontano Torres Abogados. Así mismo desde el año 2006 es profesor del Departamento de Derecho en el ITESM Campus Ciudad de México.

¹ L.M. MÁRQUEZ-CARRASQUILLO & D.A. SHIRK, *State Level Justice Reform Initiatives in Mexico*, Border Brief, February 21, 2008, p. 1.

nal² and state³ systems of public safety, which have tried to address those problems. Despite such institutions, the crisis of the system is organic, substantive and procedural. The crisis of the system is the precise reason why the system must change⁴. As a possible solution to the crisis, in June 2008 a constitutional reform transformed Mexico's inquisitorial criminal procedure into an adversarial criminal procedure.

The criminal system in Mexico, like any other, is made up according to the jurisdiction of institutional elements such as courts and tribunals that are administered by the different judiciaries, the state attorney offices, and the investigatory and police forces among others. It is also made up of substantive elements such as criminal codes and many other relevant laws. Finally, the system has procedural elements, whose task is to harmonize all the components of the system and make them work towards its ultimate purpose; proper administration of justice based on the rule of law⁵.

Each of the elements finds its rationales and functions in the different laws that make them up. In Mexico, on the federal level, and on the top of the justice system we find the Federal Judiciary Branch (Poder Judicial de la Federación)⁶ and its corresponding institutions, which has among its functions, the very important one of judging criminal federal matters⁷. The law that defines the structure of the P.J.F. is the Federal

² *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000* [National Plan for Development], 1995, p. 25.

³ On November 4 1996 the Executive, through its Department of State signed, together with all the state's executives, the General Covenant to Collaborate in the Matters of Public Safety (Convenio General de Colaboración en Materia de Seguridad Pública), as a tool to coordinate policies, strategies and legal and administrative actions needed to fully implement the National System of Public Security (Sistema Nacional de Seguridad Pública).

⁴ *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000*, *supra* note 2, at 25 («With the Constitutional amendments of December 1994 what the Mexican society demands, an era of integral renovation of the Mexican rule of law has started, nevertheless these reforms were only the first step to achieve its transformation [...]» translated from «[c]on las reformas constitucionales de diciembre de 1994 se ha iniciado una etapa de renovación integral del Estado de Derecho, tal como la sociedad mexicana lo reclama; sin embargo, esas reformas sólo fueron un primer paso para alcanzar su transformación [...]»).

⁵ In accordance with the principle of legality and due process.

⁶ Hereinafter P.J.F.

⁷ See *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación [L.O.P.J.F.] [Federal Judiciary Branch Law]*, as amended, Artículo 50, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 26 de mayo de 1995 (Mex.).

Judiciary Branch Law (Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)⁸, which gives the institutions of the P.F.J. the necessary powers to judge criminal cases. Next to the P.J.F. is the institution that is in charge of investigating and prosecuting federal offenses, this being the Attorney General Office of the Republic (Procuraduría General de la República)⁹, which acts through the Federal Public Prosecutor (Ministerio Público Federal)¹⁰ and its aides¹¹. Just as any other public institution, the P.G.R. finds its legal frame in its organic law¹² which does not create its functions *per se*, but develops them¹³. On the federal level and in a simple way, most of the substantive elements that the P.G.R. and its human resources will bring before the judiciary are found in the Federal Criminal Code (Código Penal Federal)¹⁴. Finally, in general, the procedural elements that will harmonize each and every institution of the system, being the courts and tribunals of the P.J.F. the ones that will hear about the offenses prosecuted and investigated by the P.G.R. can be found in the Federal Criminal Procedure Code (Código Federal de Procedimientos Penales)¹⁵.

In a few words and oversimplifying, the system works the following way: the P.G.R. through the M.P.F. investigates¹⁶ the crimes contained in the C.P.F. and then demands from the courts and tribunals of the P.J.F, according to the procedures established in the C.F.P.P. to punish in the name of society whomever is responsible for the committed offenses. As mentioned in the beginning, the justice system in Mexico is the result of the due interaction of the aforementioned institutions that altogether make up the federal criminal system.

⁸ Hereinafter L.O.P.J.F.

⁹ Hereinafter P.G.R.

¹⁰ Hereinafter M.P.F.

¹¹ See Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación [L.O.P.J.F.] [Federal Judiciary Branch Law], Artículo 2 and 20 (Mex.).

¹² Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Hereinafter L.O.P.G.R.

¹³ The overall functions of the P.G.R. are contained in Article 102 of the Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴ Hereinafter C.P.F.

¹⁵ Hereinafter C.F.P.P.

¹⁶ See Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República [L.O.P.G.R.] [Attorney General Office of the Republic Organic Law], Artículo 4, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 27 de diciembre de 2002 (Mex.).

Organic and normative institutions make up the system that has been already described, but the system is not autonomous nor arbitrary. It owes its origin and form to the ultimate norm that reigns the national legal frame work, the Political Constitution of the Mexican United States (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)¹⁷ adopted in 1917.

In essence, in criminal matters, the C.P.E.U.M. contained up until June of 2008 an inquisitorial system of criminal justice. Although in its origins the C.P.E.U.M. contained an accusatorial system¹⁸ subsequent constitutional amendments that had the specific intent to improve the procedural elements of the system slowly transformed it into an inquisitorial one¹⁹.

¹⁷ Here in after C.P.E.U.M.

¹⁸ See F.I. PALAVICINI, *Proyecto de Reformas a la Constitución de 1857* [Draft of Reforms to the Constitution of 1857], in *Historia de la Constitución de 1917*, pp. 143 and 150-151, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución, 1987: «Up until today, the criminal procedure in Mexico has been with minor changes, the exact same one that the Spanish dominance left without changing at all its duress. Such part of the Mexican law is completely outdated without anyone taking the time to improve it. Secret and hidden proceedings were kept unbeknownst to the accused as if his liberty or life didn't depend on those; limitations of his right to present a defense by forbidding the accused and his counsel to be present at the time evidence was offered against the accused. As if those were minuscule acts that in no way could affect him, and finally, the fact that defendant's destiny was left in the hands of fraudulent or unlawful court reporters that out of passion or mere interests changed the defendants', or the witnesses' statements either against or even more so the ones for the defense [...] the amendment of article 20 intends to solve all those problems» translated from «[e]l procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aun las de los que se presentaban a declarar en su favor [...]. A remediar todos esos males tienden las reformas del citado artículo 20».

¹⁹ M. SARRÉ & J. PERLIN, *Mexico*, in *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, Craig M. Bradley, 2007, p. 351.

The weak Mexican federal system²⁰, made the inquisitorial trend to be slowly adopted by the state legislatures. By 1934 the C.F.P.P. was passed into law and with it, the metaconstitutional strengthening of the criminal inquisitorial system in Mexico; on both in the federal and state levels.

The origins of the crisis of the Mexican criminal justice system can be many and varied, but the social desire is one, the system as a whole (institutional, substantive and procedural elements) must change²¹. Not only in some states, like the cases of Nuevo León and Chihuahua which implemented a new criminal procedure²², but in the national arena. The transformation of the Mexican criminal system formally started in 2004 with the adoption of the reforms to the Code of Criminal Procedure for the State of Nuevo León (Código Penal para el Estado de Nuevo León)²³ and the Code of Criminal Procedure for the State of Nuevo León (Código de Procedimientos Penales de Nuevo León)²⁴. Despite being state level reforms and limited in their scope, they tried to eliminate the nonfunctioning inquisitorial criminal system in the State of Nuevo León at least in regards to the prosecution of certain crimes. With these reforms, a mixed criminal system was born in Nuevo León. To prosecute most crimes the system kept long existing traditions, but in order to prosecute some misdemeanors a new accusatorial system was implemented in the State of Nuevo Leon²⁵. Without talking about the practical, social or legal reasons that led to such reforms, the truth is that Nuevo Leon's reforms were only the first of a much broader national trend²⁶. This

²⁰ M. SARRÉ, *La averiguación previa administrativa: un obstáculo para la modernización del procedimiento penal*, No. 4, Academia Mexicana de Derecho Humanos, 1997.

²¹ MÁRQUEZ-CARRASQUILLO & SHIRK, *supra*, note 1, at 1.

²² First in the state of Nuevo León in 2004 followed by the state of Chihuahua starting in January 2007.

²³ Hereinafter C.P.N.L.

²⁴ Hereinafter C.P.P.N.L.

²⁵ O. VAZQUEZ MARIN & I. RIVAS ACUNA, *Los juicios orales en la justicia local: un breve estudio sobre los sistemas de Nuevo León, Chihuahua, Estado de México y Oaxaca*. 11, *Reforma Judicial*, in *Revista Mexicana de Justicia*, 2008, pp. 109-110.

²⁶ See Extracto de discusiones suscitadas en la presentación del dictamen del proyecto de decreto que reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Nuevo León a los artículos 2 fracción III a XII, 31 fracción II a X, 36 bis 2 fracción II y 53 segundo párrafo; y por adición de un artículo 35 bis [Abstract of debates taken during the

trend seeks to transform the inquisitorial system into a different one, which if not being totally accusatorial, it would at least be made up by both traditions.

It is distinctive that unlike the common Mexican trend in which the states' legislatures are influenced by the federal legislators, the latter were forced to turn and look at the states' reforms and the consequences that each system has had. Therefore the House of Representatives (Cámara de Diputados)²⁷ in its session of December 12, 2007 approved the Bill of Decree to reform, add and derogate various provisions of the Political Constitution of the United Mexican States in criminal justice and public safety matters in order to send it to the Senate.

Such Decree included an amendment to the Federal Constitution that introduced on the federal level an accusatorial criminal system. After three years of the first state reform and after a full year of several bills on similar matters²⁸ being drafted, all of which were submitted by different legislators to the C.D. the bills were consolidated and voted on in the same draft of decree²⁹. With this, the federal legislators took the first step

presentation of the draft of decree to reform various articles of the State's Judicial Branch Law], in *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León*, 8 de marzo de 2006 (Mex.) («Nuevo Leon has set the example, is leader in this issue of oral trials. It is true that in recent months, in Chihuahua, the Executive, following the example of our work [...] made a comprehensive reform of the legal system in Chihuahua» translated from «Nuevo León ha puesto el ejemplo, es vanguardia en esto de juicios orales. Es cierto que en meses pasados, en Chihuahua, el Ejecutivo, tomando de ejemplo nuestro trabajo [...] hizo una reforma total a todo el sistema jurídico de Chihuahua»).

²⁷ Hereinafter C.D.

²⁸ Just to mention the first two, on September 29, 2006, Representative (Diputado) Jesús de León Tello, submitted to the House of Representatives (C.D.) a bill with a decree to amend Article 20 of the C.P.E.U.M. On December 19, 2006, representatives (Diputados) César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, submitted to the House of Representatives (C.D.) a bill with a decree to amend Articles 14, 16, 17, 18, 19, 20 and 21 of the C.P.E.U.M.

²⁹ See Primera lectura del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [First reading of the statement of facts from the Joint Comissions on Constitutional and Justice Matters as draft of decree to reform, amend and repeal various provisions of the Political Constitution of the United Mexican States], *Diario de los Debates [D.D.]*, 11 de diciembre de 2007 (Mex.) («Given their contents, all the bills listed in the statemen of facts have been discussed jointly» translated from «[e]n razón de su contenido, todas las

in a series of steps needed to amend the Federal Constitution and as a consequence of that, set up an accusatorial criminal system in all of Mexico.

On December 13, 2007 following its own internal procedures, the Senate (Cámara de Senadores)³⁰ approved as a whole and in detail, the Bill of Decree to reform, add, and derogate various provisions of the Political Constitution of the United Mexican States. Then ordered for the bill to be returned to the C.D. in order to comply with Article 72, Section e) of the Federal Constitution, so that the C.D. would discuss and vote on the changes that the C.S. made to the bill.

On February 26, 2008 the C.D. discussed and approved the report that contained the amendments which both the C.S. and the C.D. made to the original bill and ordered the bill to be sent once again to the C.S. to continue with the required legal steps to amend the Federal Constitution. Finally, on March 6, 2008, the C.S. discussed and approved the Bill of Decree, and pursuant to Article 135 of the Federal Constitution the C.S. forwarded the Bill to the states' legislatures. After receiving notice of approval from several state legislatures the C.S. declared the approval of the Decree and sent it to the Executive in order for it to comply in its discretion with Article 135 of the Federal Constitution. On June 18, 2008, the Decree to reform, add and derogate various provisions of the Political Constitution of the United Mexican States was published in the Nation's Official Gazette (Diario Oficial de la Federación). That day on a constitutional level, an accusatorial³¹ criminal system was established in Mexico which had not existed since 1917³².

In sum, we can describe the history of the modern Mexican criminal system as accusatorial in its origins. As of 1934 it slowly began transforming itself into an inquisitorial system directly influencing the states' jurisdictions. In June 2008, the system returned to be a truly accusatorial system inversely influenced by the most progressive state legislatures.

iniciativas enunciadas en los antecedentes, han sido dictaminadas de manera conjunta, por coincidir con la materia del presente dictamen»).

³⁰ Hereinafter C.S.

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], *as amended*, Artículo 20, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 5 de febrero de 1917 (Mex.).

³² M. ROIG-FRANZIA, *Mexico Revises Its Justice System*, in *Washington Post*, June 17, 2008 at A7.

This study intends to analyze the evolution that the right to remain silent has had in Mexico for the last couple of years. This evolution is partially responsible for the new accusatorial system and its current legal framework as defined by the most recent constitutional amendment on the issue. The fact that the constitutional amendment is dogmatic must not be left aside. The reform requires current secondary laws, organic laws, substantive and procedural codes to be amended as stated in the Decree's transitory articles, in order for them to be one with the new constitutional criminal procedure. In other words, this study intends to analyze from a procedural yet dogmatic point of view the evolution of the right to remain silent under Mexico's former inquisitorial system, and under the new Mexican accusatorial system.

2. — The inquisitorial criminal procedure is used by most legal systems that follow the Civil Law tradition due to the importance that inquisitorial systems and its laws allocate to the fact finder. In general, in the inquisitorial systems, the fact finder has the task of discovering the facts and applying the law. The system is not called inquisitorial because it approves torture as a mean to discover the truth, instead it is called inquisitorial due to the role that the fact finder plays³³ in the way evidence is introduced and used throughout the process.

On the other hand, the accusatorial criminal system has been adopted by most of the countries that follow the Common Law tradition. In the accusatorial system the «struggle is between the state on one side and the defendant on the other»³⁴. One of the characteristics that make the accusatorial system very distinctive is its use of direct examination and cross examination, the latter which allows attacking the testimony of any witness. Another important characteristic is the role the fact finder plays which is usually assumed by «one's peers»³⁵ who will then judge in a passive fashion, as their main task is to reach a verdict³⁶. Finally it is very important to keep in mind that the accusatorial system «emphasizes oral

³³ P.L. REICHEL, *Comparative Criminal Justice Systems*, 2005, p. 168.

³⁴ ID., p. 169.

³⁵ H.F.M. CROMBAG, *Adversarial or Inquisitorial: Do We Have a Choice?*, in *Adversarial versus Inquisitorial Justice* (Peter J. van Koppen & Steven D. Penrod eds.), 2003, pp. 21, 23.

³⁶ M.R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, 1991, p. 3.

presentation of evidence»³⁷, unlike the inquisitorial system which emphasizes the written compilation of evidence.

The differences between both systems are not only procedural, as the examples show, but there is also a different dogmatic approach to the truth. A big difference between the two procedures lies in their assumptions about the best way to find the truth³⁸. In the inquisitorial system the truth is first investigated by the State and is later found by the Court. This is why the most important step of the criminal process lies in the investigation, whereas in the accusatorial system the truth arises from the in-court battle or competition between the opposing parties. This is why in the accusatorial systems the most important step of the criminal process is the actual trial.

Because the inquisitorial system favors the investigative phase of the procedure as the mean to find the truth, the statements made by a defendant during the investigation to either the investigative forces or the prosecution, will very likely be the clincher of the subsequent stages of the process³⁹. This can be observed in the way such statements are regulated within the overall system. For example, as will be shown later in this essay, the original text of Article 20 of the C.P.E.U.M. did not include the specific right of a defendant not to make a statement or to remain silent. Instead it prescribed a constitutional duty to the State not to force defendants into making statements. In reality, this difference of approach resulted in the negative act prescribed for the State to be overridden by the positive act of the defendant in making a statement⁴⁰. On the other hand, due to the fact that the accusatorial process climaxes in the actual trial and around the battle fought there, the defendant has an absolute right to remain silent as soon as he is placed under custody and questio-

³⁷ CROMBAG, *supra*, note 34, p. 23.

³⁸ REICHEL, *supra*, note 32, p. 166.

³⁹ When talking about the differences between the English accusatorial system and the French inquisitorial system, Capelleti and Cohen state that the English trial «is wholly self contained and depends exclusively and entirely upon the oral evidence then adduced. Nothing can be carried from the inquiry into the trial except over the remarkable hurdle of the rules of evidence [...]», see M. CAPELLETTI & W. COHEN, *Comparative Constitutional Law*, 1979, p. 387.

⁴⁰ See *infra*.

ned by the police⁴¹. The defendant's right to remain silent or to withhold statements has become the «distinguishable characteristic of the adversarial system of procedure»⁴².

Next to be analyzed is the long road the right «not to be forced to make statements» contained in the original text of the C.P.E.U.M. had under the Mexican criminal procedure. Currently, it ends with the most recent amendment to the Constitution and therefore with the right «to make statements or to remain silent, silence which cannot be used against the defendant»⁴³ as it is currently prescribed by the same C.P.E.U.M.

3. — Mexico is a representative, democratic and federal republic⁴⁴ made up by three different government branches that exercise unique governmental powers. One of those branches is the P.J.F. who is in charge of solving the disputes that arise between the members of the State in accordance with the laws specifically created by the Legislative branch to solve such disputes.

In general one can say that the P.J.F. acts through the arms of its judges, who as experts in the law, apply the law and find the truth within the facts submitted to them by the disputing parties. Because «[i]n republics the very nature of the constitution requires the judges to follow the letter of the law»⁴⁵, in Mexico under federal jurisdiction the P.J.F. through its judges is the exclusive governmental branch that «punishes criminals, or determines the disputes that arise between individuals»⁴⁶.

They way under which the P.J.F. punishes criminals begins with the efforts of the Executive branch through its prosecuting arm; the M.P.F. to whom the Constitution mandates the task of prosecuting federal of-

⁴¹ See *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, p. 477: «It is at this point that our adversary system of criminal proceedings commences, distinguishing itself at the outset from the inquisitorial system recognized in some countries».

⁴² E. FAIRCHILD & H.R. DAMMER, *Comparative Criminal Justice Systems*, 2001, p. 146.

⁴³ See Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], *as amended*, Artículo 20, Parte B, Fracción II, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 5 de febrero de 1917 (Mex.).

⁴⁴ *Id.*, at Artículo 40.

⁴⁵ C. DE SECONDAT BARON DE MONTESQUIEU, *The Spirit of the Laws* (1748), (Anne Cohler et al. eds.), Cambridge Univ. Press, 1989, p. 76.

⁴⁶ *Id.*, p. 157.

fenses⁴⁷. Therefore the Mexican criminal system is made up by a tripartite relationship where the M.P.F. acts as the prosecutor of a defendant and a judge punishes the criminal if found guilty. Similarly, the Mexican criminal procedure is tripartite; it starts with the investigative phase, followed by the examining phase and culminates with a trial⁴⁸.

As previously stated, the investigative phase is directed by the prosecutor. The prosecutor is the government agent that has the legal, material and human resources to investigate criminal offenses. The second phase, the examining phase, is also conducted by the prosecutor. Nevertheless at this time the judicial figure makes its first appearance to control the nature and scope of the examining phase⁴⁹.

Given this judicial intervention first during the examining phase and afterwards in the trial, the law puts the judge between the individuals yet above them. It is the judge's main task to assure the fair progression of litigation⁵⁰ through the due application of the rule of law; but his legal inception as fact finder makes the judge retain important investigative functions⁵¹.

In the inquisitorial systems, given the legal power that both the prosecutor and the judge have, the investigation of criminal offenses may and will likely revolve around a defendant's statement. Such a statement can be made *sua sponte* to the prosecutor or may be obtained from the defendant. The reason why the prosecution and the judge are so concerned with the statements made by a defendant during the investigative and the examining phases lies on the fact that the third phase of the procedure will be primarily concentrated on the written record that both the prosecutor and the judge had prepared throughout the first two phases⁵². In the inquisitorial systems the judge «is expected to investigate the matter

⁴⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], *as amended*, Artículo 102, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 5 de febrero de 1917 (Mex.).

⁴⁸ J.H. MERRYMAN & R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 2007, p. 130.

⁴⁹ See ID.

⁵⁰ A. ALVARADO VELLOSO, *El Juez sus Deberes y Facultades*, 1982, p. 20.

⁵¹ FAIRCHILD & DAMMER, *supra*, note 41, p. 146.

⁵² See CAPELLETI & COHEN, *supra*, note 40, p. 386: «[...] the dossier [...] goes forward with the prisoner to the court of trial and [...] stands as an enormous weight against him».

thoroughly and to prepare a complete written record»⁵³ which will become the most important element of the criminal trial⁵⁴.

Given the importance generated around the defendant's statement, the inquisitorial system in Mexico as well as in many other countries resulted in abusive conducts performed not only by the police but also by the prosecutors⁵⁵. Their interest lied in obtaining statements against the penal interests of a defendant as soon as the investigative phase was triggered. With the development of an international body of law concerned with the defendant's rights it should not be a surprise the tendency of the overall inquisitorial systems to limit the investigative powers of the prosecution and its aides. Furthermore, in an effort to discourage the mentioned abuses, inquisitorial systems have also subsequently limited the probative weight allocated to a defendant's statements. Next, the importance and evolution of defendant's statements in Mexico will be explained.

4. — Pursuant to Article 206 of the C.F.P.P. during any federal criminal procedure the judge has the legal duty to admit every piece of evidence offered by the parties. The same article limits the judge's discretion to admit evidence based on 1) relevance of the evidence and 2) on the fact that the evidence is legally admissible *per se*. Although the judge's discretion is not bound by an extensive body of law⁵⁶, the judge cannot arbitrarily use his discretion to admit or not admit evidence. In Mexico, the legal principle of relevance of the evidence states that relevant evidence is all evidence that has immediate relation to the disputed or undisputed facts⁵⁷. On the other hand a piece of evidence is legally inadmis-

⁵³ MERRYMAN & PÉREZ-PERDOMO, *supra*, note 46, p. 130.

⁵⁴ CAPELLETI & COHEN, *supra*, note 40, p. 386, on the French criminal procedure state that «[t]he dossier lies on the desk in front of the president of the court of trial, and indeed seems to preside over the court more than the president himself».

⁵⁵ As will later be explained the nature of the system's procedural safeguards to prevent such conduct would prove ineffective.

⁵⁶ Like the Federal Rules of Evidence for example.

⁵⁷ *Pruebas en el juicio de amparo. la falta de idoneidad y pertinencia implica que el juez de distrito no esté obligado a recabarlas*, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito [T.C.C.] [Federal Court of Appeals], *Semanario Judicial de la Federación y*

sible *per se* when it contravenes a positive legal norm or a general principle of law⁵⁸. Furthermore a piece of evidence can be legally inadmissible *per se* whenever it is internally contradictory or in other words, whenever it contravenes its own evidentiary purpose⁵⁹.

In Mexico the judge has the legal duty of being the fact finder. He is to find the material truth of the disputed facts and to find the law to be applied. To achieve both, he is to use the evidences as ruled in the C.F.P.P. As previously stated, in criminal procedures, pursuant to Article 206 of the C.F.P.P. the judge can use an unlimited array of evidence in order to find the facts and therefore be able to apply the law. The most commonly used evidences are listed in the C.F.P.P. and they are the following: admissions⁶⁰, inspections⁶¹, expert witness testimony⁶², witness testimony⁶³, «*confrontaciones*»⁶⁴, «*careos*»⁶⁵ and private and public documents⁶⁶. Once admitted and once received by the court according to each evidence's own procedure as contained in the C.F.P.P. the judge has the legal power to allocate evidentiary weight to each and every

su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, Febrero de 2006, Tesis I.1o.A.14 K, p. 1888 (Mex.).

⁵⁸ See *Costumbre contraria a derecho*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [S.C.J.N.] [First Chamber of the Supreme Court], Apéndice 2000, Séptima Época, tomo II Penal P.R. SCJN, Tesis 852, p. 400 (Mex.) (ruling as legally inadmissible evidence per se evidence intended to show the customs of a certain group of citizens that tolerate criminal behaviors when used for purposes of what they thought to be self defense, due to the fact that such an evidence would violate the general principle of law that no one can take justice into their own hands).

⁵⁹ *Pruebas en el amparo, casos en que deben estimarse contra derecho*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [S.C.J.N.] [First Chamber of the Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LXXII, Tesis sin número, p. 5278 (Mex.) and *Pruebas en el amparo*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [S.C.J.N.] [First Chamber of the Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo LXXVI, Tesis sin número, p. 532 (Mex.).

⁶⁰ Código Federal de Procedimientos Penales [C.F.P.P.] [Federal Criminal Procedure Code], *as amended*, Artículo 207, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 30 de agosto de 1934 (Mex.).

⁶¹ Id., at Artículo 208.

⁶² Id., at Artículo 220.

⁶³ Id., at Artículo 242.

⁶⁴ Id., at Artículo 259.

⁶⁵ Id., at Artículo 265.

⁶⁶ Id., at Artículo 269.

one of them, according to the procedural duties that the C.F.P.P. establishes.

In regards to admissions, current article 207 of the C.F.P.P. as amended in 1991 defines it as:

[A]voluntary statement made by a fully competent person not younger than 18 years old, made before a Prosecutor, or judge or tribunal that is hearing the case, regarding defendant's own criminal acts as related to the charged offenses, and done pursuant to the requisites of article 20 of the Political Constitution of the United Mexican States⁶⁷.

By making a direct reference to Article 20 of the C.P.E.U.M. and to what it says about statements, it is clear that the legislator believed a defendant's statement to be a type of admission subject not only to the requisites of Article 207 of the C.F.P.P. but also to the procedural requisites of Article 20 of the C.P.E.U.M. Unfortunately, the reference to Article 20 of the Constitution, contained in article 207 of the C.F.P.P. is very new, going back only to 1991. Therefore before continuing to analyze the most recent reform to Article 20 of the C.P.E.U.M. it is important to summarize the legal framework around which the concept of defendant's statement developed since 1917 with the approval of the C.P.E.U.M.

In its original text, Article 20 of the Constitution contained the limited right of a defendant not to make a statement against his interests. The original text of Article 20 stated that «[i]n every criminal procedure, the defendant will have the following rights [...] II. He cannot be forced to make statements against his interests, thereby no person may be held *incommunicado* or subject to any other measures intended to achieve those purposes»⁶⁸.

⁶⁷ Id., at Artículo 207 (Translated from «la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos»).

⁶⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], Artículo 20, Fracción II, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 5 de febrero de 1917 (Mex.) (Translated from «[e]n todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías: [...] II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda *incomunicación* o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto»).

The original text of Article 20 of the Constitution seems to have taken one of the most distinctive characteristics of the adversarial criminal procedures; the right to remain silent⁶⁹. Nevertheless the right contained in Article 20 was not the absolute right to remain silent, instead it was modified to fit the then existing Mexican adversarial criminal system. Although the original text of Article 20 seems to grant an absolute right due to its failure to include further procedural guidelines regarding defendant's statements, it does contain the word «forced». The inclusion of such a word transforms the constitutional right into a governmental duty not to act in a particular way. It imposes upon the government the prohibition to force a defendant to give a statement. Given its words, the Constitution left a front door open to the defendant to give up, and left a back door open to the State to overlook one of the most distinctive rights of an adversarial criminal procedure.

The failure of the Constitution not to include the right of a defendant to remain silent but rather to include the right of a defendant to not be forced to make statements was interpreted under an inquisitorial point of view even before the inquisitive C.F.P.P. was approved. The First Chamber (Primera Sala)⁷⁰ of the Nation's Supreme Court of Justice (Suprema Corte de Justicia de la Nación)⁷¹ stated in 1929 that:

[S]ection II of Article 20 of the Constitution states that a defendant cannot be forced to make statements against his interests, and that the word «forced» means to «compel someone either with force or authority to do something one does not want to do»⁷².

Unfortunately unlike true adversarial criminal procedures, the Mexican criminal procedures did not protect the absolute right of defendants to remain silent. The procedural rules under which the right contained in

⁶⁹ See FAIRCHILD & DAMMER, *supra*, note 41, p. 143 («[T]he right to remain silent is at the heart of Common Law Criminal Procedure»).

⁷⁰ From hereinafter P.S.

⁷¹ From hereinafter S.C.J.N.

⁷² *Coaccion*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [S.C.J.N.] [First Chamber of the Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XXV, Tesis sin número, p. 1711 (Mex.) (Translated from «la fracción II del artículo 20 constitucional previene que el acusado no podrá ser compelido a declarar en su contra, y la palabra “compeler” significa “obligar a uno, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere”»).

Article 20, Section II of the Constitution was to be interpreted, was left to secondary legislation⁷³. As a consequence of that, the inquisitorial nature of the system was later to be enforced in 1934 with the approval of the C.F.P.P. and subsequent case law to be introduced later on.

In 1934 the C.F.P.P. which is still used was approved. Such a code had the purpose to adhere to the principles contained in the Constitution of 1917 and to the substantive principles contained in the Criminal Code of 1931⁷⁴. By trying to adhere to the adversarial constitutional principles contained in the original text of the Constitution, the C.F.P.P. was described by its authors in its foreword as a code based in the «accusatorial system and not the inquisitorial system, given the fact that the accusatorial is the system contained in Article 21 of the Constitution»⁷⁵. The foreword further stated that «[...] nevertheless, some characteristics of the old inquisitorial system were kept because it is impossible to completely eliminate it when some constitutional rules lessen the accusatorial system [...]»⁷⁶.

Without expressly stating the meaning of admissions, the authors⁷⁷ of the Code stated that they did not allocate «much»⁷⁸ evidentiary weight to admissions, but instead admissions could only be used as «inferences»⁷⁹, except for some crimes⁸⁰. The original text of Article 287 of the C.F.P.P. set the following requisites for a judge to give any evidentiary weight at all to a defendant's admission⁸¹. First, it had to be done by a fully competent person, older than 18 years old, without force nor vio-

⁷³ S. GARCÍA RAMÍREZ, *Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, 1994, p. 32.

⁷⁴ Códigos de procedimientos penales: Leyes orgánicas y reglamentos de las procuradurías general de la República y de Justicia del Distrito Federal y disposiciones complementarias, Porrúa, 1989) [hereinafter Códigos de procedimientos penales], p. 146.

⁷⁵ See Id. (Translated from «el sistema acusatorio y no el inquisitivo, en atención a que aquel es el que está consagrado por el artículo 21 de la Constitución»).

⁷⁶ See Id. (Translated from «sin embargo, se conservaron modalidades del antiguo sistema inquisitivo, porque es imposible suprimirlo totalmente; tanto debido a preceptos constitucionales que atenúan el sistema acusatorio [...]»).

⁷⁷ The code was written by a presidential appointed *ad hoc* commission (Comisión Redactora).

⁷⁸ Códigos de procedimientos penales, *supra*, note 72, p. 147 («exagerado»).

⁷⁹ See Id. («indicio»).

⁸⁰ Theft, embezzlement, and fraud.

⁸¹ R. PLASCENCIA VILLANUEVA, *Los Medios de Prueba en Material Penal*, 83, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1995, pp. 711, 729.

lence; second it had to be made before the judicial police officer in charge of the preliminary investigation or before the tribunal hearing the case; third, it had to be an admission about the defendant's own conduct; and fourth, that the judge had no information which would make him believe the admission to be false.

Thereby with the approval in 1934 of the C.F.P.P. the constitutional right of a defendant not to be forced to make statements turned very unique to Mexico's inquisitorial system. The Constitution declared any statements which had been obtained through force or trickery⁸² inadmissible, but the C.F.P.P. acknowledged conditions under which a defendant's admission could be admissible evidence. Such conditions included the possibility to admit either, as circumstantial evidence or direct evidence, a defendant's statement made either before police forces, the investigator/prosecutor, or the judge. The original text of Article 207 of the C.F.P.P. stated that «[a]n admission may be taken by the judicial police officer in charge of the preliminary investigation or by the tribunal that is hearing the case and will be admitted at any time during the procedure before delivering a non appealable verdict»⁸³.

With Article 207 of the C.F.P.P. the right contained in Article 20, Section II of the Constitution was procedurally dismantled and destroyed. Renato Sales could not have stated it any better when saying that «[i]t was the approval of a mixed system which allowed the wrongly named Judicial Police, to extort confessions, carry out unreasonable searches, detain suspects without any reason at all, among a long and hurtful trail of so on and so forth»⁸⁴. Further evidence of these consequences can be found in the following case law where in 1938 the P.S. of the S.C.J.N. stated that Section II of Article 20 of the Constitution:

⁸² See *supra*, note 70.

⁸³ Código Federal de Procedimientos Penales [C.F.P.P.] [Federal Criminal Procedure Code], Artículo 207, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 30 de agosto de 1934 (Mex.) (Translated from «[l]a confesión podrá recibirse por el funcionario de policía judicial que practique la averiguación previa o por el tribunal que conozca del asunto y se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de pronunciar sentencia irrevocable»).

⁸⁴ R. SALES HEREDIA, *Modernización del Ministerio Público*, in *Las Reformas Penales de los Últimos Años en México (1995-2000)* (Sergio García Ramírez & Leticia Vargas Casillas coords.), 2001, p. 212.

«[I]ntends to prevent that an admission be extorted by holding the defendant incommunicado or by any other means [...] if shown that the defendant, after being detained was tortured by his captors to extort a confession, but, if once before a Judge, where he is no longer being tortured the defendant acknowledges his statement given to his captors, then it is reasonable to assume that the admission made before the Judge was done willfully and spontaneously [...]»⁸⁵.

Therefore by 1934 although a defendant was forced by police forces or by the M.P.F. to make statements, such constitutional violation could be later forgiven by the mere fact that the procedural requisites of Article 287 of the C.F.P.P. be eventually met or by the defendant acknowledging the product of his torture.

It was many years later, in 1991 when the C.F.P.P. was revisited by the federal legislators in order to add procedural safeguards to a defendant's admission when offered as evidence. In 1991 both Article 207 and 287 of the C.F.P.P. were amended not only with the purpose to deny any evidentiary weight to statements made by a defendant before federal police forces, but also to incorporate by reference the safeguards contained in Article 20 of the Constitution⁸⁶. Because this 1991 amendment was mainly procedural, it did not make a big impact on the underlying Mexican inquisitorial criminal procedure⁸⁷. Nevertheless according to the federal legislators the new procedural safeguards were «a truly invaluable move in establishing elements that would make up a defendant's admis-

⁸⁵ See *Confesión del acusado, arrancada por coacción*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [S.C.J.N.] [First Chamber of the Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LVI, Tesis sin número, p. 629 (Mex.) (Translated from «pretende evitar que la confesión sea arrancada por incomunicación o por cualquier otro medio [...] si se comprueba que el acusado, después de ser aprehendido, fue atormentado por sus aprehensores para arrancarle la confesión y después ya consignado al Juez, se sustrajo a los tormentos a que se le había sometido, si ratificó en todas sus partes ante el mismo Juez, la declaración que rindió ante sus aprehensores, es de suponerse que la confesión que produjo ante la presencia judicial, fue hecha libre y espontáneamente [...]»).

⁸⁶ In 1991, Article 20, Section II of the Constitution kept its original text as enacted in 1917.

⁸⁷ S. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma procesal penal de 1990-1991*, 72, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1991, pp. 865, 868.

sion admissible, and the circumstances that needed to be met in order to give it evidentiary value»⁸⁸.

Although as stated previously, the crisis of the Mexican criminal system is neither recent, nor did the legislators intend to solve the problem with the approval of the most recent constitutional reforms. The 1991 reform was a first attempt to change the investigative phase of the inquisitorial criminal procedure. Although the reform did not change the Mexican inquisitorial system into a new system like an adversarial, it gave the power to receive admissions and therefore statements to only a prosecutor or a judge⁸⁹. Article 207 read in 1991 just as it reads currently as it has not been revisited by the federal legislators⁹⁰. Article 287 reads since 1991 the following way:

An admission before the Prosecutor and before a judge must comply with the following requisites:

I. Be done by a person not younger than 18 years old, against his own interests, with knowledge and done neither by force nor by physical or mental violence.

II. Be done before the Prosecutor or judge that is hearing the case and in the presence of his counsel or confidant, and that the defendant be fully informed of the nature of the procedure and the process.

⁸⁸ See Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos [D.D], 17 de diciembre de 1990 (Mex.) (Translated from «un verdadero acierto al determinar los elementos constitutivos con la confesión hecha por inculpado y las circunstancias que deben darse para que ésta tenga valor»).

⁸⁹ See *Confesión ante la policía judicial federal, rendida antes de las reformas al código federal de procedimientos penales, vigentes a partir del uno de febrero de mil novecientos noventa y uno*-[tesis histórica], Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito [T.C.C.] [Federal Court of Appeals], Apéndice 2000, Octava Época, II, Penal, P.R. Histórica, Tesis 34 (H), p. 3131 (Mex.) («The reforms to the Federal Criminal Procedure Code as published in the Diario Oficial January 8th, 1991, enforceable since February 1st of that same year established that the only official capable of taking a defendant's confession are the federal representative of the society and the Judge or Tribunal that is hearing the case» translated from «[l]as reformas al Código Federal de Procedimientos Penales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el ocho de enero de mil novecientos noventa y uno, vigentes a partir del uno de febrero de este mismo año, se estableció que los únicos competentes para recibir la confesión del inculpado lo son el representante social federal y el Juez o el tribunal de la causa»).

⁹⁰ See *supra*, p. 18, note 83.

No person shall be prosecuted if the only evidence for the prosecution is an admission. The Judicial Police may give reports but may not obtain admission, failure to do so will result in exclusion of such admissions⁹¹.

The procedural reform of 1991 defined an admission as a type of defendant's statement, subject to the safeguards contained in Article 20 of the Constitution. Back then, the article forbid the State from extorting statements from defendants. More importantly the reform stated that admissions made to the Judicial Police would have no evidentiary weight at all, and clearly stated who within the criminal system would have the power to receive probative admissions statements and under what circumstances.

Later on, in 1993, the spirit of the federal legislator, shown in the procedural reform of 1991, was adopted on the constitutional level with the inclusion in the Federal Constitution of their «truly invaluable move»⁹².

Therefore a constitutional reform dated September 3, 1993, established new constitutional rules regarding defendants' statements and consequently for defendants' admissions in criminal procedures. The Constitution then stated that an admission made by a defendant before any government agent different than a Prosecutor or the Judge, or either one of them without assistance of defendant's counsel would have no evidentiary weight⁹³. The purpose for revisiting the Federal Constitution was to bring the constitutional norms to coherence with the protection of «hu-

⁹¹ Código Federal de Procedimientos Penales [C.F.P.P] [Federal Criminal Procedure Code], *as amended*, Artículo 287, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 30 de agosto de 1934 (Mex.) (Translated from «La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos: I.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción, ni violencia física o moral; II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso; [...] No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión»).

⁹² See *supra*, p. 20, note 88.

⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], *as amended*, Artículo 20, Sección A, Fracción II, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 5 de febrero de 1917 (Mex.).

man rights, individual liberties, and speedy administration of justice, both during the investigative phase as well as during trial»⁹⁴.

The intent of the federal legislator was clear; to forbid on the Constitutional level, and not only on the procedural level of the C.F.P.P. behaviors of the police force that would «force» or «dure» defendant's admissions. Since then, the Constitution took away any probative value from any admission, voluntary or forced made before the police forces, and took away any probative value from admissions made before the Prosecutor or Judge without counsel. In the exclusion of police forces, the Constitution kept alive the possibility for defendants to make admission via statements not only before the fact finder but also before the investigative/prosecution agents. Although the aforementioned procedural safeguards were added to the Constitution the nature of Mexico's inquisitorial system remained intact.

The constitutional reform to Article 20 of 1993 kept on a Constitutional level one of the most distinctive elements of inquisitorial criminal procedures, to give probative weight to admissions made by a defendant before the investigative/prosecutorial agent rather than the judicial authority. Capelleti and Cohen have said in regards to the French inquisitorial system that «[t]he French process of inquiry appears to be principally concerned with the attempt to obtain an admission of the truth of the charge from a person reasonably believed to be guilty [...]»⁹⁵.

After the reform of 1993 Article 20 section II of the Constitution read as follows:

In all criminal process, a defendant will have the following rights:

II. He cannot be forced to give statements. It is prohibited and punishable by law, to hold a defendant incommunicado, or subject him to intimidation or torture. Any admission made to any authority different than the Prosecutor or the judge, or before any of these without counsel's assistance will have no probative value⁹⁶.

⁹⁴ See Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos [D.D], 2 de julio de 1993 (Mex.).

⁹⁵ CAPELLETI & COHEN, *supra*, note 40, p. 385.

⁹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], *as amended*, Artículo 20, Sección B, Fracción II, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 5 de febrero de 1917 (Mex.) (Translated from «[e]n todo proceso de orden penal, tendrá el Inculpa-

Because the constitutional reform of 1993 did not give a defendant an absolute right to remain silent, one still had to turn and look to secondary laws to identify the circumstances under which defendant's statements would have had probative weight. As of 1993 the procedural rules governing a defendant's statement remained the same as contained in the C.F.P.P. since 1991.

In 1994 Article 287 was revisited by the federal legislator. A paragraph was added to the text of the article. Such amendment allocated probative weight to whatever police forces witnessed while executing proceedings such as searches and seizures. Following the trend to limit the possibility of police forces to extort admissions from defendants, the added paragraph stated that although police forces can be witnesses in regards to the proceedings they intervene at, no statement contained in their reports can be regarded as a defendant's admission.

5. — The wave of reforms to the Constitution and to the C.F.P.P. which started in 1991 intended to safeguard a defendant from obvious governmental abuses. Nevertheless, the reforms did not intend to transform Mexico's criminal procedure into a different one. Rather, the federal legislators took at least one of the principles found in adversarial criminal procedures and tailored it into Mexico's criminal procedure. The results were not astonishing. The investigative phase of the criminal procedure did change; it was dignified, as police forces had no longer legal need to extort confessions out of a defendant. However the overall problem, the nature of the system and its methods did not change. The fact is that the examining phase and the trial remained the same. Statements and admissions given according to procedural norms were allocated tremendous probative weight and the focus of the Judge remained on the written dossier.

In June 2008 a new Constitutional reform was approved by the federal legislators. With it, Mexico's criminal procedure was changed from

las siguientes garantías: [...] II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio»).

an inquisitorial system into an adversarial system. Because the Constitution states only the general principles of the criminal system, the fact is that the exact procedures which Mexico's new criminal procedure will follow are still unknown; at least until secondary legislation is approved⁹⁷. In the meantime and regarding a defendant's statement, Article 20 of the Constitution finally establishes the absolute right to remain silent. Article 20 of the C.P.E.U.M. as amended in June 2008 states that «[t]he criminal procedure will be accusatory and oral. It will be governed by the principles of publicity, contradiction, concentration, continuity and immediacy [...]»⁹⁸. Furthermore, in regards to the rights of criminal defendants the Constitution finally states that they have the right «[t]o make statements or to remain silent»⁹⁹.

The new text of Article 20 finally gives every criminal defendant the right to remain silent. Although the right does provide for an exception, it being the willingness of a defendant to give up that right, unlike its former text, current Article 20 does not intend to regulate the procedural intricacies of the right. Simply, from a dogmatic stand point of view, the Constitution protects the imminent and absolute right of criminal defendants to remain silent.

It is only logic that given the establishment of an adversarial system

⁹⁷ See Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Decree to reform and amend various provisions of the Political Constitution of the United Mexican States]. Artículo Segundo Transitorio, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 18 de Junio de 2008 (Mex.) («The accusatory penal procedural system contemplated in articles 16, paragraphs second and thirteenth; 17, paragraphs third, quarter and sixth; 19; 20 and 21, paragraph seventh, of the Constitution, will take effect when the corresponding secondary legislation establishes, without exceeding the term of eight years, counted as of the following day of the publication of this Decree» translated from «[e]l sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto»).

⁹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], *as amended*, Artículo 20, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 5 de febrero de 1917 (Mex.) (Translated from «[e]l proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación [...]»).

⁹⁹ *Id.*, at Artículo 20, Sección B, Fracción II. (Translated from «[a] declarar o a guardar silencio»).

in Mexico, the Constitution would take the right to remain silent as understood in such systems and give it to criminal defendants. Because the new adversarial system implies a revolution in Mexico's current legal framework there is no forecast on how the right to remain silent will actually be enforced throughout the country. There is no case law that specifically addresses the right of defendants to remain silent *per se* and current secondary laws still have the flaws explained here. Thankfully the truth is that within the supreme law of the land in Mexico criminal defendants have for the first time in modern Mexico an absolute right to remain silent. If a defendant chooses to exercise such right the State cannot use his silence against the defendant's penal interests. Therefore under Mexico's new adversarial system it should be the duty of the prosecutor to fight in court and meet his burden of proof even when a defendant's statements are nonexistent.

6. — Mexico's criminal system traces its origins to tactics and procedures that have proven ineffective and rudimentary. The C.P.E.U.M of 1917 intended to establish in Mexico an adversarial criminal procedure. Unfortunately the intent of the fathers of the Constitution to establish such a system faced many problems. Not only does our country follow a Civil Law tradition, but the existent criminal system before 1917 was inquisitorial. The fathers of the Constitution had good motives and intent when drafting the original Article 20 of the Constitution, but it proved not to be enough. With the approval of the C.F.P.P. in 1934 the once thought adversarial procedure was transformed into an inquisitorial system.

Mexico's inquisitorial system took over the entirety of the criminal procedure. For almost five decades the strengthening of the inquisitorial system was achieved by the creation of secondary law that regulated the procedure. The right to remain silent was never free from the system's overall principles. Although a certain kind of right to remain silent was included in the original text of Article 20 the fact is that in reality that meant nothing for defendants. Secondary law, case law and governmental practices made that right a useless privilege. In the best case scenario, given the nature of the system, defendants believed it to be in their own interests to give up their right not to be forced to give statements and for

most of the cases agreed to give voluntary statements. Worst case scenario, defendants were forced to make statements. The fact is that a prosecutor's burden can easily be met when naïve and powerless defendants are invited, encouraged or forced to make lengthy statements unbeknownst to them how or when a innocent statement will be used against their penal interest.

Eventually Mexican society got tired of the abuses perpetrated by the State and a criminal procedure that seemed to serve governmental interests rather than society's interest. The rudimentary inquisitorial Mexican criminal procedure eventually proved to be incompetent to punish modern criminals but instead it was extremely harsh on petty criminals. Therefore, in the ninety's a whole series of reforms were passes with the specific intent to strengthen the nature of the procedure and solve the crisis of the Mexican justice system. Unfortunately such reforms were just little patches trying to solve a much bigger problem. The system remained almost the same. Although the oppressive nature of the system was eliminated the overall purposes for why the system exists were not met. Meaning, the administration of justice through the rule of law and due process was still not accomplished. While the State promoted Mexico's international integration and with it the adoption of international bodies of law, Mexico's system remained almost the same as it had been conceived fifty years earlier.

Almost ten years after the first series of reforms took place, once again Mexican society demanded changes in the system. Probably because the logical step to follow was to revolutionize the system, the change did not come on the national level. Instead in was in the autonomy of Mexico's states where it found arms widely open. A handful of states, within its own jurisdictions, implemented a new system. A true adversarial system of criminal procedure was implemented. Even if the new system was not completely inclusive, it would at least share the room with the old inquisitorial system. Unlike the C.F. P.P. of 1934, this new system was fit to Mexico's reality not by combining principles of two opposite systems. Instead, the new adversarial system was conceived as a fully independent system that would have exclusive jurisdiction over very specific crimes. For the rest of the crimes, the old system would still be applied. Once the federal legislator witnessed the state's results while im-

plementing an adversarial criminal procedure a national change seemed obvious.

Finally in 2008 the federal legislators were able to dismantle Mexico's old system and dogmatically set the principles for a new Mexican adversarial criminal procedure. The results are manifest. Current Article 20 of the Constitution implements in Mexico innate principles of true adversarial criminal procedures. For the most part the federal legislator didn't visit principles of adversarial systems and tailored them into Mexico's own criminal system. Instead, Mexico's innate legal principles were revisited to fit the principles of true adversarial criminal procedures. For example, in regards to the right to remain silent although Mexico's 1917 criminal system was adversarial, defendants didn't have the right to remain silent. Now they do.

The future of the right to remain silent in Mexico is unknown. It is yet too soon to know what path the right will follow within the new legal system. Case law on the issue is almost nonexistent and even if it did exist, it could not be applied to the new standards set in the 2008 reform. Secondary law remains the same as in was in the 90's. The reform stipulates an eight year transition period during which secondary laws will be brought into conformity with the Constitution. Nevertheless in regards to Mexico's inquisitorial/quasi-adversarial right of defendants not to be forced to make statements the Constitution once and for all grants defendants the absolute right to remain silent; silence that ought not make defendants fearful of it being used by their prosecutors to punish them.

D. DANTE LÓPEZ MEDRANO*

LAS GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES.
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

SUMARIO: 1. Sustitución del concepto *cuerpo del delito*. — 2. La detención en flagrancia y el arraigo. — 3. Delincuencia organizada. — 4. La policía. — 5. El procedimiento penal. — 6. Reinsertar en lugar de readaptar. — 7. El juez de ejecución de penas. — 8. Principios de proporcionalidad de la pena y del bien jurídico tutelado. — 9. El debido proceso. — 10. Anexo.

1. — El sistema que precedió a la reforma exigía como base del procedimiento la comprobación del *cuerpo del delito*, publicada en el DOF el 8 de marzo de 1999. Mismo que debía acreditarse en diferentes momentos: para librar orden de aprehensión y para dictar el auto que daba inicio al proceso (formal prisión o sujeción a proceso). La exigencia de su necesidad sustituyó a la obligación de acreditar el *tipo penal* que se introdujo en la reforma Constitucional del artículo 16, párrafo segundo, publicada en el DOF el 3 de septiembre de 1993, cuya prueba se exigía tanto para librar la orden de detención como para dar inicio al proceso. Ésta última reforma modificó la redacción original del texto constitucional, publicado el 5 de febrero de 1917, que exigía para el dictado de la orden de aprehensión la comprobación de un *hecho determinando que la ley castigue con pena corporal*, en tanto para el inicio del proceso se requería la comprobación del *cuerpo del delito*, según lo disponía la primigenia redacción del artículo 19 Constitucional.

La redacción actual, del artículo 16 Constitucional, exige la comprobación de un «hecho que la ley señale como delito». La reforma implica pues la *comprobación de un hecho determinado que la ley castigue como delito*. Con

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de las Américas Ciudad de México y del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Campus Ciudad de México, y de Maestría en la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán y Universidad Veracruzana.

lo que se retorna a la redacción original de la Constitución. Este regreso tiene su origen ideológico en la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, que incluso en su 5a. Asamblea Plenaria, celebrada en 1998, determinó *exhortar* al Constituyente Permanente a fin de que agilizara la aprobación de la reforma Constitucional, finalmente publicada en marzo de 1999, que sustituyó la exigencia del tipo penal por el cuerpo del delito. La Conferencia de procuradores argumentó al respecto que la exigencia de comprobación del *tipo penal*, para que el juez librase la orden de detención y, en su caso, se incoara el proceso, constituía una carga probatoria excesiva por lo que retornar al concepto de *cuerpo del delito* se traducía en una reducción de requisitos, esencia de su requerimiento. Estos argumentos se recogieron tanto en la exposición de motivos de la reforma Constitucional como en la relativa a la reforma de la legislación secundaria, ésta última lo sintetizó en los términos siguientes:

En dicha iniciativa (reforma Constitucional) se señaló que las instituciones de procuración e impartición de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente al fenómeno de la delincuencia, el cual ha venido aumentando con índices alarmantes. También se advirtió que, entre otros factores, el incremento de los delitos se debe a la falta de condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad.

Por lo anterior, la iniciativa de reformas constitucionales tuvo como propósito reducir los requisitos para librar órdenes de aprehensión así como para la expedición de autos de formal prisión a fin de restablecer el equilibrio entre la acción persecutoria de los delitos y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales. [...]

En relación con los artículos 16 y 19 de la Constitución, el Senado de la República señaló que la reforma constitucional de 1993, por virtud de la cual se introdujo el concepto de elementos del tipo penal del delito como requisito que debía estar plenamente acreditado para librar una orden de aprehensión y expedir un auto de formal prisión, derivó en una carga probatoria excesiva para el Ministerio Público.

En consecuencia, el Senado de la República consideró adecuado reformar los artículos 16 y 19 constitucionales, a fin de suprimir el concepto de «elementos del tipo penal» e introducir, en sustitución de éste, el concepto de «cuerpo del delito», previsto por la Constitución antes de la reforma de 1993.

Acorde con esta dinámica reductora de requisitos, la exposición de motivos de la reforma en vigor establece que es necesario reducir las exigencias inherentes a la necesidad de comprobación del *cuerpo del delito* para pasar a la mera exigencia de comprobación de *un hecho*, con lo que se da base constitucional a la investigación policial por *mera sospecha*, lo que en otros países se denomina *sospecha inicial*¹. Así se establece en el dictamen del Senado, de fecha 13 de diciembre de 2007:

... se estima adecuado racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el Ministerio Público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, para el libramiento de la orden mencionada; elementos que resultan suficientes para justificar racionalmente que el inculgado sea presentado ante el juez de la causa, a fin de conocer formalmente la imputación de un hecho previsto como delito con pena privativa de libertad por la ley penal, y pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio, como el que se plantea.

En síntesis la reforma Constitucional en vigor regresó a la redacción original. Esquemáticamente tenemos que se exigía la comprobación del hecho y cuerpo del delito (1917), de éstos se pasó a exigir la comprobación del tipo penal (1993), exigencia que fue sustituida por la necesidad de acreditar el cuerpo del delito (1999) y éste, finalmente, por la exigencia de comprobación de *un hecho*. Por éste se entiende simplemente el *acontecimiento histórico*, fáctico², con independencia de su calificación jurídica, pues esta es tema de la teoría del delito y corresponde al Ministerio Público y, en su momento, al juez. Ello es congruente con lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Penales que, en su artículo 118, establece que la *denuncia* o *querrela*, que dan inicio formal al procedimiento, se deben concretar a describir hechos, sin calificarlos jurídicamente.

Con el retorno a la *comprobación del hecho* como base del procedimiento penal no solamente se regresa a la primigenia redacción de nuestra

¹ K. AMBOS, *Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción*, en R. MACEDO DE LA CONCHA (coord.), *Delincuencia organizada*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, p. 132.

² C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, trad. G.E. Córdoba y D.R. Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 160.

Constitución, sino que se retorna a las fuentes medievales del Derecho europeo, particularmente al Derecho italiano de la Edad Media³, que identificaba el *hecho* con su comprobación: el *cuero del delito*. Recordemos que en la alta Edad Media el proceso inquisitivo italiano se dividía en dos etapas: *inquisición general*, que tenía por objeto reunir todos los datos que acreditaran la comisión de un *hecho delictivo*, «la totalidad de las huellas externas de la comisión de un delito»⁴, todo lo cual se comprendía bajo el concepto de *corpus delicti*, «Se llamaba corpus delicti a aquellos signos externos de un delito que justificaban especiales medidas de persecución ('inquisición especial').»⁵; una vez probado se iniciaba la segunda fase, la *inquisición especial*, que tenía por objeto demostrar quién había sido el autor, por lo que se denominaba *certitudo auctoris*⁶. Con el concepto de *corpus delicti* se vinculó, en la terminología de Teófilo, el *facti species*, figura del hecho⁷. Por lo que, en la inquisición italiana, el concepto del *cuero del delito* surgió para limitar el exceso en las delaciones anónimas, que únicamente contenían narraciones de hechos, por lo que se hizo necesaria la prueba de la inspección judicial del hecho, la comprobación del *cuero del delito*⁸. Con este retorno se *legitima* el inicio del procedimiento por mera sospecha: la denuncia anónima, que hoy prevalece en nuestro sistema y no tenía, antes de la reforma, fundamento.

2. — La reforma Constitucional precisa que se entiende por flagrancia la detención del indiciado *en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido*. Ello en virtud de que la anterior redacción solamente se limitaba a señalar que se autorizaba la detención

³ *Ibid.* p. 554 ss.

⁴ G. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, trad. M. Cancio Meliá y M.A. Sancinetti, Navarra, Civitas, 2005, p. 110.

⁵ G. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 188 y 189.

⁶ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978, p. 244.

⁷ E.R. ZAFFARONI, A. PLAGIA y A. SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, p. 415.

⁸ C. BARRAGÁN SALVATIERRA, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., México, McGraw Hill, 2004, p. 365.

en delito flagrante, sin realizar mayor precisión. Por lo que la legislación secundaria federal y la de las entidades federativas concebían la detención en delito flagrante en tres supuestos: 1) el momento mismo de comisión del hecho, denominada flagrancia en estricto sentido; 2) inmediatamente después de cometido, cuando el delincuente es materialmente perseguido, llamada cuasiflagrancia y 3) flagrancia equiparada que concedía un plazo, menor a cuarenta y ocho horas (legislación federal) o setenta y dos horas (en algunas entidades federativas), para realizar la detención después de cometido el delito, siempre que alguna persona lo señalase o bien se encontrasen en su poder objetos o instrumentos del delito, tratándose de delito grave, se hubiese dado inicio al expediente de averiguación previa y no se hubiere interrumpido la persecución⁹. La reforma tuvo como objeto expreso eliminar de las legislaciones secundarias, tanto de la federación como de las Entidades federativas, la flagrancia equiparada, así se indicó en la exposición de motivos del dictamen del Senado:

Este alcance de la flagrancia no genera mayores debates, pero existe otra visión de esta figura, que es la conocida como *flagrancia equiparada*, consistente en la extensión de la oportunidad de detención para la autoridad durante un plazo de cuarenta y ocho o hasta las setenta y dos horas siguientes a la comisión de un delito calificado como grave por la ley, y una vez que formalmente se ha iniciado la investigación del mismo, cuando por señalamiento de la víctima, algún testigo o participante del delito, se ubica a algún sujeto señalado como participante en el ilícito penal, o se encuentran en su rango de disposición objetos materiales del delito u otros indicios o huellas del mismo, situación que los legisladores secundarios han considerado como justificante para detener a la persona sin orden judicial, y retenerlo para investigación hasta cuarenta y ocho horas, antes de decidir si se le consigna al juez competente o se le libera con las reservas de ley.

Este aspecto de la reforma supuso un límite a la actuación de la policía y el Ministerio Público respecto de la detención de personas, limitada a las dos modalidades contempladas ahora en la Constitución. No obstante, a cambio se le dotó de una herramienta más restrictiva: el arraigo.

⁹ *Ibid.*, p. 229. G. COLÍN SÁNCHEZ, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 19ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 235.

Si bien, como se indica en el dictamen del Senado, la detención en *flagrancia equiparada* implicaba la detención ante el Ministerio Público por un término de 48 horas, el arraigo implica la detención durante cuarenta días, prorrogables por otros cuarenta más.

El arraigo es una figura novedosa en nuestra Constitución, sin embargo ya era regulada por la legislación secundaria (tanto federal como la de las Entidades federativas). Lo que desde luego generó al menos dudas respecto de su legitimidad. Hasta antes de 2006 nuestro Tribunal Constitucional había soslayado pronunciarse al respecto, limitándose a analizar únicamente cuestiones de forma respecto de esta figura¹⁰. Este estado de cosas prevaleció hasta que el Congreso del Estado de Chihuahua pretendió prolongar el plazo de arraigo, lo que dio lugar a que diputados de dicha legislatura, no conformes con la reforma, interpusieran en su contra la respectiva *acción de inconstitucionalidad*, lo que obligó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a pronunciarse, ahora sí, sobre la legitimidad del arraigo; desde luego resolvió que dicha figura era inconstitucional¹¹. Después de

¹⁰ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Mayo de 2005. p. 1416. Tesis: XX.2o.42 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. / Arraigo domiciliario en materia penal. cuando el ministerio público solicita levantar dicha medida precautoria y el juez acuerda de conformidad, cesan sus efectos y, en consecuencia, es improcedente el amparo en su contra. / La causal prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo establece que el juicio de garantías es improcedente: «Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado.», lo que significa que se actualiza cuando mediante una resolución posterior que sea emitida por la propia autoridad responsable, el acto reclamado se revoca o destruye, así como los efectos que haya producido. En esa tesitura, si el órgano jurisdiccional decretó el arraigo domiciliario en contra del inculpado y con posterioridad el agente del Ministerio Público solicita se levante dicha medida precautoria, acordándose de conformidad, esto trae como consecuencia que dicho acto deje de existir y se actualice la causal de improcedencia mencionada, pues se repuso al indiciado en el mismo estado en que se encontraba antes de que se decretara la inmovilidad de su persona en un inmueble, constituyendo una situación idéntica a la que habría existido si el acto reclamado no se hubiese emitido. / Segundo tribunal colegiado del vigésimo circuito. Amparo en revisión 99/2005. 13 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Juan Manuel Morán Rodríguez.

¹¹ Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIII, Febrero de 2006, p. 1171. Tesis: P. XXIII/2006. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. / Arraigo penal. el artículo 122 bis del código de procedimientos penales del estado de chihuahua que lo establece, viola la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la constitución política de los estados unidos mexicanos.

esta resolución, los Tribunales constitucionales comenzaron a resolver en el mismo sentido¹². Dado este estado de cosas, que en el fondo implicaba ausencia de fundamento Constitucional del arraigo, la solución fue muy obvia para nuestro Contityuente: *si el problema consiste en que el arraigo no está*

/ Del citado precepto constitucional se advierte que la garantía de libertad de tránsito se traduce en el derecho que tiene todo individuo para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, permiso o autorización, libertad que puede estar subordinada a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal y civil. Ahora bien, tratándose del arraigo civil, las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito consisten únicamente en que el arraigado no puede abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responda de lo demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal, de impedir que salga de un inmueble, y menos aún que esté bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos. En ese sentido, tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito. / Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza. / El Tribunal Pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XXIII/2006, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de enero de dos mil seis.

¹² Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVII, Enero de 2008, p. 2756. Tesis: I.9o.P.69 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. / Arraigo domiciliario previsto en el numeral 12 de la ley federal contra la delincuencia organizada. la aplicación de esta medida viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la constitución federal. / El dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. / Noveno tribunal colegiado en materia penal del primer circuito. / Amparo en revisión 172/2007. 15 de noviembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: Daniel Guzmán Aguado.

previsto en la Constitución, entonces no es problema simplemente incorporémoslo a la Constitución; esta es una respuesta ficticia, que no resulta tanto dado que en el dictamen del Senado, que hemos venido refiriendo, así lo establece:

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió ejecutoria en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por legisladores del Estado de Chihuahua en contra del Congreso y el gobernador de aquél Estado, por la cual declaró la invalidez del artículo 122 bis del otrora vigente Código de Procedimientos Penales local, argumentando en lo esencial que constituye una restricción de la garantía de libertad personal, no prevista en la Constitución General de la República, lo que resulta inadmisibles, en atención al principio previsto por el artículo 1º de la misma, el cual prescribe que las excepciones a las garantías deben contenerse en la propia Constitución.

En ese sentido, la minuta propone que se incorpore en el artículo 16 constitucional el arraigo exclusivamente para casos donde se investigue el delito de delincuencia organizada, fijando los casos de procedencia, la autoridad que lo solicita y quién lo autoriza, la temporalidad por la que puede ser otorgado, la opción de que el juez determine el lugar y demás condiciones de ejecución, la posibilidad de prórroga hasta por un término igual, y la justificación para ello, con lo cual se satisfacen los extremos de una excepción a la garantía individual de libertad personal¹³.

Con estos argumentos se incorporó el arraigo a la Constitución. Con lo que se resolvió el *problema* de su inconstitucionalidad. Desde luego, para evitar su aplicación indiscriminada esta figura se restringe a casos de *delincuencia organizada*.

3. — En consonancia de las políticas internacionales de control de la *delincuencia organizada* que tuvieron su origen en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988, ratificada por México y publicada en el DOF el 5 de septiembre de 1990¹⁴; las disposiciones domésticas contenidas en la Ley Federal contra

¹³ Las *negritas* son mías.

¹⁴ A. SÁNCHEZ SANDOVAL, *Sistemas ideológicos y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 176. H.J. ALBRECHT, *La Convención de las Na-*

la Delincuencia Organizada, adoptada para dar cumplimiento a la Convención, publicada en el DOF el 6 de noviembre de 1996, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo el 15 de diciembre de 2000¹⁵, ratificada por nuestro país y publicada en el DOF el 4 de marzo de 2003, la reforma Constitucional incorpora su regulación: por una parte, establece un concepto doctrinal, «Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia», y por otra parte incorpora principios de excepción, respecto de los principios generales del Derecho penal, tal como lo indica el dictamen del Senado:

La Convención de Palermo contempla medidas de diferente naturaleza, pero específicamente reglas para la investigación, persecución y sanción de esa delincuencia que por su fortaleza implican modalidades y acotaciones a las tradicionales libertades conferidas a un imputado en un proceso penal, en la legislación procesal, por lo que nuestro país optó por establecer la mayoría de las reglas particulares para ese delito en la ley especial que el Congreso de la Unión expidió, y sólo en algunos casos las elevó a nivel constitucional.

Así, tratándose de delincuencia organizada entre las reglas que sí se elevaron a rango Constitucional tenemos: 1) se contempla el arraigo, mismo que deberá ser autorizado por juez; 2) se autoriza la intromisión en información confidencial, sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional, pues basta que la autoridad ministerial se autorice a sí misma. El texto Constitucional establece que el Ministerio Público deberá ser autorizado por el Procurador que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 102, apartado A, del propio ordenamiento, preside al Ministerio Público, es decir, que el propio órgano de procuración de justicia se debe autorizar a sí mismo *como medida de control*. De esta forma, tratándose de la sospecha de delincuencia organizada el Ministerio Público «tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral

ciones Unidas contra la delincuencia transnacional (una introducción), en *Delincuencia organizada*, cit., p. 292.

¹⁵ A. SÁNCHEZ SANDOVAL, *De la seguridad pública militar en México, al control social militar transnacional*, en A. SÁNCHEZ SANDOVAL, R. DE GIORGI ET AL. (coords.), *Seguridad Pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, México, Porrúa, 2007, p. 130 ss.

y aquella que por ley tenga carácter reservado o confidencial, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito»; 3) prohibición de traslado de reos para que compungen en lugar cercano a su domicilio; 4) centros especiales para su reclusión preventiva y ejecución de sentencia; 5) restricción de comunicación de indiciados y procesados con terceros, desde luego, el texto Constitucional aclara que sí se permitirá la comunicación con su defensor; 6) medidas especiales de vigilancia a procesados y sentenciados; 7) suspensión del procedimiento – sin que corran los plazos para prescripción, no podrá aportar pruebas ni desahogarse las mismas, ni correr el término para ser enjuiciado – cuando sea puesto a disposición de un juez que lo reclame en el extranjero, lo que no ocurría antes de la reforma pues debía concluirse el proceso antes de ser puesto a disposición de otra autoridad jurisdiccional, nacional o extranjera; 8) se suspende el proceso y se niega la prescripción cuando el reo se evada una vez dictado auto de vinculación, esto último no ocurría antes de la reforma toda vez que el reo se podía ver beneficiado si operaba la prescripción del delito; 9) «negociación de la no persecución de los delitos y la negociación de la reducción de las penas, con los colaboradores y delatores de la delincuencia organizada.»¹⁶; 10) resguardo de identidad de la víctima u ofendido que depongan en su contra; 11) decomiso de bienes fuera del procedimiento jurisdiccional en que se determina si existe o no delito de delincuencia organizada, lo que se denomina *extinción de dominio*; 12) se reserva a la Federación la facultad de legislar en la materia, con lo que se elimina la facultad concurrente de las Entidades federativas y la Federación para legislar en la materia; 13) posibilidad de duplicar el plazo de cuarenta y ocho horas, que se establece en el supuesto de los demás delitos, para que el indiciado permanezca retenido por el Ministerio Público para que éste resuelva si lo deja en libertad o bien lo pone a disposición de Juez, y 14) el juez decretará oficiosamente prisión preventiva sin derecho a libertad.

¹⁶ G. VIDAURRI, A. y A. SÁNCHEZ SANDOVAL, *El terrorismo jurídico de Estado como Derecho posmoderno*, en A. SÁNCHEZ SANDOVAL (coord.), *Control social económico-penal en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Plaza y Valdés, 2008, p. 258.

4. — Si bien tratándose de *delitos flagrantes* cometidos al interior de un domicilio la normatividad secundaria, concretamente el Código Penal vía la interpretación de las *causas de exclusión de delitos*, faculta el *allanamiento del domicilio* cuando se trate de *peligro para la vida o integridad corporal*; en la práctica lo que venía ocurriendo era que los policías se negaban a ingresar a domicilios, aún teniendo información o datos ciertos de la comisión de un delito al interior, ello en virtud de la idea generalizada de que en ningún caso se podía allanar el domicilio sin contar con la respectiva autorización judicial, a riesgo de ser sujetos de responsabilidad penal o administrativa.

Lo que, no obstante, no resultaba del todo errado, ya que en no pocos casos se iniciaron los procedimientos de responsabilidad correspondientes, concluyendo algunos con sentencia condenatoria aún cuando en dichos procedimientos se acreditó que el allanamiento se debió al delito flagrante. Casos que fueron conocidos por los Tribunales constitucionales que resolvieron en términos contradictorios, para algunos sí se trataba de un delito en tanto que para otros no, por lo que tuvo que conocer de los criterios contradictorios la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que resolvió la contradicción (agosto de 2007) señalando que dicho supuesto no constituye delito¹⁷. Ello es reconocido parcialmente por el dictamen del Senado:

¹⁷ Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVI, Agosto de 2007, p. 224. Tesis: 1a./J. 21/2007. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. / Intromisión de la autoridad en un domicilio sin orden judicial. eficacia de las actuaciones realizadas y de las pruebas obtenidas, cuando es motivada por la comisión de un delito en flagrancia. / Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo

Debemos resaltar que aún cuando existe dicha jurisprudencia, la mayoría de la población y los propios policías la desconocen, motivo por el cual a fin de mejorar aspectos de la seguridad pública, pero sobre todo para impulsar la protección efectiva de los habitantes del país, debe clarificarse ese tema, que es de suma utilidad no sólo en casos de violencia intrafamiliar, sino en todo tipo de delitos violentos, incluso en delitos graves y de delincuencia organizada, que de improviso los conoce la policía y existe peligro en la demora de su intervención.

Es de señalar que la resolución de la Corte solamente tuvo como efecto fijar el criterio a seguir en el futuro, no implicó que los casos en que se dictó condena fueran revisados o absueltos, por disposición expresa del artículo 107, Base XIII, párrafo tercero, de la propia Constitución Política; lo que sí ocurre con su reconocimiento, a través de la reforma, a nivel Constitucional, pues con base en ella se podrá solicitar en los casos en que se dictó sentencia condenatoria la aplicación retroactiva de la disposición Constitucional.

La reforma Constitucional concede a la policía la facultad de investi-

o, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria. / Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. / Tesis de jurisprudencia 21/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil siete.

gar los delitos, lo que en principio tiene como finalidad unificar las funciones preventivas y de investigación de delitos, que antes de la reforma a contracorriente de la tendencia internacional se depositaban en instituciones distintas¹⁸, lo que se reconoce en el dictamen del Senado: «La reforma es congruente en relación con la regulación que existe en otros países donde la conducción y mando de las policías en el ejercicio de la función de investigación de delitos, está a cargo de un Ministerio Público y además realizan funciones de análisis e investigación preventiva». Así, en opinión de Kai Ambos:

La unidad de los cuerpos de policía debe mantenerse tanto en el aspecto organizativo como en el funcional, es decir, una policía judicial con independencia jurídico-organizativa y con competencias sólo represivas no es recomendable, pues a ellos se asociarían pérdidas de eficiencia y fricciones y, además, en la práctica no se pueden separar estrictamente las actividades policiales preventivas y represivas (doble funcionalidad)¹⁹.

No obstante, con ello se desconoce la razón de ser del texto que ahora se modifica, mismo que establecía: «La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato», publicada en el DOF el 4 de julio de 1996, que precisamente sustituía la redacción del texto original (1917), que concedía la facultad de investigar a la *policía*, entonces llamada, *judicial*. Lo que en la práctica no era cuestión menor, como una lectura ingenua pudiera hacer parecer, pues no se trató de un mero cambio de nombre de *policía judicial* al genérico *policía*²⁰, sino que se pretendía la subordinación material de ésta al Ministerio Público, dada la proclividad de la primera de investigar a través de la tortura²¹. Ello en consonancia al origen histórico de la pugna entre el Ministerio Público y

¹⁸ G.R. SALAS CHÁVEZ, *El sistema penal mexicano. Estado, justicia y política criminal*, México, Porrúa, 2002, p. 105.

¹⁹ K. AMBOS, *op. cit.*, p. 153.

²⁰ S. GARCÍA RAMÍREZ, *Comentario al artículo 21 Constitucional*, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, t. I, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal y Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 283.

²¹ D.D. LÓPEZ MEDRANO, *Acerca de la especialización de la función de policía*, en *Revista mexicana de justicia. Los nuevos desafíos de la PGR*, Sexta Época, Número 12, México, Procuraduría General de la República, 2005, p. 414.

la policía por el control de la investigación, pues aquel surgió como contrapeso jurídico del poder de ésta.

Una mirada en la historia confirma la tesis ya formulada al principio: la lucha del Ministerio Fiscal por el control de la policía es tan antigua como la institución misma. Por lo demás, la idea de un control jurisdiccional externo de las investigaciones policiales se ha implantado en casi todos los ordenamientos continentales europeos – a excepción de Dinamarca –, mientras que en los procedimientos penales angloamericanos, como es conocido, las investigaciones («investigation») las lleva a cabo la policía de una manera prácticamente autónoma, y sólo tiene lugar un control interno dentro de la jerarquía policial²².

En México, respecto de la forma de investigación seguida por la policía, baste señalar que de la última década del siglo pasado hasta el 2003 los Organismos oficiales de Derechos Humanos documentaron 588 caos de tortura²³. Situación que en la actualidad parece no estar superada, simplemente en 2008 y 2009 los medios de comunicación han dado cuenta de casos de tortura en el Estado de Guanajuato, perfectamente documentados, uno de los cuales terminó con la muerte del detenido: dos de ellos incluso videograbados por los propios policías agresores.

Nuestro sistema jurídico ha reconocido, respecto de la investigación de delitos, dos funciones: 1) función preventiva, que únicamente comprendía la detención en flagrancia; se agotaba con la obligación de poner al detenido a disposición inmediata de la autoridad competente, el Ministerio Público, y correspondía a las *policías preventivas*. 2) la investigación y persecución, que comprendía la función de investigar los delitos, bajo el mando del Ministerio Público, y detener a los indiciados en cumplimiento de mandato ministerial o judicial; misma que correspondía, y corresponde, a la Policía Ministerial, cuya intervención siempre involucraba dos presupuestos: a) la comisión de un delito, por lo que su intervención – salvo el supuesto de flagrancia – siempre ocurría una vez cometido, y b) sujeción al Ministerio Público, que involucraba que ésta no tenía autonomía en sus funciones, toda actividad debía ser ordenada por el Ministerio Público.

²² K. AMBOS, *op. cit.*, pp. 138-139.

²³ R. HERNÁNDEZ FORCADA ET AL., *Algunas notas sobre la tortura en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p. 135.

Con ello era claro que, al menos en el plano normativo, las policías preventivas no podían investigar delitos y las policías Ministeriales no podían intervenir antes de su comisión sin mandato ministerial. Lo que, desde luego, en la práctica no se cumplía: ambas instituciones realizaban labor de investigación fuera del ámbito del Ministerio Público, procurando realizar la detención en flagrancia, con lo que terminaban cumpliendo con la ley. Esta práctica fue avalada por nuestros Tribunales Constitucionales pues se consideró que lo importante era la detención *no cómo se hubiese llegado a ésta*, lo que terminaba *legitimando* la práctica de investigar de ambas policías²⁴. Este estado de cosas se salva con la reforma pues concede facultad para investigar delitos a las policías, con lo que su suprimen los límites señalados. Lo que ha dado pie a que en algunas latitudes, que no en México, se hable de la *vuelta al procedimiento inquisitivo*²⁵. Así, respecto de la policía Ministerial su función investigadora se funda en el artículo 21, párrafo primero, Constitucional que concede dicha facultad a *las policías*, en tanto que la facultad de investigación de las policías preventivas encuentra su base en el párrafo noveno del mismo numeral que la concede, en términos de la función de seguridad pública

²⁴ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVI, Octubre de 2007, p. 3251. Tesis: VI.2o.P.93 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. / Policía judicial. para otorgar valor probatorio a sus informes no debe tomarse en cuenta la forma en que los policías realizaron las investigaciones o la persona de quien obtuvieron la información, sino que es necesario que se encuentren corroborados con otras diligencias de prueba desahogadas por el ministerio público (legislación del estado de puebla). / De la interpretación literal del artículo 195, último párrafo, del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, que dispone que «Las investigaciones y demás diligencias que practiquen los agentes de la Policía Judicial, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación», se advierte que el informe policial, per se, no tiene valor alguno si no se corrobora con otras diligencias de prueba; por tanto, no importa cómo los policías realizaron las investigaciones o de quién obtuvieron la información que anotaron, pues ello no hace que el informe tenga mayor o menor valor, sino, como se dijo, es necesario que se encuentre corroborado con otras diligencias de prueba, desahogadas por el Ministerio Público. / Segundo tribunal colegiado en materia penal del sexto circuito. / Amparo directo 401/2007. 23 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Diógenes Cruz Figueroa. Secretaria: Liliana Alejandrina Martínez Muñoz.

²⁵ K. AMBOS, *op. cit.*, p. 148.

que cumple, pues dispone que dicha función comprende tanto *la prevención de los delitos* como «la investigación y persecución para hacerla efectiva».

5. — Se establece la nomenclatura de Juez de Control, que estará a cargo de resolver las solicitudes del Ministerio Público respecto de la implementación de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran de autorización judicial, mismo que se abocará en exclusiva a resolver acerca de estas tareas. Es pertinente señalar que estas funciones, antes de la reforma, las realizan los jueces de proceso pues existe identidad de juez en todas las etapas del procedimiento. En el último caso indicado, respecto de la supuesta inviolabilidad de las comunicaciones privadas, se autoriza su intervención previa autorización de juez federal. En el mismo ámbito se admiten las *comunicaciones privadas* como medio de prueba, cuando no exista autorización judicial, siempre que sean presentadas por quien haya intervenido en ellas, aún cuando la contraparte desconozca que su comunicación está siendo almacenada por algún medio, para su ulterior empleo en su perjuicio.

El auto que da inicio al proceso, ahora denominado de *vinculación a proceso*, sustituye el requisito de comprobar el *cuerpo del delito*, que requería el *auto de formal prisión*, con la comprobación del hecho. Lo que involucra una mejor técnica legislativa, pues al auto de formal prisión, que daba inicio al proceso²⁶, se dictaba en los asuntos conminados con pena de prisión, sin que importara si el delito era grave o no, pues en el primer caso la prisión dejaba de ser formal para convertirse en material, en tanto que en los delitos no graves la prisión, previo el cumplimiento de determinados requisitos – entre ellos el otorgamiento de caución – se convertía en formal, en los que la persona podía enfrentar su proceso estando en libertad. En tanto que en los procesos en que el delito no tenía señalada pena privativa de libertad se iniciaban con el *auto de sujeción a proceso*, mismo que se regulaba en la legislación secundaria (art. 162 del Código Federal de Procedimientos Penales, aún vigente).

²⁶ D. LÓPEZ MEDRANO, *Los derechos de las víctimas en el procedimiento penal*, en *Derechos humanos y víctimas del delito*, t. II, en M.I. ÁLVAREZ LEDESMA (coord.), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, p. 52 ss.

La prisión preventiva abandona el criterio general de operar indefectiblemente en los casos de *delitos graves*, que las legislaciones en nuestro país fijaban con base a la pena (caso del Distrito Federal) o bien un listado de delitos graves, para seguir dos criterios: A) *flexible* o *casuista*, en que «El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad». B) *Rígido*, que comprende dos supuestos: 1) en el que la solicitud del Ministerio Público tendrá como fundamento el hecho de que el imputado «esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso». 2) «El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de *delincuencia organizada*, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud».

La reforma incorpora la previsión, para el sistema penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias. En el ámbito Latinoamericano y el Caribe se han venido incorporando al sistema penal estos mecanismos a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, por tales se ha entendido aquellos procedimientos tendentes a la solución del conflicto que subyace en los asuntos penales en los que se antepone el interés del ofendido, tales como *procesos de negociación, mediación, conciliación, arbitraje y criterios de equidad*²⁷. Lo que marca, como en otras latitudes, el retorno al Derecho civil, particularmente al antiguo sistema germano, desarrollado antes de las reformas llevadas a cabo por Carlomagno, en el que el «procedimiento penal coincidía con el procedimiento civil: era puramente acusatorio, provocado por la acción del ofendido y de su familia (por lo tanto, una acción privada). La acción estaba dirigida a la reparación, y, por cierto, en dinero, en especial el dinero por la sangre (*Wergeld*:

²⁷ C. MATUTE MORALES, *Rango Constitucional de los medios alternativos de solución de controversias: El Fundamento para un nuevo paradigma en la Justicia Venezolana*, en *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, número 26, Carabobo, Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo, 2003. Versión electrónica: <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/>.

la reparación por un hombre asesinado) y, además, al Fredus (el precio de la paz a pagar a la comunidad)»²⁸. En este sentido, la reforma, supedita dichos mecanismos al aseguramiento de la *reparación del daño*. En el mismo sentido, se incorpora el derecho de los particulares a ejercitar la acción penal ante la autoridad judicial, lo que antes de la reforma era imposible dado que imperaba el principio conocido como *monopolio de la acción* por parte del Ministerio Público, así como el sujetar a ésta, la acción penal, a criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público.

6. — Superadas las corrientes ideológicas que pretendían *readaptar* o *rehabilitar* al sujeto²⁹, se incorpora a la Constitución, en su lugar, una pretensión modesta: simplemente reincorporarlo a la sociedad, lo que indefectiblemente ocurre al cumplir con la pena impuesta. No obstante, parece ser un mero cambio de membrete ya que si la *readaptación* se lograba, de acuerdo con la anterior redacción del artículo 18 Constitucional, a través del *trabajo*, la *capacitación para el mismo* y la *educación*, ahora la *reinserción* se logra a través del *trabajo*, la *capacitación para el mismo*, la *educación*, la *salud* y el *deporte*. Desde luego, habrá que acotar que en nuestro sistema la reinserción queda anulada dadas las penas que se imponen, así el artículo 25 del Código Penal federal establece que la pena máxima a aplicar será de sesenta años de prisión, en tanto que el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 33, la establece en setenta años.

7. — La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sugirió en 1986 consagrar en el sistema penal el juez de ejecución penal a fin de someter a control legal y jurisdiccional las amplias facultades que, en algunos sistemas y en el nuestro hasta antes de la reforma, se concedía a órganos de naturaleza administrativa para regir la vida en reclusión de los procesados y penados, así como para decidir respecto de la *libertad antici-*

²⁸ C. ROXIN, *op. cit.*, p. 557.

²⁹ D. LÓPEZ MEDRANO, *El simulacro de la readaptación*, en E. CÁCERES, I.B. FLORES, J. SALDAÑA y E. VILLANUEVA (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 459 ss. I. RIVERA BEIRAS, *Tendencias de política criminal y penitenciaria (para el siglo XXI)*. *Una visión desde España*, en J. DOBÓN, I. RIVERA BEIRAS (comps.) *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 20 ss.

pada de éstos últimos³⁰. Ello se cumple, al menos parcialmente, en la reforma Constitucional pues se incorpora dicha figura para regir, en cuanto a la ejecución de penas, su *modificación y duración*, no así respecto del sistema de vida del recluso, que aparentemente, dado el sentido de la reforma, seguirá siendo regido por órganos administrativos. Tal se desprende de la redacción del párrafo tercero del artículo 21 Constitucional reformado: «La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial». Con ello solamente cambia el órgano encargado de modificar la pena o su duración, lo que deberá realizar tomando en consideración los mismos parámetros que consideraba el órgano administrativo para realizar las mismas funciones, por lo que se afirma que la función sigue siendo administrativa aunque ahora realizada por un juez³¹, que, es de suponer, aquí sí el cambio profundo que operará con la reforma, accesible al inculcado y su defensor, pues en la actualidad la política seguida por los órganos administrativos implica impedir la función del abogado, ya que parte del principio de que la implementación de los beneficios de reducción de condena son su atributo en exclusiva, su mero arbitrio.

8. — El principio de proporcionalidad de la pena se impone como límite a la función represiva del Estado: protección del autor en contra de todo exceso represivo, de ahí que se le denomine de *proporcionalidad*³², ya que la gravedad de la sanción debe estar en proporción a la del hecho cometido, con base en la jerarquía de los bienes jurídicos³³. Se expresa con la máxima *poena debet commensurari delicto*, y se remonta a Platón, quien

³⁰ M. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas*, Bogotá, Temis, 1999, p. 156. BACHS I ESTANY, *El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural*, en I. RIVERA BEIRAS (coord.), *Cárcel y Derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 120.

³¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., trad. P.A. Ibáñez et al., Madrid, 1997, p. 408.

³² S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor, 1999, p. 99.

³³ H.H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. J.L. Manzaneres Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 19. J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Trotta, 2006, p. 96. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 85. E.R. ZAFFARONI, A. PLAGIA y A. SLOKAR, *op. cit.*, p. 123.

en *Las Leyes*, tomando en consideración el delito de robo y sus diferentes modalidades, señaló la necesidad de diferentes castigos; fue recogido por la Carta Magna inglesa (1215), y formulado por Andrea D'Isernia (1230-1316) en términos siguientes: *poena debet proportionari delicto*³⁴. Si bien se trata de un principio antiguo sólo la Ilustración lo impulsó como principio limitador del poder punitivo, en ello coincidieron Beccaria, Montesquieu, Diderot, Voltaire, William Blackstone, Filangieri; Feuerbach, Bentham y Wilhelm von Humboldt. Este principio se incorporó en los códigos del siglo XIX, que siguieron los modelos leopoldino (1786) y napoleónico (1810). Desde luego, su formulación filosófica y política es impecable, no obstante, como tempranamente observó Bentham³⁵, y en el siglo pasado Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), los problemas se presentan al momento de ponderar, pues los criterios hasta ahora observados, a partir de su formulación ilustrada, no han permitido su plena vigencia.

A título de ejemplo, en el Estado de Guanajuato se pena en mayor medida la *falsedad ante autoridad* (la pena máxima a imponer es de 5 años de prisión) que el abuso sexual de un menor (generalmente mujer) de dieciséis años, el llamado *estupro* (con un máximo de pena de tres años) pero más grave aún resulta robar una cabeza de ganado (que se sanciona con un máximo de 15 años de prisión). Este estado de cosas haría suponer una grave crisis en nuestro sistema de penas a imponer pues en no pocos casos no se cumple con la máxima, ahora, exigencia Constitucional de proporcionalidad de la pena. Sin embargo, es de esperar que, al menos en el corto plazo, las cosas sigan igual pues ya existen antecedentes de Organismos de Defensa de Derechos Humanos que han denunciado permanentemente este estado de cosas, particularmente referido a la *cuestión de género*, como se ha ejemplificado, aunque no privativo de nuestro país³⁶.

Los problemas que se desprenden de este principio no se circunscriben a la *predeterminación* de la medida mínima y máxima de la pena por

³⁴ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 398.

³⁵ Para Bentham se trataba de una máxima *más edificante que constructiva*. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 451.

³⁶ T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2003.

parte del legislador, sino que abarcan el momento de *determinación del quantum* por parte del juez, la graduación de la pena a imponer en el caso concreto sometido a su conocimiento³⁷, y el de la *determinación de la pena* en la fase de ejecución.

Para Juan Bustos el bien jurídico constituye un límite al *ius puniendi* y, en su concepto, al ser una garantía para al ciudadano frente al poder, debe partirse de su reconocimiento tomando en consideración dos aspectos básicos: a) como eminentemente personal, ligado a las condiciones de existencia de la persona y b) respecto del funcionamiento del sistema, para permitir el desarrollo y mantenimiento de la existencia de la persona en sociedad³⁸. En este sentido, Muñoz Conde y Mercedes García Arán definen los bienes jurídicos como «aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social»³⁹.

Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-*penales*, será preciso que tengan una importancia fundamental. Todo ello puede verse como una exigencia del Estado social y democrático⁴⁰.

En la teoría del delito el bien jurídico cumple una doble función: por una parte, precisa las conductas que le afectan y, por la otra, sirve de criterio para determinar el contenido de dichos comportamientos en el contexto de la vida social⁴¹. En el primer sentido tenemos el reconocimiento de *bienes jurídicos individuales*⁴², relacionados con la autorrealización de la persona – la vida, la integridad personal, la propiedad, el desarrollo psicosexual, etcétera –, junto a ellos se encuentran, en el segundo sentido,

³⁷ S. MIR PUIG, *op. cit.*, p. 100. D. LÓPEZ MEDRANO, *La individualización de la pena, su necesario análisis en la Reforma Penal (2007-2008)*, en *Criminogenesis*, México, año 1, número 4, febrero de 2009.

³⁸ J. BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 34.

³⁹ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ S. MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 92-93.

⁴¹ J. BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, cit., p. 34.

⁴² F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2001, p. 91.

los *bienes jurídicos colectivos* – medio ambiente, salud pública, seguridad colectiva, etcétera – que inciden más directamente en la vida social⁴³. En la actualidad se verifica la tendencia a reconocer como objeto de protección los llamados *bienes jurídicos universales*: flora y fauna, patrimonio histórico, recursos naturales, etcétera⁴⁴.

A pesar de múltiples esfuerzos, hasta hoy no se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico ni siquiera de modo aproximado. Antes bien, todos los intentos hechos al respecto han fracasado por la dificultad, acaso imposible de superar ya por principio, de hallar una definición que se ajuste a todos los tipos penales cuya legitimidad esté fuera de cuestión y que, a pesar de ello, aún exprese algo. En cambio, el concepto recibe un contenido concreto sólo en la medida en que se trate de intereses individuales (vida, integridad corporal, libertad, etc.), mientras que, ampliado a los llamados bienes jurídicos universales (como el interés de la comunidad en la correcta conducción de un proceso, en el respeto a la religión, en la fiabilidad de los documentos, etc.), sólo caracteriza la idea básica en la que se funda la disposición legal. No impide entonces, dicho a modo de ejemplo, hacer un bien jurídico de las «buenas costumbres»⁴⁵.

Para superar las ambigüedades que se generan, y se han generado, al pretender concretar en las normas los bienes jurídicos, se ha propuesto como criterio identificarlos con los Derechos fundamentales. Lo anterior en virtud de que: «Lo consagrado como bien jurídico debe expresar condiciones individuales y sociales imprescindibles para la vida en un ambiente democrático y pacífico»⁴⁶.

En nuestro sistema jurídico positivo, la reforma del artículo 22 Constitucional establece estos principios en términos siguientes: «Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado». Así, los epígrafes de los títulos del libro segundo del Código penal federal, y en general de los códigos sustantivos de las Entidades federativas, clasifican los delitos – en capítulos – con base en el bien jurídico tutelado que protegen y que les es común.

⁴³ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 82.

⁴⁵ G. STRATENWERTH, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁴⁶ M. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 31.

9. — Los principios de la *garantía judicial o jurisdiccional y de ejecución* se agregan al principio de legalidad como límites formales del Derecho de penar⁴⁷. La garantía jurisdiccional implica que «las penas se impongan por el órgano competente y una vez que se ha llevado a cabo el proceso legalmente establecido»⁴⁸. Este principio comprende las garantías en el procedimiento, de ahí que se le denomine principio del debido proceso⁴⁹, y constituye «el principio o derecho fundamental más importante relacionado con la formalidad de la intervención del sistema penal en sus fases de aplicación y ejecución»⁵⁰. De ahí la necesidad de su inclusión en la Constitución Política y su articulación con Derechos fundamentales reconocidos en el ámbito supranacional⁵¹. Estos derechos también emanaron de la ilustración, como reacción al sistema inquisitivo ante el que se propuso un sistema secularizado de estricta legalidad⁵². Gaetano Filangieri (1752-1788) resume los aspectos más relevantes del modelo:

Citar a un hombre a quien se acusa de un delito; conducirlo ante el magistrado competente; mostrarle su acusador; manifestarle la acusación; preguntarle sin misterio sobre la verdad de lo que se ha afirmado contra él; no mostrar preocupación a favor de ninguna de las partes; conceder igual número de días al reo para justificarse y al acusador para sostener la verdad de la acusación; abolir todos los actos extrajudiciales, todos los altercados indecentes entre el juez y el acusado, todos los terrores, violencias y asechanzas que hacen tan abominable, tan indigno e injusto el actual sistema; desembarazar la justicia de aquella oscuridad voluntaria en que se envuelve con el misterio de la pesquisa; abolir los juramentos inútiles ...⁵³.

Los derechos consagrados en este principio se suelen exponer a tra-

⁴⁷ S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2003, p. 132.

⁴⁸ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁹ J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 100.

⁵⁰ M. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 18.

⁵¹ F. TOCORA, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002, p. 191.

⁵² L. PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal de la ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 47-48.

⁵³ FILANGIERI según cita de L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 55.

vés de cuatro axiomas: *Nulla culpa sine iudicio*; *Nullum iudicium sine accusatio-
ne*; *Nulla accusatio sine probatione*, y *Nulla probatio sine defensione*⁵⁴.

El axioma *Nulla culpa sine iudicio* comprende el derecho a un proceso sin dilaciones innecesarias, en el que se respeten plazos razonables; la *publicidad del proceso*⁵⁵; predominio de la oralidad⁵⁶; y la tutela judicial efectiva, que obliga al juzgador a fundar y motivar sus resoluciones⁵⁷. También se puede incluir en este axioma el principio denominado *non bis in idem*, que implica «la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez»⁵⁸. Este principio, así formulado, también sirve de criterio para distinguir si las sanciones administrativas⁵⁹ pueden coincidir con sanciones penales⁶⁰, desde luego se deberá observar que las sanciones tengan su propio ámbito y respondan a necesidades diversas⁶¹; en este sentido se considera que si responden a naturaleza distinta no violentan dicho principio, es válido sancionar al servidor público que distrae fondos de su objeto con la destitución (sanción administrativa) y prisión (sanción penal). No obstante, en nuestro sistema jurídico, por disposición Constitucional (art. 23) la prohibición se ciñe a que se trate del mismo delito, lo que significa que un mismo hecho sí puede ser sancionado, dos o más ocasiones, por distintas ramas del Derecho.

El principio *Nullum iudicium sine accusatione* requiere la existencia de una acusación antes de ser vinculado a juicio, lo que a su vez vincula el juicio a la acusación; ello tiene como consecuencia que no se podrá condenar a persona distinta a la acusada ni por hechos distintos. Además prohíbe agravar la sanción de quien se inconforma, la *reformatio in peius*⁶².

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁵ J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, 2004, p. 29.

⁵⁶ D.D. LÓPEZ MEDRANO, *La oralidad en el procedimiento penal*, en *Iter Criminis*, número 2, Segunda Época, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, p. 223 ss.

⁵⁷ J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 102.

⁵⁸ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 106.

⁵⁹ G. JAKOBS, *op. cit.*, p. 62 ss.

⁶⁰ J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 96.

⁶¹ M. POLAINO NAVARRETE y M. POLAINO-ORTS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, t. I, Barcelona, Bosch, 2001, p. 266.

⁶² J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 103.

La proposición *Nulla accusatio sine probatione* comprende la presunción de inocencia. Así lo plantearon, entre otros, Montesquieu, para quien «la justicia humana, que sólo ve los hechos, no tiene más que un pacto con los hombres, que es el de la inocencia»⁶³, y Filangieri, quien precisó: «si para condenar a un hombre a cualquier pena se necesita una certeza moral de que violó la ley, se sigue que cuando el juez carezca de esta certeza moral [...] no puede condenar como reo al acusado, sin violar las obligaciones de su ministerio, sin ofender la justicia, y sin hacer traición a su conciencia»⁶⁴. Carrara otorgó a este principio el carácter de fundamento del proceso y presupuesto de todas las demás garantías⁶⁵.

La presunción de inocencia, al tener naturaleza *iuris tantum*, podrá ser desvirtuada a través de pruebas⁶⁶; obtenidas en forma legal so pena de ser consideradas nulas; han de ser aportadas por la parte acusadora en el juicio oral, y se deberá respetar, en su desahogo, los principios de inmediación, contradicción y publicidad⁶⁷. Se vincula a este axioma el principio *in dubio pro reo*, que obliga a absolver si no se demuestra la responsabilidad del imputado⁶⁸.

Con el axioma *Nulla probatio sine defensione* se prohíbe dejar en estado de indefensión al imputado y, en contraposición, se garantiza la debida defensa⁶⁹. En este sentido se pronunció Condorcet en su proyecto de Declaración de derechos:

Todo acusado gozará de una entera libertad para usar sus medios naturales de defensa, lo que implica necesariamente la publicidad del proceso, la libertad de designar sus abogados, de comunicar con ellos en cualquier fase de la instrucción, de ser informado de todos los actos del procedimiento y de poder proponer testigos en su favor⁷⁰.

⁶³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. Nicolás Estévanez, México, Porrúa, 1985, p. 314.

⁶⁴ Filangieri según cita de L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 550.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 549.

⁶⁷ D.D. LÓPEZ MEDRANO, *La oralidad en el procedimiento penal*, cit.

⁶⁸ J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 103.

⁶⁹ ID.

⁷⁰ Condorcet según cita de L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 55.

La garantía de legalidad en el cumplimiento de la consecuencia jurídica del delito, la sanción, «impone que la ejecución o el cumplimiento de las penas se lleve a cabo con total sumisión a lo establecido en las leyes»⁷¹, no de manera arbitraria⁷². La pena, una vez impuesta en el caso concreto, debe conceder al condenado la posibilidad de resocialización⁷³.

La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometimiento a una medida de seguridad. Ello hace preferible en la medida de lo posible las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus defectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad⁷⁴.

El principio de legalidad ha adquirido tal importancia en el sistema de Derecho moderno que ha sido recogido tanto por normas supranacionales como Constitucionales. Así, en el artículo 14 Constitucional se establecen las garantías de prohibición de retroactividad en perjuicio de la persona (*nulla poena sine lege praevia*) y prohibición de analogía y exacta aplicación de la ley penal (*nulla poena sine lege scripta et stricta*). Los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 de la Carta Magna establecen derechos relacionados con el debido proceso legal y ejecución de sanción. En el artículo 73 fracción XXI, de la propia Ley Suprema, se establece la facultad del legislativo para determinar los delitos y las penas (*nulla poena sine lege scripta*). El Código Penal para el Distrito Federal, de carácter doctrinal, los establece de manera expresa en sus artículos 1 (principio de legalidad); 2 (principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón), y 4 (principio de bien jurídico).

⁷¹ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 110.

⁷² J.J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 91.

⁷³ S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, cit., p. 147.

⁷⁴ S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 101.

10. — RESUMEN: Las garantías penales y procesales. La reforma Constitucional de 2008.

El estudio se aboca al análisis de las reformas y adiciones realizadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismas que fueron publicadas el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación. En este sentido se revisa la sustitución de la necesidad de comprobar el *cuerpo del delito*, como base del procedimiento penal, por la comprobación del *hecho*. Lo que se realiza a través de un breve recorrido histórico que va de la necesidad de *comprobación del hecho* a la *comprobación del tipo penal* y de éste a la *comprobación del cuerpo del delito*, para finalmente regresar a la *comprobación del hecho*, como lo preveía el texto original de la Constitución de 1917.

Se aborda el estudio del concepto de *flagrancia*, ahora incorporado a la Constitución, con lo que se elimina la facultad interpretativa del mismo que se arrogan los códigos de procedimientos; así como del *arraigo*, instituto novedoso para la Carta Magna, pues antes de la reforma únicamente se contemplaba en la legislación secundaria, lo que concitó no pocos problemas de legitimidad.

Especial relevancia reviste la *facultad de investigación* que la reforma concede a las policías, así como la incorporación de reglas especiales para el tratamiento de la *delincuencia organizada*.

De particular importancia resultan los *nuevos principios* que animan el procedimiento penal mexicano, aún y cuando, respecto de los mismos la reforma concede una *vacatio legis* de ocho años, dadas las necesidades técnicas e instrumentales que la implementación del *sistema procesal penal acusatorio* conlleva.

MANUEL MAESTRO MUNIVE*

PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Problemática. — 2.1. Multiplicidad de ordenamientos aplicables. — 2.2. Legislación interna. Código federal de procedimientos civiles (cfpc) y Códigos de procedimientos estatales. — 3. Tratados Internacionales. — 4. Sentencias extranjeras en materia civil y/o familiar. — 5. Sentencias extranjeras en materia mercantil. — 6. Tratados internacionales en materia mercantil. — 7. Tratados internacionales en materia mercantil. — 8. Problemática de los requisitos de procedibilidad de la legislación interna. — 8.1. Diferentes tipos de sentencias y homologación. — 8.2. Diferentes tipos de sentencias y homologación Código de Comercio (C.Co.) y Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) Requisitos. — 8.3. Procedimiento de homologación o exequatur. — 9. Conclusiones. — 10. Apéndice.

1. — El marco jurídico en México relativo a la ejecución de sentencias extranjeras presenta una problemática con múltiples aristas que dificultan la pronta cooperación procesal y otorgan un sinnúmero de herramientas al ejecutado para evadir el cumplimiento de las sentencias emitidas en otros países, con la consecuente afectación a la parte que obtuvo una sentencia favorable.

El presente trabajo tiene como objeto señalar algunos puntos de dicha problemática para que el lector, principalmente extranjero, tenga conocimiento de los mismos y pueda prever en la medida de lo posible los inconvenientes que se pueden presentar en la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil en México; cabe aclarar que se deja un estudio posterior el tema de laudos arbitrales.

2. — En materia de ejecución de sentencias extranjeras, encontramos los siguientes problemas:

* Profesor de derecho.

2.1. — Al estar organizado el Estado Mexicano como una Federación, se presenta una distribución de competencias entre autoridades federales y autoridades estatales, tanto por territorio como por materia, competencia que es importante determinar para efectos de saber en primer lugar, a que órgano jurisdiccional deberá dirigirse el exhorto o carta rogatoria correspondiente para solicitar su auxilio (competencia indirecta), y en segundo término, determinar qué marco jurídico procesal regirá la cooperación procesal que preste el tribunal mexicano con relación a la sentencia extranjera que se pretenda ejecutar en el país, lo que significa que se tiene que decidir si es aplicable un tratado internacional o las legislaciones mercantil o civil, y con relación a ésta última si es será la legislación federal o de los diferentes Estados que integran la República Mexicana.

2.2. — De conformidad con el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las facultades que no estén expresamente concedidas a las autoridades federales se entiende reservadas a las de los Estados; lo anterior significa que si en el texto constitucional no se establece la facultad expresa a los órganos de poder federales respecto de una materia específica, las autoridades (administrativas, legislativas y jurisdiccionales) de los diversos Estados de la República, podrán cada una en forma autónoma legislar y aplicar dichas materias, tal como es el caso en materia civil y/o familiar.

En efecto, la distribución de competencias y/o facultades antes mencionadas, trae como consecuencia que en México existan en materia procesal civil, treinta y dos locales más un Código Federal de Procedimientos Civiles¹. (CFPC).

Con base en lo anterior, si el contenido de la sentencia extranjera cuya ejecución se solicita está relacionado con la materia civil y/o fami-

¹ La materia civil en México es una materia coincidente, ya que tanto los órganos federales como estatales pueden legislar respecto de la materia, sin embargo, se debe aclarar que conforme al artículo 124 Constitucional en principio es una materia reserva a los Estados, pero de conformidad con el artículo 73 fracción XXX es una facultad del Congreso Federal de las llamadas «implícitas», las cuales se reconocen a la Federación para poder desarrollar y completar el resto de las materias que le son otorgadas en forma expresa.

liar, se tendrá que analizar en primer lugar que juez es competente para conocer de la misma, tanto por territorio como por materia, para determinar si es un juez local (perteneciente a algún Estado de la República) o un juez federal (ya sea porque el domicilio o los bienes se encuentren bajo jurisdicción federal o el ejecutado sea una organismo público).

La competencia indirecta está determinada en el artículo 573 del CFPC que establece:

«Es tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, el del domicilio del ejecutado, o en su defecto, el de la ubicación de sus bienes en la República».

Una vez determinado el Tribunal competente para llevar a cabo la ejecución de la sentencia como consecuencia inmediata sabremos si serán las normas procesales previstas del Código de Procesal del Estado que corresponda dicho órganos jurisdiccional o el Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que el juez deberá aplicar su propio ordenamiento procesal por ser de orden público y de aplicación imperativa. Para aclarar lo anterior, proporcionamos el siguiente ejemplo:

Si en la sentencia extranjera se condenó a una persona al pago de una cantidad determinada por una deuda de carácter civil, ordenándose en su caso el embargo y remate de bienes, será competente para ejecutar la sentencia el del lugar del domicilio del ejecutado o en su defecto el del lugar en donde se encuentre sus bienes, por lo que si su domicilio del ejecutado se encuentra en el Estado mexicano de Veracruz, se tendrán que seguir las reglas que en el Código de Procedimientos Civiles de Veracruz existen para el caso de ejecución de sentencias extranjeras².

² Artículo 71. Los exhortos que se remitan al extranjero o se reciban de él, se sujetarán en cuanto a sus formalidades, a las disposiciones relativas del Código Federal de Procedimientos Civiles. Las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en países extranjeros, tendrán en el estado la fuerza que establezcan los tratados respectivos. En su defecto se estará a la reciprocidad internacional.

Artículo 448. Sólo tendrán fuerza en el Estado de Veracruz las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones:

I.-Que aparezcan cumplidas las formalidades prescritas para los exhortos del extranjero;

II.-Que no contraríen alguna ley de orden público, vigente en el Estado;

III.-Que hayan sido dictadas a consecuencia del ejercicio de una acción personal;

La multiplicidad de legislaciones locales (de los diversos Estados), presenta una diversidad en la forma de regular el tema de la ejecución de sentencias extranjeras, pudiendo clasificar las mismas de la siguiente forma:

- a. Simples. Son aquéllos que no tienen disposición o capítulo alguno que regule en forma específica la ejecución de sentencias extranjeras, y en donde sólo se hace una remisión a los tratados internacionales celebrados por México y/o a las «leyes federales» (Código de Comercio en materia mercantil y Código Federal de Procedimientos Civiles en materia civil), sin mayor reglamentación, tal es el caso del Estado de México y Guanajuato.
- b. Compuestos. Aquéllos en los que se hace una remisión a los requisitos y procedimientos previstos en los Tratados internacionales y/o «leyes federales» pero que además se establecen en forma supletoria o complementaria un régimen específico para el reconocimiento y ejecución de sentencia extranjeras. (Todos los Estados de la República excepto los mencionados en el inciso anterior.)

Tal universo normativo nos presenta, como decíamos anteriormente, el problema de tener que decidir cuál de los treinta y tres Código procesales serán aplicables.

3. — En materia de tratados internacionales que regulen los requisitos para ejecutar sentencias extranjeras dichos tratados no son obligatorios para los jueces de los diferentes estados de la República Mexicana,

IV.-Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en el Estado;

V.-Que haya sido emplazado personalmente el demandado para ocurrir al juicio;

VI.-Que sean ejecutorias, conforme a las leyes de la Nación en que hayan sido dictadas;

VII.-Que llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como auténticas.

Artículo 449. Es competente para ejecutar una sentencia dictada en el extranjero el juez que lo sería para seguir el juicio en que se dictó.

Artículo 450. Traducida la ejecutoria en la forma prevista por la ley, se presentará al juzgado competente para su ejecución, pero previamente, con audiencia del Ministerio Público, se examinará su autenticidad y si conforme a las leyes nacionales deba o no ser ejecutada.

Artículo 451. Ni el juez inferior ni el tribunal superior podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre los fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye; limitándose a examinar su autenticidad y si debe o no ejecutarse conforme a las leyes del Estado.

sino hasta el momento en que los mismos son incorporados a los diferentes Códigos Procesales Locales por medio de las reformas legislativas que cada uno de los Congresos Estatales vaya aprobando; lo anterior por las siguientes razones:

- a. El artículo 124 Constitucional establece que la materias que no estén expresamente concedidas a las autoridades federales se entienden reservadas a los Estados de la República, razón por la cual las autoridades locales son las competentes para legislar y aplicar las normas en las materias civil y procesal civil.
- b. Si bien es cierto el único facultado para celebrar tratados internacionales es el Presidente de la República y por lo tanto, no tiene límites en cuanto a las diferentes materias que pueden ser contenido de un tratado internacional, pudiendo celebrarlo incluso en materias reservadas a los estados, debe celebrar los mismos estableciendo la cláusula de reserva federal, reconocida en el derecho internacional público, en la cual se hace del conocimiento de los otros países parte del tratado que existen dos o más sistemas jurídicos y entidades con autonomía legislativa dentro del país; lo anterior a efecto de no incurrir en responsabilidad internacional.
- c. Los jueces locales no se encuentran obligados a aplicar un tratado internacional cuando la materia de éste es una de materia reservada a los Estados, por más que el artículo 133 Constitucional establezca que los tratados internacionales junto con la Constitución y Leyes Federales sean la norma suprema, ya que en primer lugar dicho artículo es una traducción del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos y en donde existe un sistema de control difuso de la misma reconocido a los jueces incluso locales, pero en México existe un sistema de control de la constitucionalidad otorgado exclusivamente a los ciertos órganos judiciales federales (Jueces de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito y Suprema Corte de Justicia de la Nación), estando impedidos los jueces locales a pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de una ley o un tratado; además los jueces locales obligados a aplicar su legislación interna, máxime cuando ésta corresponde a una materia reservada a los propios Estados como es el caso de la materia civil, tal y como ha quedado señalado con anterioridad.
- d. El reconocer que un tratado internacional es jerárquicamente superior a la legislación local (estatal), implicaría que mediante la celebración de un tratado se estaría abrogando tácitamente treinta y dos legislaciones locales, violando la autonomía de los Estados de la Federación Mexicana.

Expuesto lo anterior, los tratados internacionales sólo podrán ser aplicados por los jueces locales en la forma y medida en que su propio código procesal lo autorice, ya existen ordenamientos que sólo refieren la aplicación de los tratados en cuanto a las formalidades y otros a las for-

malidades y efectos, además que el juez exhortante deberá pertenecer a un país parte de un tratado celebrado por México para que dicho tratado rijan la cooperación que se solicite.

4 — En la materia mercantil ocurre un fenómeno singular, si hablamos de las autoridades legislativas y administrativas, las competentes son las autoridades federales; sin embargo, en tratándose de órganos jurisdiccionales, existe una competencia concurrente en donde tanto los tribunales federales como los estatales pueden conocer de estas controversias de conformidad con lo previsto en la fracción I del artículo 104 Constitucional que establece lo siguiente:

Art. 104.- Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para (sic) ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

De ahí que para ejecutar una sentencia extranjera cuyo contenido o naturaleza sea de carácter mercantil, la carta rogatoria correspondiente se puede presentar ya sea ante un tribunal federal o estatal competente en el lugar en donde se encuentre el domicilio del ejecutado o en su defecto el del lugar en donde se encuentre los bienes (v. art 573 CFPC).

Ahora bien por lo que se refiere a la normatividad procesal aplicable para prestar la cooperación procesal en este caso se regirá en primer lugar por los tratados internacionales en los que México y el país exhortante sean parte, y en su defecto por los artículos 1074 y 1347-A del Código del Comercio y supletoriamente el CFPC en sus artículos 543, 546, 549 a 556, 564 a 577.

5. — Al ser la materia mercantil una materia federal, los tratados internacionales en materia de cooperación procesal para la ejecución de sentencias, deberá estarse en cuanto a su aplicación a los siguientes principios:

- a.- Norma posterior prevalece sobre la anterior.
- b.- Norma especial prevalece sobre la norma general.

Lo anterior, en virtud de que los Tratados internacionales y las Leyes Federales tiene el mismo nivel jerárquico, tal y como fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis que a continuación se desprende.

Leyes federales y tratados internacionales. tienen la misma jerarquía normativa. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoza Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos³.

³ Esta tesis ha sido abandonada con base en el criterio sustentado por el propio Tribunal Pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98,

No obstante existe la propia Corte emitió con posterioridad un criterio que suspendió la obligatoriedad de la tesis anterior, señalando que los Tratados Internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes locales; sin embargo, dicho criterio no es obligatorio y se refiere a un caso de la aplicación de un tratado internacional en la materia derechos humanos, materia que no está reservada a los Estados de la República como lo sería la materia procesal civil.

Tratados internacionales. se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión «[...] serán la Ley Suprema de toda la Unión [...]» parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema.

El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de «leyes constitucionales», y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional.

No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que

promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, sosteniendo en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior, sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución General de la República señale algún caso especial. Al respecto, consúltese la tesis P. LXXVII/99, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, t. X, noviembre de 1999, p. 46, bajo el rubro «Tratados internacionales. se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal».

estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados». No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: «*Leyes federales y Tratados internacionales. tienen la misma jerarquía normativa*»; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis

jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve⁴.

Ahora bien no obstante que en la notas de este criterio se establece que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial lo que la convertiría en obligatoria, la misma todavía no lo es, sólo por reiteración de criterios (cinco) o por contradicción de tesis se puede alcanzar dicha obligatoriedad y tan es así que no existe publicación alguna en donde se le califique como «jurisprudencia obligatoria»⁵.

6. — Remisión de las legislaciones estatales a los tratados internacionales y los límites a su aplicación. Como quedó señalado con anterioridad en el presente estudio, existen algunos ordenamientos procesales locales que nos remiten para efectos de nuestro tema a aplicar los tratados internacionales celebrados por México y las «leyes federales»⁶; sin embargo, lo anterior, presentaría la siguiente interrogante: ¿son aplicables los tratados internacionales celebrados por México, a pesar de que el juez exhortante pertenezca a un país no parte de dichos tratados?, la respuesta es negativa por lo que se refiere a nuestro tema, ya que los tratados celebrados en materia de cooperación procesal sólo son obligatorios para los casos en los Estados parte están involucrados y por lo tanto, sólo serán aplicables por los jueces locales o estatales cuando los exhortos por los cuales se solicite la ejecución de una sentencia provenga de un Estado parte de los mismos.

Aplicación de las «leyes federales». Para el evento de que un exhorto mediante el cual se pida la ejecución de una sentencia provenga de un país que no sea parte algún tratado relativa a dicha materia, serán aplicables en consecuencia ya sea los ordenamientos procesales locales o las dispo-

⁴ Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, p. 27, de rubro: «*Leyes federales y Tratados internacionales. tienen la misma jerarquía normativa*».

⁵ En sentido contrario M.E. MANSILLA MEJÍA, en M. GONZÁLEZ, NURIA Y Otros, *Lecciones De Derecho Internacional Privado Mexicano. Parte General*, Ed. Porrúa / Unam, México, 2007, p. 334.

⁶ Como ya quedó señalado con anterioridad esas «leyes federales» serán el Código de Comercio cuando se trate de materia mercantil y el Código Federal de Procedimientos Civiles en el caso de la materia civil o como supletorio del primero.

siciones contenidas ya sea en el C.Co y/o en el CFPC; lo anterior, en virtud de la remisión expresa que realizan los Códigos Procesales de los diferentes Estados que conforman la República.

Reservas de México. Otro punto a destacar es que el juez que vaya a prestar la cooperación deberá analizar el tipo de reservas que México o el país del juez exhortado hubiesen realizado respecto del tratado correspondiente, por ejemplo, con relación a la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, nuestro país hizo las siguientes reservas

- a. Sólo será aplicable para sentencia de condena en materia patrimonial.
- b. Con relación a la competencia del juez exhortante que haya asumido la misma de modo coincidente con la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, no siendo aplicable para los casos de estado civil y capacidad de las personas, divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de bienes, pensiones alimenticias, sucesiones, quiebras o concursos, liquidación de sociedades, materia laboral y seguridad social, arbitraje, daños y perjuicios de origen extracontractual, cuestiones marítimas y áreas
- c. Que deberán anexar constancias de notificación para que las partes comparezcan ante el juez exhortado.

7. — Desafortunadamente, México tiene celebrados pocos tratados relacionados con la materia del presente estudio, los cuales nos limitaremos a enunciar.

- a. Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.
- b. Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de la sentencia extranjeras.
- c. Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencia judiciales y Laudos arbitrales en materia civil y mercantil.
- d. Por otra parte, el Convenio de la Haya sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial celebrado por México, tiene una conexión indirecta con nuestro tema, en su artículo 16 que establece:
«Cuando un escrito de demanda o un documento equivalente debió remitirse al extranjero a efectos de notificación o traslado, según las disposiciones del presente Convenio, y se ha dictado resolución contra el demandado que no haya compare-

cido, el juez tendrá la facultad de eximir a dicho demandado de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso, si se reúnen las condiciones siguientes:

- a) el demandado, sin mediar culpa de su parte, no tuvo conocimiento en tiempo oportuno de dicho documento para defenderse o de la decisión para interponer recurso;
- b) las alegaciones del demandado aparecen provistas, en principio, de algún fundamento.

La demanda tendiente a la exención de la preclusión sólo será admisible si se formula dentro de un plazo razonable a partir del momento en que el demandado tuvo conocimiento de la decisión.

Cada Estado contratante tendrá la facultad de declarar que tal demanda no será admisible si se formula después de la expiración de un plazo de tiempo que habrá de precisar en su declaración, siempre que dicho plazo no sea inferior a un año, a computar desde la fecha de la decisión.

El presente artículo no se aplicará a las decisiones relativas al estado o condición de las personas.

Respecto de este artículo México hizo una reserva con relación al tercer párrafo señalando que la demandada a que se hace referencia en el dicho párrafo no será admisible si se formula después del plazo de un año computado a partir de la fecha de la decisión o en un plazo superior que pueda ser razonable a criterio del juez que, para los casos en que se haya dictado sentencia, sin que el demandado haya sido debidamente emplazado, la nulidad de las actuaciones se realizara de conformidad con los recursos establecidos en la legislación aplicable.

8. — Adicional al problema de determinar que normas serán aplicables a la cooperación en materia de ejecución de sentencias, los requisitos de procedibilidad para poder ejecutar las mismas presentan por sí mismos una serie de problemas, los cuales abordaremos en el presente apartado.

8.1. — En la Teoría del Proceso se ha diferenciando diversos tipos de sentencias, así por sus efectos tenemos sentencia declarativas, constitutivas, de condena o mixtas; por su materia, podemos clasificarlas en civiles, mercantiles y familiares para efectos de nuestro tema.

Diferimos de algún sector de la doctrina mexicana, respecto de los requisitos que el juez debe revisar dependiendo la naturaleza de la sentencia extranjera que se vaya a ejecutar; en efecto, se ha señalado⁷ que sólo respecto de las sentencias de que implique ejecución coactiva, el juez deberá revisar si se satisfacen o no los requisitos previstos en los artículos 1347-A del C.Co y/o 571 del CFPC, afirmación incorrecta, ya que no sólo las sentencias de condena pueden implicar la ejecución de las mismas, por lo que aún tratándose de sentencias declarativas éstas tienen un grado de ejecución y por lo tanto el juez debe analizar si se cumplen o no dichos requisitos. Un ejemplo nos ayudará a demostrar lo anterior: un juez mexicano en el Distrito Federal no podrá inscribir una sentencia extranjera que declare la disolución de un matrimonio poligámico, ¿por qué?, porque dicha sentencia va en contra del orden público interno del Distrito Federal, ¿acaso no revisará si el exhorto cumple las formalidades?, ¿si el juez fue competente?, ¿si se respetó la garantía de audiencia y se llevó a cabo el emplazamiento personal?, etc.⁸

⁷ V. L. PEREZNIETO, *Derecho Internacional Privado Mexicano. Parte General*, Ed. Oxford, 7ª Ed., México, 1998 y J.A. SILVA, *Derecho Internacional Sobre El Proceso. Procesos Civil Y Comercial*, Ed. McGraw-Hill, 1997.

⁸ Novena Época, No. Registro: 175432, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Marzo de 2006 Materia(s): Civil Tesis: I.11o.C.143 C, p. 2115, Sentencias Dictadas En El Extranjero. Corresponde Al Juez Exhortado Analizar Oficiosamente La Competencia Del Juez O Tribunal Sentenciador, Conforme A La Fracción Iii Del Artículo 606 Del Código De Procedimientos Civiles Para El Distrito Federal.

El artículo 606, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece como condición, entre otras, la competencia del Juez o tribunal sentenciador, a efecto de dársele fuerza de ejecución a una sentencia dictada en el extranjero. Por lo tanto, en el incidente que se promueva para el reconocimiento y homologación de una sentencia extranjera con miras a ser ejecutada en el territorio nacional, el Juez que conozca de él debe pronunciarse oficiosamente sobre la competencia como una de las condiciones que dispone el citado numeral, precisamente porque sólo satisfechos esos requisitos se estará en aptitud de atribuir ejecutividad a dicha resolución, no obstante que en ese procedimiento no se hubiere hecho valer la incompetencia del Juez extranjero por la parte interesada, pues el análisis de ese elemento que prevé el precepto legal en cita, debe realizarse oficiosamente por el juzgador, al ser esencial para la procedencia del incidente en cuestión. Décimo primer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Amparo en revisión 383/2005. Química Ipisa, S.A. de C.V. y otra. 17 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretario: Mario Alejandro Moreno Hernández.

En efecto, lo que hay que distinguir es si la sentencia extranjera exige o no una ejecución coactiva sobre bienes o personas para poder determinar si requiere o no homologar dicha sentencia, para tal efecto el artículo 554 del CFPC establece que

«Los exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán homologación cuando implique ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos [...]».

Por su parte el artículo 1074 fracción VI del Código de Comercio establece la misma condición, por lo que en caso de que una sentencia no implique ejecución coactiva, de todas formas el juez exhortado deberá revisar que se cumplan los requisitos que a continuación se tratan.

8.2. — El artículo 1347-A del C.Co. y 571 del CFPC establecen una regulación idéntica respecto de las sentencias dictadas en el extranjero y señalan que podrán ejecutarse si se cumplen las condiciones que se establecen en las diferentes fracciones de dichos artículos, sin embargo y como quedó señalado en el punto anterior, los requisitos también deben ser analizados por el juez mexicano exhortado en el caso de sentencias declarativas y constitutivas.

Analizaremos a continuación los requisitos y la problemática que cada uno presenta.

I. Que se hayan cumplido las formalidades establecidas en los tratados en que México sea parte en materia de exhortos provenientes del extranjero.

En primer lugar, deberá estarse a los requisitos formales que se establezcan en el convenio o tratado celebrado tanto por el país exhortante como por México.

Por otra parte, cuando el exhorto no provenga de un país con el que México haya celebrado un tratado de cooperación procesal, serán aplicables las disposiciones previstas en el artículo 1074 del C.Co. para los exhortos internacionales en materia mercantil y las contenidas en el CFPC. (artículos 549 a 556 y 572) de aplicación supletoria al artículo 1347-A del C.Co. y en forma directa si la sentencia es en materia civil; sin embargo, cabría preguntar ¿si los artículos 1347-A y 571 son aplicables cuando no existe tratado alguno, por qué se van a tomar en cuenta las

formalidades «establecidas en los tratados en que México sea parte en materia de exhortos extranjeros», sí dichas convenciones sólo obligan a los Estados parte que las firmaron?, y segundo, ¿si fueran aplicables los «tratados», cuál de todos los celebrados sería?

Como respuesta a lo anterior es menester señalar nuevamente que si existe un tratado entre el país exhortante y México éste será el que rija la cooperación en materia de ejecución de sentencias, y cuando no ocurra esto, por lo que se refiere a las formalidades de los exhortos deberá atenderse a lo que establecen los artículos 1074 del C.Co, y 549 a 556 y 572 del CFPC de aplicación supletoria en materia mercantil o de aplicación directa si la sentencia es en materia civil como ya se ha comentado.

II. Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real.

Este requisito se refiere a todas aquellas sentencias cuyo origen fue un litigio relativo a un derecho real, presentando el problema de que no se distingue entre bienes muebles e inmuebles, por lo que dicha restricción aplica a ambos; lo anterior está en contradicción con el artículo primero inciso b de la *Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de la sentencias extranjeras* que establece que será juez competente en caso de acciones reales sobre bienes muebles el de la ubicación del mismo al momento de entablarse la demanda o el del domicilio del demandado, no haciendo México ninguna reserva al respecto; lo que trae como consecuencia que si la sentencia extranjera proviene de un país que no sea parte de dicho tratado no se podrá ejecutar sentencia en tal supuesto, con la evasión por parte del ejecutado, ya que éste puede trasladar los bienes a territorio mexicano con el daño respectivo a la parte que obtuvo sentencia favorable a sus intereses.

Por otra parte, la interrogante sería ¿qué hacemos cuando en el país de origen la acción no es calificada de real o viceversa que si sea calificada de real y en México no?, la respuesta radica en el derecho en que utiliza el juzgador mexicano para calificar el concepto de «acción real», conforme al artículo 12 del Código Civil Federal dicha calificación será conforme al derecho mexicano, esto es *lex fori*, por lo que en el primer caso no podría ejecutarse y en el segundo caso sí.

III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se pretenda ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos.

a. En primer lugar, se exige que el juez que dictó la sentencia hubiese tenido competencia conforme a la reglas aceptadas en el derecho internacional, lo que es plausible a efecto de procurar una «uniformidad» en los criterios para asumir competencia entre jueces de diferentes países y evitar con ello conflictos de competencia internacionales positivos que pueden generar que varios jueces puedan conocer de un misma controversia y la existencia de varias sentencias que corran el riesgo de no poder ejecutarse; sin embargo, tan buena intención se topa con la condición de que dichas reglas sean compatibles con la reglas internas de competencia, lo que hace convierte en absurda la primera remisión, ya que si las reglas aceptadas en el derecho internacional⁹ no están conformes a las normas mexicanas no se quedará satisfecho dicho requisito y en consecuencia, no se ejecutará la sentencia extranjera.

b. La segunda parte de esta fracción desconoce los límites reconocidos en el plano internacional privado¹⁰ a las llamadas cláusulas de jurisdicción, ya que se ha reconocido que dichas cláusulas no deberán surtir

⁹ Estas reglas las podemos encontrar principalmente en la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de la sentencia extranjeras y en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aunque existen otras convenciones con reglas de competencia específicas (por ejemplo: Convención interamericana sobre Letras de Cambio , pagarés y facturas, Convención interamericana sobre adopción internacional, etc.).

¹⁰ Art. 1, inciso D, Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de la sentencia extranjeras: Se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional [...] d. «Respecto de acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, si las partes hubieran acordado por escrito someterse la jurisdicción del estado parte que pronunció la sentencia, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y hay existido una conexión razonable con el objeto de la controversia».

efectos cuando beneficien a una sola de las partes o cuando la controversia carezca de vínculo razonable con el juez señalado en dicha cláusula. En efecto, en materia mercantil resultan aplicables los artículos 1092 y 1093 del Código de Comercio, así como los artículos 566 y 567 del CFPC de aplicación supletoria a la materia mercantil y de aplicación directa en la materia civil, estableciendo estos dos últimos lo siguiente:

Art. 566.- También será reconocida la competencia asumida por un órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes antes del juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia.

Art. 567.- No se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas

Hay que destacar que la última parte de este requisito fue modificado tanto en el artículo 1347-A del C.Co como en el 571 del CFPC, el 30 de diciembre del 2008, entrando en contradicción con las reglas aceptadas en el derecho internacional, de ahí que afirmemos lo absurdo de la remisión a éstas cuando se condiciona que estén acorde con las reglas mexicanas de competencia.

c. Existen áreas en donde México ha declarado competencia exclusiva para sus tribunales, razón por la cual de acuerdo con los artículos 564 y 568, las sentencias extranjeras dictadas en la siguientes materias no podrán ser ejecutadas, tales materias son:

I.- Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes;

II.- Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;

III.- Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;

IV.- Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y

V.- En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

De lo anterior, se entiende el impedimento para ejecutar una sentencia extranjera cuando deriven de una acción real sobre inmuebles, pero tal prohibición resulta carente de fundamento cuando se trata de acciones reales sobre bienes muebles.

IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas.

a. En la doctrina mexicana¹¹ no existe consenso sobre este requisito, y cuáles deben ser los alcances del «emplazamiento personal», ya que por una parte se considera que quedarían fuera los emplazamientos por edictos, mientras que otra postura señala que el emplazamiento deberá tenerse por personal siempre y cuando se realice conforme a las leyes procesales del lugar en donde se realice la notificación, sin necesidad de satisfacer los requisitos que la ley mexicana exige para tal acto, legislación que en dicho tema es muy estricta.

Una debida interpretación de dicho requisito consiste en que el emplazamiento debe realizarse con base en la ley en donde se realice ésta con las formalidades exigidas en dicha legislación para considerar a las mismas como personales, sin que se necesite forzosamente satisfacer los requisitos de la legislación mexicana, ya que sería absurdo y en contra de los principios de la cooperación procesal exigir que dicho emplazamiento sea con base en la legislación mexicana, sin embargo, la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros establece en su artículo 2º inciso e) como requisito para ejecutar una sentencia extranjera que el demandado haya sido emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional deba ejecutarse.

Lo anterior trae como consecuencia que el emplazamiento que se realice en el extranjero prácticamente tendría que ser igual a la forma como se lleva a cabo en México, resultado que impediría la ejecución de

¹¹ C. ARELLANO GARCIA, *Derecho Internacional Privado* (11ª ed.), Ed. Porrúa, México, 1995. F.J. CONTRERAS VACA, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Harla, México, 1994. L. PEREZNIETO, *op. cit.*; Jorge Alberto SILVA, *op. cit.*

la sentencia extranjera, de lo anterior, es que podemos resaltar una mejora regulación mexicana que la prevista en la citada convención.

b. Por otra parte, nace la interrogante en el sentido de que se va a entender como «garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas»; ya que posiblemente los alcances de dicha garantía sean diferentes o menores en el Estado del juez exhortante que en el Estado Mexicano, sin embargo, al ser una garantía prevista en la Constitución Mexicana, el requisito deberá ser considerado de orden público por lo que si la garantía tiene menores alcances que los reconocidos en nuestro país la sentencia no podrá ejecutarse.

En efecto, la garantía de audiencia debe comprender el derecho a controvertir o contestar la demanda, ofrecer pruebas y poder interponer los recursos que la legislación del foro prevea para el juicio respectivo, y que materialmente se respeten dichos derechos tanto en cuanto su contenido como en el tiempo para hacerlos valer, ya que de lo contrario no se estaría satisfaciendo el mismo.

V. Que tenga el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra.

Si por cosa juzgada entendemos aquella sentencia en contra de la cual ya no procede recurso, incidente o juicio alguno ordinario, ni extraordinario que pueda modificarla, carece de sentido la segunda parte de esta fracción; sin embargo y coincidimos con el maestro Silva¹² que dicha norma contempla tanto sentencias que ya no pueden ser modificadas en forma definitiva, esto es que sean cosa juzgada y sentencia que por su naturaleza pueden modificarse a través del tiempo, tal es el caso de las acciones correspondientes al estado civil de las personas o alimentos.

VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el Tribunal Mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva.

¹² SILVA, *op. cit.*, p. 436.

El fenómeno de la litispendencia y conexidad respecto de sentencias emitidas en el extranjero ha sido poco explorado en el derecho mexicano, sin embargo, esta fracción establece la prohibición de ejecutar un sentencia extranjera en México cuando hubiese conocido primero un tribunal mexicano o cuando el exhorto emitido por un juez Mexicano hubiese sido entregado a la SRE o a las autoridades del juez exhortado aún cuando ya se hubiese emitido la sentencia en el extranjero.

VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México.

El problema del orden público es y será un problema permanente en el derecho internacional privado y que rodea a casi todos los temas del mismo, ya que por un lado lo encontramos como excepción para no aplicar el derecho extranjero, pero también existe cuando hablamos de cooperación procesal internacional.

El ser un concepto equívoco provoca alrededor del mismo un grave riesgo para la seguridad jurídica en tratándose de ejecución de sentencias extranjeras, ya que el mismo puede ser llenado de diferentes contenidos y la facultad discrecional del juez que impera casi siempre con relación a este punto, puede derivar en arbitraria con el claro perjuicio para el justiciable.

Por lo anterior, proponemos como un concepto preliminar de orden público el siguiente: aquel conjunto de principios, ideas, creencias, fines y valores de carácter social, cultural, político, religioso, etc., vigentes en una sociedad en un tiempo determinado, que informan el contenido de las normas jurídicas de un país determinado de tal manera, que su violación implica una sanción grave por parte del mismo orden jurídico, impidiendo que su contravención pueda generar efectos reconocidos por el Derecho; con base en el concepto antes señalado podemos establecer las siguientes pautas para que el juez en su caso pueda determinar si está o no frente a un caso de orden público para dejar de ejecutar una sentencia extranjera:

1. Criterio nominalista. Cuando la norma jurídica es calificada por el legislador como una norma de «orden público» sin mayor justificación y motivación. Este criterio carece de contenido y sustancia y por lo tanto no puede servir de base para dejar de ejecutar una sentencia extranjera.

2. Orden público en sentido interno. Va a estar recogido por aquellas normas cuya violación implique como sanción la nulidad absoluta, esta es, que no prescriba, no pueda ser convalidada y puede ser reclamada por cualquier afectado o en su caso vayan en contra de los derechos fundamentales previstos en la Constitución Mexicana y denominados como garantías. Desde mi punto de vista, este criterio es el que mayor certeza y seguridad jurídica proporciona al justiciable, ya que sabe perfectamente cuando existe realmente una contravención o no al derecho mexicano, el grado de ésta y si podrá ejecutarse una sentencia extranjera o no. Sabemos que la doctrina dominante desdeña el mismo, por considerar tal postura como internista y territorialista; sin embargo, a los que tenemos la oportunidad de actuar en los tribunales mexicanos, sabemos que la deficiencia en la fundamentación y motivación de un juez puede dar lugar a obtener o no un fallo favorable a los intereses del cliente, razón por la cual el juez mexicano en este sentido debe tener perfectamente claro cuando se encuentra o no frente a un caso de orden público, además esta interpretación es congruente con el sistema de derecho internacional privado que podríamos calificar de territorialista relativo, lo que implica en principio que el derecho extranjero ya sea mediante su aplicación o ya mediante su aplicación mediante la ejecución de una sentencia extranjera debe ser excepcional y por lo tanto no debe existir duda si contraviene o no el llamado «orden público». Lo anterior se ve robustecido con lo previsto en los artículos 555 y 569 del CFPC y 1074 fracción VI del C.Co que establecen:

Art. 1,074. Los exhortos que se remitan al extranjero o que se reciban de él, salvo lo dispuesto por los tratados o convenciones de los que México sea parte, se sujetarán a las siguientes disposiciones:

VII. Los exhortos que se reciban del extranjero serán diligenciados conforme a las leyes nacionales, pero el tribunal exhortado podrá conceder excepcionalmente la simplificación de formalidades o la observancia de formalidades distintas a las nacionales, a solicitud del juez exhortante o de la parte interesada, si esto no resulta lesivo al orden público y especialmente a las garantías individuales; la petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicite para la diligenciación del exhorto.

Art. 555. Los exhortos internacionales que se reciban serán diligenciados conforme a las leyes nacionales. Sin perjuicio de lo anterior el tribunal exhortado podrá conceder excepcionalmente la simplificación de formalidades o la observancia de formalidades distintas a las nacionales, a solicitud del juez exhortante o de la parte interesada, si esto no resulta lesivo al orden público y especialmente a las garantías individuales; la petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicite para la diligenciación del exhorto.

Art. 569. Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

Tratándose de sentencias, laudos o resoluciones jurisdiccionales que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que los mismos llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos.

Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros produzcan en el territorio nacional, estarán regidos por lo dispuesto en el Código Civil, por este código y demás leyes aplicables.

Orden público en sentido internacional. Este criterio doctrinal sostiene que el juez puede ejecutar una sentencia extranjera a pesar de que la misma contravenga una norma interna sancionada con nulidad absoluta, sino que sólo se actualizará la barrera del orden público cuando se atente en contra de la estructura fundamental de una institución o figura jurídica, limitándose en consecuencia el número de casos en los que podría hacerse valer dicho obstáculo, sin embargo, el grado de certeza jurídica es menor para el justiciable, ya que dependerá del criterio del juzgador si la sentencia extranjera contraviene no sólo la norma, sino la estructura fundamental de la institución.

Cabe resaltar que la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencia y laudos arbitrales extranjeros establece en su artículo 2º inciso h, que la sentencia no contraríe manifiestamente los principios y leyes de orden público del Estado exhortado, disposición cuyo fin era limitar el uso del orden público para bloquear la cooperación procesal, pero que puede abarcar las pautas 2 y 3 antes mencionadas y por

lo tanto, seguimos considerando que la segunda de ellas es la que proporciona mayor certeza y seguridad jurídica.

VIII. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

En este caso deberá estarse a lo previsto en la Convención de la Haya por la que se suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros, así como los artículos 1074 del C.Co. y el artículo 572 del CFPC remitiéndonos al apéndice del presente trabajo.

IX. En un párrafo independiente dentro de los artículos 1347-A del C.Co y 571 del CFPC. se establece que no obstante el cumplimiento de las fracciones I a VIII de dichos artículos, el juez tendrá la facultad para negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o resoluciones jurisdiccionales extranjeras en casos análogos.

El tema de la reciprocidad está regulado como una facultad discrecional del juez mexicano, el cual podrá decidir en cada caso concreto si ejecuta o no a pesar de que se hayan satisfecho los requisitos previstos; sin embargo, la ventaja es que no se establece como un requisito más, si no como una facultad que el juez puede o no ejercitar.

X.- Revisión de la sentencia por parte del Juez exhortado:

El artículo 575 del CFPC establece claramente que ni el juez exhortado ni el Tribunal de apelación podrán «examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional».

Es claro que el Tribunal si podrá revisar la sentencia para corroborar diferentes requisitos tales como el tipo de acción, la competencia directa, el respecto a la garantía de audiencia, y el orden público, y si bien es cierto no puede pronunciarse sobre el sentido de la resolución, sí debe verificar que la misma esté fundada, esto es, que se haga referencia a una o varias normas jurídicas y que contenga un mínimo de razonamientos lógicos que lleven a condenar a una persona, esto es, que esté motivada, independientemente que sea correcta o no dicha motivación.

En efecto, dicha garantía está prevista en el artículo 16 Constitucional que establece que todo acto de autoridad deberá estar fundado y mo-

tivado, garantía que incluso es más importante que la de audiencia, ya que hay supuestos en la que ésta no se reconoce como es el caso de expulsión de extranjeros prevista en el artículo 33 del máximo ordenamiento.

Por otra parte, y en virtud del orden público una sentencia extranjera podrá ejecutarse parcialmente, tal y como señala el artículo 577 del CFPC, pero se necesita que la parte interesada lo solicite expresamente.

XI. Finalmente el artículo 572 del CFPC establece la obligación del ejecutante de señalar domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación; sin embargo, este no es un requisito de procedibilidad como señalados en el artículo 571 toda vez que el mismo podrá ser subsanado por el ejecutante, a pesar de que dicho precepto señala que deberá acompañarse dicho señalamiento al exhorto.

8.3. — El procedimiento de homologación para que una sentencia extranjera dictada en materia mercantil o en materia civil federal está regulado de los artículos 574 a 577 del CFPC el cual es aplicable en ambos casos, ya sea en forma directa en materia civil o por aplicación supletoria a la materia mercantil toda vez que el C.Co, no contiene una regulación específica al respecto, siempre y cuando implique ejecución coactiva sobre bienes, personas o derechos.

Dicho procedimiento conlleva los siguientes pasos:

1.- Presentación del exhorto o carta rogatoria ante el Tribunal competente de conformidad con el artículo 573 del CFPC antes mencionado. Debemos recordar que la transmisión de los exhortos pueden ser a través de las partes, del propio juez exhortante, por autoridad diplomática o consular, o en el caso de tener celebrado un tratado internacional en la materia la autoridad central señalada por los Estado involucrados.

2. Recibido el exhorto el juez deberá revisar si se reúnen las formalidades y algunos de los requisitos de procedibilidad que ya analizamos previamente en el C.Co o en el CFPC, dependiendo la materia de la que se trate, y en caso de que se cumplan los mismos se abrirá el llamado «incidente de homologación» ordenando notificar personalmente tanto al ejecutante y como al ejecutado, concediéndoles un plazo individual de

nueve días hábiles para ejercitar los derechos del ejecutado solicitando se dicte la sentencia en donde se ordene la ejecución de la sentencia extranjera, y en el caso del ejecutado oponer las excepciones y defensas que tenga a su favor, así como ofrecer pruebas para desvirtuar alguno o algunos de los requisitos de procedibilidad previstos ya sea en un tratado o en los artículos 1347-A del C.Co o 571 del CFPC antes visto.

Asimismo, se le da vista al Agente del Ministerio Público, el cual tiene la representación social, para que manifieste cualquier objeción respecto de la solicitud de ejecución de la sentencia extranjera.

Con relación a esta etapa debe resaltar lo siguiente:

a. Respecto de las excepciones y defensas que puede hacer valer el ejecutado, únicamente podrán ser aquellas de tipo sustantivo que nazcan con posterioridad a la sentencia, y de tipo procesal, aquellas que se refieran a algunos de los requisitos de procedibilidad respecto de los cuales pudiere admitir prueba, tales como: falsedad del exhorto o de los documentos anexos al mismo; que exista algún recurso ordinario sub iudice, que exista un litispendencia o conexidad, que no exista reciprocidad.

Cabe destacar que el resto de los requisitos son objeto de estudio por parte del juez previo a abrir el incidente de homologación, por lo que en caso de alguna violación procedería interponer recurso de apelación en contra de dicho auto, sin perjuicio que dentro del plazo de los nueve días previstos para oponer excepciones y defensas se haga valer la insatisfacción de dicho o dichos requisitos.

b. Que la carga de prueba recae sobre el ejecutado, tanto en su ofrecimiento como respecto de su preparación y desahogo.

3. La sentencia que se dicta resolviendo el incidente ordenará o no la ejecución, puede ser objeto de impugnación a través del recurso de apelación. En contra de la sentencia que llegue a dictarse en el tribunal de apelación procede el amparo indirecto ante un Juez de Distrito en materia civil por alguna violación a las garantías previstas en la Constitución.

4. Si se ordena la ejecución, todas las cuestiones relativas a la ejecución propiamente dicha tales como embargo, depositaría, avalúos, remate y demás relacionados con la liquidación y ejecución coactiva de sentencia extranjera serán resueltas por el tribunal de la homologación y con base

en su propio ordenamiento procesal, y la distribución de los fondos resultantes del remate quedarán a disposición del juez sentenciador extranjero.

9. — Procedimiento de homologación o exequatur Como se puede desprende del desarrollo del presente trabajo podemos concluir que el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en México, presenta un sinnúmero de problemas que dificultan la cooperación procesal internacional en esta materia que provocan una falta de seguridad jurídica para el justiciable. El gobierno mexicano deberán tomar conciencia sobre la importancia de lograr una congruencia y uniformidad interna legislativa, así como promover y celebrar tratados que uniformen los requisitos para la ejecución de las sentencias, con el fin de proteger los derechos de los particulares, mismos que al final del día son los que se ven afectados por las diferentes barreras para la poder ejecutar una sentencia extranjera con la consecuente denegación material de la justicia.

10. — Código de Comercio.

Art. 1,074. Los exhortos que se remitan al extranjero o que se reciban de él, salvo lo dispuesto por los tratados o convenciones de los que México sea parte, se sujetarán a las siguientes disposiciones:

I. Los exhortos que se remitan al extranjero serán comunicaciones oficiales escritas que contendrán la petición de realizar las actuaciones necesarias en el juicio en que se expidan; dichas comunicaciones contendrán los datos informativos necesarios y las copias certificadas, cédulas, copias de traslado y demás anexos procedentes según sea el caso;

II. Los exhortos que provengan del extranjero deberán satisfacer los requisitos a que se refiere la fracción anterior, sin que se exijan requisitos de forma adicionales;

III. Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requirente o requerido, según sea el caso;

IV. Los exhortos provenientes del extranjero que sean transmitidos por conductos oficiales no requerirán legalización y los que se remitan al extranjero sólo necesitarán de la legalización exigida por las leyes del país en donde se deban diligenciar;

V. Todo exhorto que se reciba del extranjero en idioma distinto del español, deberá acompañarse de su traducción, a la cual se estará, salvo deficiencia evidente u objeción de parte;

VI. Los exhortos que se reciban del extranjero sólo requerirán homologación cuando impliquen ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos; los relativos a notificaciones, recepción de pruebas y otros asuntos de mero trámite, se diligenciarán sin formar incidente;

VII. Los exhortos que se reciban del extranjero serán diligenciados conforme a las leyes nacionales, pero el tribunal exhortado podrá conceder excepcionalmente la simplificación de formalidades o la observancia de formalidades distintas a las nacionales, a solicitud del juez exhortante o de la parte interesada, si esto no resulta lesivo al orden público y especialmente a las garantías individuales; la petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicite para la diligencia-ción del exhorto;

VIII. Los tribunales que remitan exhortos al extranjero o los reciban de él, los tramitarán por duplicado y conservarán un ejemplar para constancia de lo enviado, recibido y actuado.

Art. 1,347-A. Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones:

I. Que se hayan cumplido las formalidades establecidas en los tratados en que México sea parte en materia de exhortos provenientes del extranjero;

II. Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real;

III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia

cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se pretenda ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos;

IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;

V. Que tenga el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;

VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el Tribunal Mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva;

VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; y

VIII. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el juez podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o resoluciones jurisdiccionales extranjeras en casos análogos.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

LIBRO CUARTO DE LA COOPERACION PROCESAL INERNACIONAL TÍTULO UNICO

CAPÍTULO V

Competencia en Materia de Ejecución de Sentencias

ARTICULO 564.- Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten

compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.

ARTICULO 565.- No obstante lo previsto en el artículo anterior, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. El tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos.

ARTICULO 566.- También será reconocida la competencia asumida por un órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes antes del juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia.

ARTICULO 567.- No se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas.

ARTICULO 568.- Los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias:

I.- Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes;

II.- Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;

III.- Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;

IV.- Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y

V.- En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

CAPITULO VI

Ejecución de Sentencias

ARTICULO 569.- Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

Tratándose de sentencias, laudos o resoluciones jurisdiccionales que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que los mismos llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos.

Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros produzcan en el territorio nacional, estarán regidos por lo dispuesto en el Código Civil, por este código y demás leyes aplicables.

ARTICULO 570.- Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros se cumplirán coactivamente en la República, mediante homologación en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

ARTICULO 571.- Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones:

I.- Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en este Código en materia de exhortos provenientes del extranjero;

II.- Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real;

III.- Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se

pretenda ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos;

IV.- Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;

V.- Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;

VI.- Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva;

VII.- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; y

VIII.- Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos.

ARTICULO 572.- El exhorto del Juez o tribunal requirente deberá acompañarse de la siguiente documentación:

I.- Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional;

II.- Copia auténtica de las constancias que acrediten que se cumplió con las condiciones previstas en las fracciones IV y V del artículo anterior;

III.- Las traducciones al idioma español que sean necesarias al efecto; y

IV.- Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación.

ARTICULO 573.- Es tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, el del domicilio del ejecutado, o en su defecto, el de la ubicación de sus bienes en la República.

ARTICULO 574.- El incidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá término individual de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar los derechos que les correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondiere.

La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere.

ARTICULO 575.- Ni el Tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional.

ARTICULO 576.- Todas las cuestiones relativas a embargo, secuestro, depositaría, avalúo, remate y demás relacionados con la liquidación y ejecución coactiva de sentencia dictada por tribunal extranjero, serán resueltas por el tribunal de la homologación.

La distribución de los fondos resultantes del remate quedará a disposición del juez sentenciador extranjero.

ARTICULO 577.- Si una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional extranjera no pudiera tener eficacia en su totalidad, el tribunal podrá admitir su eficacia parcial a petición de parte interesada.

EMILIO RABASA GAMBOA*

EL DUALISMO CONSTITUCIONAL MEXICANO

SOMMARIO: 1. Introducción. — 2. Antecedentes teórico-históricos. — 3. Estatismo social y democracia liberal. — 4. Los medios de defensa de los derechos constitucionales.

1. — La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, es producto de dos grandes procesos legislativos. El primero correspondió al Congreso Constituyente reunido en la ciudad de Querétaro¹ entre 1916 y 1917 que culminó con la promulgación de la Constitución el 5 de febrero del último año. Fue breve en tiempo pero muy sustancioso en materia.

Sus principales logros consistieron en la inclusión, por vez primera en la historia del derecho constitucional mundial, de los derechos sociales, también conocidos como «derechos de segunda generación». El derecho a la educación (artículo 3º), los derechos agrarios (artículo 27) y los derechos laborales (artículo 123), en agregado a los derechos individuales o «derechos de primera generación» que ya venían desde la Carta de 1824² aunque en forma un tanto embrionaria, pero que fueron ampliamente extendidos y precisados en el texto liberal de 1857. De modo que cuando el presidente Venustiano Carranza³ publica el decreto que le había remitido el Congreso Constituyente, nace una nueva constitución con

* Docente-investigador en Derecho y Ciencia Política, en el Tecnológico de Monterrey, campus Ciudad de México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

¹ Capital del Estado del mismo nombre situado en la región conocida como El Bajío en el centro del territorio nacional.

² México ha tenido a lo largo de su historia constitucional tres constituciones federalistas, la de 1824, resultado de la independencia de España, la de 1857, del movimiento liberal de la Reforma en 1857 y la de 1917, de la Revolución de 1910.

³ Gobernador del estado nortero de Coahuila, se levantó en armas en el norte en 1913, con base en el Plan de Guadalupe, en contra del usurpador Victoriano Huerta quien derrocó al presidente constitucional Francisco I. Madero.

dos componentes: los derechos individuales y los derechos sociales en su parte dogmática.

En su parte orgánica prevalecieron los mismos órganos correspondientes a la división de poderes y al pacto federal, pero con una gran diferencia de la constitución de 1857: ahora el Poder Ejecutivo (no el Legislativo como en la anterior), salía más fortalecido. Este fue en breve, el modelo constitucional del México que se asomaba al siglo XX: un dualismo de derechos en la parte dogmática y un Ejecutivo fuerte en la parte orgánica.

La explicación del esquema constitucional anterior se encuentra fácilmente en los hechos que precedieron y rodearon a la convocatoria y sesión del Congreso Constituyente en 1916: una cruenta revolución en contra de la dictadura de Porfirio Díaz prolongada por 30 años desde fines del siglo XIX a principios del XX. Si bien el inicio del levantamiento armado tuvo un significado liberal con Francisco I. Madero⁴ a quién sobre todo le interesaba terminar con la dictadura y fincar una democracia bajo el grito de sufragio efectivo, no reelección!, pronto se fue llenando con un sentido social producto de la participación de los campesinos en la lucha con Emiliano Zapata en el sur y Francisco Villa⁵ en el norte de la República, así como las huelgas obreras de Cananea y Río Blanco⁶. Lo que comenzó como un movimiento a favor de la libertad y la democracia, concluyó hacia 1916, como un movimiento en contra de la injusticia social, y por lo tanto a favor, si no de la igualdad, por lo menos de la equidad.

Los constituyentes tomaron ambos elementos, el liberal y el social y los incorporaron en su producto constitucional. Para la defensa del pri-

⁴ Empresario y político mexicano de Parras, Coahuila inició la Revolución de 1910 y llegó a ser Residente de México, fue derrocado y asesinado por un golpe de Estado de Victoriano Huerta.

⁵ Francisco Villa fue el nombre adoptado por Doroteo Arango Arámbula, nacido en el Estado de Durango fue el Jefe de la División del Norte durante la Revolución. Emiliano Zapata nació en San Miguel Anenecuilco en el estado de Morelos muy cerca de la capital, fue el caudillo del sur, impulsor de la reforma agraria, bajo el Plan de Ayala para el reparto y la dotación de tierras a los campesinos.

⁶ Fueron dos rebeliones obreras precursoras de la Revolución Mexicana, la de Cananea estalló en 1906 en una mina de cobre en el estado de Sonora en el norte fronteriza con los EUA y la de Río Blanco en 1907 en una fábrica textil en el estado de Veracruz en la costa atlántica.

mero calcaron el juicio de amparo que Mariano Otero⁷ había introducido en la carta de 1857 sin mayores cambios. Pero el segundo elemento no sólo requería ser defendido mediante sus respectivos tribunales agrarios y laborales, sino sobre todo promovido a fin de hacer realidad que a los campesinos se les restituyera o dotara de tierras y a los obreros se les respetara su derecho de sindicalización y de huelga, entre otros, ambas postulados y conquistas de la Revolución de 1910.

En realidad a los constituyentes de 1916-17, estaban más preocupados por la justicia social que por la democracia. La mejor evidencia de esto es que en su obra, los derechos individuales, y dentro de ellos los derechos políticos, no sufrieron cambios significativos respecto de la carta antecesora de 1857⁸, en cambio en la materia social, la innovación, como se señaló anteriormente, fue total.

Así inicio su vida la Constitución de 1917 en los albores del siglo XX. Sin embargo, el segundo proceso de reforma, de los dos mencionados al inicio de este trabajo, que ha correspondido al Constituyente Permanente, cuya prolífica labor acumula ya más de 400 reformas en casi un siglo de vigencia, habría de ir transformando poco a poco el legado de los constituyentes originarios, en dos momentos y en dos sentidos diferentes, dando como resultado el dualismo constitucional actual, cuyo germen, como se ha visto, incubaron los primeros.

Los dos momentos pueden dividirse en dos periodos de casi cincuenta años cada uno. El primero abarca desde el inicio de la vigencia del texto constitucional en 1917 hasta los 70s, y el segundo de esa década a la actualidad. En el primero se acentúa una corriente que podríamos denominar como «estatista-social», y en el segundo la corriente «democrática-liberal».

Los elementos característicos de la primera son el fortalecimiento del Estado y dentro del mismo, del Ejecutivo Federal como garante de los derechos sociales recién inaugurados. Garante y promotor de los mismos. De los educativos expandiendo el sistema de educación laica y gratuita, desde preescolar hasta el grado universitario. De los agrarios me-

⁷ Diputado por Guadalajara, Jalisco al Congreso Constituyente de 1916-17.

⁸ Que los dejó a nivel de derechos políticos activos (votar), pasivos (ser votado) y de asociación política, pero la constitucionalización de los partidos políticos y del proceso electoral no se llevó a cabo sino hasta la reforma de 1979.

dian­te el reparto de tierras a los campesinos y de los laborales mediante la defensa de la sindicalización, el derechos de huelga y el contrato tanto individual como colectivo de trabajo. Es una etapa también durante la cual se transfieren a la Federación, facultades previamente reservadas a las entidades federativas. Es el apogeo del estatismo legitimado en el discurso del compromiso revolucionario con los grupos sociales desfavorecidos por el gobierno de Porfirio Díaz: los educandos, campesinos y obreros.

Los elementos de la segunda etapa corresponden al fortalecimiento de la democracia por medio de una serie de reformas que transformaron el sistema electoral, y con ello, el régimen de partido hegemónico-autoritario hacia una democracia hasta ahora todavía incipiente o «de baja intensidad»⁹. Se trata de un movimiento en dirección opuesta al primero, pues con éste, no se trata de fortalecer al Estado y a los distintos órganos de gobierno, sino a los derechos políticos del ciudadano y a sus diversas formas de participación en el gobierno, así como a los partidos políticos, a fin de poner término a un partido de Estado o Estado de un partido hegemónico, sustituyéndolo por un Estado de partidos¹⁰. También como una medida de corte liberal, en este periodo se reconocen a los derechos comunitarios, denominados «derechos de tercera generación» con las reformas a los artículos 1 y 2¹¹ constitucional en el año 2001.

En los albores del siglo XXI, y a unos años de celebrar el centenario de la Constitución de 1917, contamos ahora con dos constituciones en una, o si se prefiere un dualismo constitucional: la constitución social con fuerte peso estatal y la constitución liberal con cierto peso ciudadano. La pregunta ahora es si concluidos los dos procesos, son viables ambos componentes en uno y el mismo texto, si pueden o no convivir armónicamente sin que uno pese más que el otro al punto de amenazar con su desplazamiento, lo que en el fondo plantea el problema de la composi-

⁹ Término acuñado por el politólogo H.J. PUHLE en *The Politics of Democratic Consolidation Southern Europe in Comparative Perspective*, John Hopkins University Press, 1995, p. XI.

¹⁰ Ver H. KELSEN, *Esencia y Valor de la Democracia*, Editora Nacional, México, 1974.

¹¹ En el artículo 1º se reconoció el derecho a la no discriminación y en el 2º los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas.

ción constitucional idónea, y finalmente, cuál es la perspectiva de este dualismo para el siglo XXI.

2. — La presencia de dos o más elementos aparentemente disímbolos, diferentes o contradictorios en uno y el mismo texto constitucional es un problema ya estudiado por la filosofía política desde hace siglos. Tantos como la antigüedad clásica griega que adquiere presencia histórica con el pensamiento de Platón y Aristóteles, en los siglos V y IV a de C.

El primero dejó asentado en su tratado *La República o de lo Justo*¹² que el gobierno perfecto era una polis rígidamente estructurada, en donde el pueblo consistía en los productores y comerciantes, el orden se mantenía por los guardianes y finalmente el gobierno correspondía al filósofo-rey. En este Estado no cabían elementos disímbolos o diferentes en la composición del gobierno. El criterio autoritario lo dominaba por completo, por lo que resultaba impensable una mezcla constitucional que incluyese otros elementos diferentes de aquél. Sin embargo, después de una muy amarga experiencia en Siracusa¹³, en la isla de Sicilia, a donde había sido invitado para poner en práctica su teoría del estado justo con el tirano Dionisio, Platón reflexionó y alteró su teoría original al ver que resultaba imposible educar a un gobernante autocrático, precisamente por el excesivo poder que tenía y que le impedía acceder al conocimiento del BIEN que sólo proporcionaba la filosofía. De ahí concluyó que era necesario limitarlo, y en su tratado de vejez, *Las Leyes*¹⁴, introduce la figura del legislador como contrapeso al gobierno de un solo hombre. Así, al final de su vida pensó que la mejor constitución era una constitución mixta que reuniera dos elementos no sólo diferentes sino hasta opuestos o contradictorios: la monarquía y la democracia. El primero lo tomó de Persia y el segundo de Atenas. Pero independientemente de la validez de la nueva teoría platónica, lo importante es que por vez pri-

¹² PLATÓN, *Los Diálogos*, Editorial Porrúa, en colección *Sepan Cuantos ...*, México D.F. 2000, Libro V.

¹³ Ver PLATÓN, *Carta Séptima*, en *Cartas*, Ediciones Akal, Madrid, España, 1993, en donde narra su experiencia en Siracusa y el fracaso de intentar convertir a Dionisio en filósofo-rey.

¹⁴ PLATÓN, *Las Leyes*, Editorial Porrúa, en colección *Sepan Cuantos ...*, México D.F.

mera se pensó que la constitución de un estado podía integrarse con dos componentes distintos, y tan diferentes que incluso podrían ser opuestos.

Aristóteles no solo aceptaría la teoría de la constitución mixta de su maestro Platón, sino que incluso la llevó a nuevos y mayores desarrollos. En su tratado, *La Política*¹⁵, desarrolla un nuevo dualismo en la teoría constitucional. Por un lado expone su teoría de las seis constituciones, tres puras o perfectas y tres impuras o imperfectas, degeneraciones de las primeras. Estas eran la monarquía, la aristocracia y la poliarquía, entendidas con un doble criterio cuantitativo y cualitativo como el gobierno de uno para el bien de todos, el de pocos para el bien de muchos y el de muchos para el bien de todos. Las tres formas degeneradas eran la tiranía, gobierno de uno para beneficio de él mismo, la oligarquía gobierno de pocos y ricos para beneficio de ellos mismos y la democracia, gobierno de muchos en detrimento de todos. Hasta aquí Aristóteles no concibe una combinación posible de estos seis elementos. Por el contrario, introduce la idea del ciclo constitucional según la cuál una forma constitucional pura era sustituida cíclicamente por otra impura y así sucesivamente hasta agotar los seis tipos y comenzar de nuevo.

Paradójicamente en el mismo texto, *La Política*, Aristóteles introduce otra teoría de la constitución mixta según la cual el tipo ideal era una mezcla de monarquía, oligarquía y democracia. En este esquema se advierte una combinación no sólo de dos, sino hasta tres elementos, el primero de los cuáles pertenece a la tríada de constituciones puras y los otros dos a la de las impuras. Combina al gobierno de uno para el bien de todos (monarquía) con el gobierno de los pocos ricos, para su propio beneficio (oligarquía) y con la democracia que tanto detestaba.

Al igual que la teoría de la constitución mixta de Platón, Aristóteles la retoma y conduce a un grado de desarrollo mayor al introducir un elemento más al dualismo platónico (monarquía-democracia), con lo que se consolida la idea de que sí es factible combinar varios elementos, no solo diferentes, sino hasta disímbolos y contradictorios. De aquí surgiría

¹⁵ ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Porrúa, en colección *Sean Cuantos ...*, México D.F. 2000. Es importante leer el Libro III, pp. 197-219, en relación con el Libro IV, pp. 220-241 para comprender el dualismo constitucional de este pensador.

con Polibio¹⁶ la tesis de que al mezclar los elementos distintos se conseguiría un mecanismo de pesos y contrapesos que daría equilibrio a la República, solo que sustituyendo el elemento oligárquico por el aristocrático y manteniendo a la monarquía y la democracia. De esta manera Polibio identificó a la monarquía con el consulado romano, a la aristocracia con el Senado y a la democracia con los comicios.

En el Renacimiento es principalmente Maquiavelo quien retoma la estafeta de la teoría de la constitución mixta y en su célebre *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*¹⁷ sigue a Polibio, primero criticando la idea del cambio cíclico de las constituciones de Aristóteles, y después buscando el equilibrio del poder por medio de la constitución mixta compuesta de tres elementos: monarquía, aristocracia y democracia, identificados respectivamente con las figuras del rey, el senado y los plebeyos, pero agregando que el conflicto entre patricios y plebeyos como clases antagónicas, no sólo es natural sino positivo para la libertad de la República pues así se evita la dominación de una clase sobre otra y con ello la pérdida de la libertad de la clase sometida¹⁸.

En síntesis, hacia el siglo XV, ya había cobrado completa aceptación teórico-práctica la idea de la constitución mixta, esto es que la constitución recomendable es una combinación de componentes diferentes y hasta opuestos, cuya diversidad resulta muy útil para el sano equilibrio y con ello la longevidad de la República.

Las revoluciones norteamericana y sobretodo la francesa del siglo XVIII, alteraron el sentido del equilibrio clásico constitucional al vincularlo con los derechos del hombre y del ciudadano y particularmente su derecho a ser libre. Para tales efectos fue Montesquieu el filósofo quien, basado en la constitución inglesa y el Tratado del Gobierno Civil de John Locke, condujo la idea de la mezcla constitucional a la necesidad de la división de los poderes o funciones del Estado, de tal suerte que:

¹⁶ Historiador griego (200 a. de C a 118 a. de C) desarrolló la teoría de las seis constituciones de ARISTÓTELES en el Libro VII de sus *Historias* aplicándola a la constitución de la República de Roma, tuvo una gran influencia durante el Renacimiento en el pensamiento de Nicolás Maquiavelo.

¹⁷ N. MAQUIAVELO, *Obras Políticas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 1971, pp. 55-300.

¹⁸ Véase mi libro *De súbditos a ciudadanos*, Editorial Miguel Angel Porrúa, México D.F., pp. 31-40.

*Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares*¹⁹.

El gran mérito de Montesquieu consistió en retomar el principio de la mixtura constitucional, ya previamente aceptado por la filosofía política, y convertirlo en el principio de la partición de poderes y funciones de uno y el mismo Estado para conseguir la tan deseada moderación política entre el despotismo y la democracia²⁰. De esta manera el elemento monárquico se convertía en el ejecutivo, el aristocrático en el legislativo y el democrático en el judicial. Este último derivado de los tribunales de la antigua Atenas que, como el que juzgó a Sócrates eran muy numerosos e integrados por los ciudadanos²¹. La reminiscencia de este principio democrático en la jurisdicción se encuentra hoy en día en los jurados populares integrados por simples ciudadanos, para quienes resulta obligatorio y debe ser gratuito, juzgar a sus propios pares.

El principio de la división de poderes se convirtió en el canon de las constituciones modernas de tal suerte que, como lo indicó La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 16: *Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*.

Sin embargo ya entrado el siglo XX, las nuevas amenazas a la libertad individual sobretodo provenientes del totalitarismo, tornaron insuficiente para su defensa, la sola partición del poder que había propuesto Montesquieu y que la teoría constitucional moderna define como «controles horizontales» porque se dan entre los órganos del Estado (inter-orgánicos) o bien dentro de cada uno de ellos mismos (intra-orgánicos). Fue necesario introducir lo que Karl Loewenstein²² denomina como «controles verticales» que derivan de la relación entre el Estado y la so-

¹⁹ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Editorial Porrúa, en colección *Sepan Cuantos ...*, México D.F. 1977, p. 104.

²⁰ Véase H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México D.F. 1965, p. 335.

²¹ En el juicio de Sócrates fueron más de 500 ciudadanos atenienses quienes resolvieron sobre su sentencia de muerte bebiendo la cicuta.

²² K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, colección Demos, Barcelona, 1976, p. 353 ss.

ciudad, tales como el federalismo, los derechos individuales y las garantías fundamentales, y el pluralismo.

Hoy en día ya nadie pone en duda una composición plural en una constitución tanto en la parte orgánica que se refiere a la división de poderes y al mecanismo de pesos y contrapesos (*checks and balances*), o controles horizontales, como en la parte dogmática con la extensión de los derechos de primera (individuales), segunda (sociales) y tercera (colectivos) generación, o controles verticales. Los nuevos desarrollos constitucionales apuntan más bien en dos direcciones: a) las suficientes garantías para hacer efectivos esos derechos, y b) las nuevas formas o instrumentos de participación ciudadana tales como el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular y la revocación del mandato.

Estas dos direcciones son claramente indicativas del propósito de expandir el poder ciudadano frente al del Estado, no solo haciendo valer cada vez más derechos, como ahora los de tercera generación dirigidos a grupos altamente vulnerables, sino asegurando que esos derechos sean realmente efectivos y no solo declaraciones políticas insertas en la constitución, sino que cuenten con mecanismos operativos plenamente funcionales para su ejercicio. Pero además de asegurar derechos frente al enorme poder del Estado, el ciudadano también quiere participar en el gobierno de sus órganos, lo que en buena medida es indicativo de la crisis de la representación. Ya no se trata de limitarse a votar en las elecciones, sino de dar un paso adelante más, intervenir en los poderes constituidos. Ya no sólo elegir a los representantes sino también indicarles el sentido que se quiere dar a su representación, y en caso de fallar, depurarlos revocándoles el mandato. De esta manera las sociedades actuales, mejor informadas, más escolarizadas y educadas que sus antecesoras y con un control tecnológico, sobretodo de las comunicaciones, al alcance de la mano individual, se están acercando al esquema de la democracia directa que inventaron los griegos allá en el siglo V a. De C.

Pasemos ahora a analizar de qué manera se fue desarrollando el dualismo constitucional mexicano a lo largo de casi cien años a partir de 1917 hasta la fecha.

3. — La constitución de 1857 tenía 128 artículos de los cuales 46 (35.9%) fueron alterados mediante 61 reformas. La constitución de 1917

tiene 136 artículos, de los cuáles 98 (72%) han sido alterados mediante más de 400 reformas.

La Constitución de 1857 fue una constitución liberal. Su propósito fundamental consistió en salvaguardar los derechos individuales frente al Estado. Por eso la Constitución dotó al Poder Legislativo de mayores poderes que al Poder Ejecutivo. Por primera y única vez aquél fue unicameral²³ y por lo tanto no estuvo sujeto al sistema de pesos y contra pesos que representa el procedimiento normal entre las dos cámaras.

Contrariamente a la tendencia liberal de la constitución de 1857, la de 1917 fue marcadamente estatista. Un ejecutivo mucho más fuerte que su antecesor y un congreso bicameral, fue la fórmula que adoptó el congreso constituyente de 1916-17. Los derechos del hombre de la Constitución anterior, fueron sustituidos por las garantías individuales y sociales (estudiantes, campesino y trabajadores), lo que representó un gran cambio, ya que los derechos del hombre se establecen frente al Estado, mientras que las garantías requieren de un garante: el mismo Estado.

Otra tendencia reformadora en el siglo pasado fue hacia la centralización de facultades locales trasladadas a la federación. La lista de materias centralizadas es larga y variada. Incluye escuelas rurales, trabajo y seguridad social, industria eléctrica y cinematográfica, producción y consumo de cerveza, monumentos históricos, ecología, etc. Todas pasaron de la normatividad estatal a la de la federación y paradójicamente, con la aprobación de las legislaturas locales, de acuerdo a lo prescrito por el citado artículo 135 constitucional.

Estas dos tendencias empezaron a cambiar en los 70s, mediante diversas y sucesivas reformas constitucionales al sistema electoral²⁴ durante la transición de México de un régimen autoritario hacia un país democrático. La tendencia fue revertida mediante estas reformas por las cuales más derechos políticos fueron concedidos al ciudadano individual, junto

²³ Sobre el origen histórico y la naturaleza del único sistema unicameral que tuvo la historia constitucional de México, véase mi trabajo en el texto *1857-1917, legado constitucional*, publicado por Editorial Porrúa, México D.F. 2008.

²⁴ En total siete reformas entre 1979 y 2008 por las cuales se transformó el sistema electoral mexicano, de una representación hegemónica que descansaba prácticamente en un solo partido, a otra plural y mixta que conjuga los principios de mayoría y de representación proporcional tanto en la Cámara de Diputados como de Senadores.

con menos intervención estatal en la organización y supervisión de las elecciones. La dinámica de la reforma constitucional se distanció del intervencionismo estatal hacia los derechos de los partidos políticos, del ciudadano y del individuo, incluyendo los derechos humanos durante los 80s.

La nueva tendencia fue completada hacia fines del siglo pasado, cuando la organización de las elecciones fue liberada de cualquier forma de intervención estatal y se estructuró cien por ciento como una responsabilidad ciudadana en el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y plenamente autónomo respecto de cualquier otro poder del Estado.

En las últimas reformas constitucionales, a partir del año 2000, se ha mantenido la tendencia liberal democrática. La única reforma constitucional del presidente Fox, que consiguió la aprobación del Congreso Constituyente Permanente, fue la antes mencionada reforma de derechos y cultura indígena promulgada en agosto del 2001.

Durante la administración del presidente Felipe Calderón se han aprobado dos reformas constitucionales. Una mediante inactiva presidencial sobre seguridad y justicia, la otra por iniciativa de los legisladores ordinarios en materia electoral. El principal objetivo de la segunda, fue moderar los tiempos de campañas y gastos de los partidos para su propaganda en medios electrónicos de comunicación social de tal suerte que el ciudadano-electoral no se sienta avasallado por los partidos políticos.

La reforma sobre seguridad y justicia tuvo dos componentes: fortalecer al Ministerio Público y a las policías para contar con mejores instrumentos en su lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado, lo que representaría un contrasentido a la tendencia democrática-liberal, ya que de esa manera se fortalece el poder del Estado en la materia penal.

Afortunadamente el segundo componente compensó al primero, pues se introduce en el texto constitucional el sistema de justicia acusatorio-oral²⁵ en sustitución del inquisitivo-escrito todavía en práctica. De esta manera, se disminuye significativamente el abuso estatal en el juicio penal ya que se establecen una serie de derechos a favor del acusado o

²⁵ Fundamentalmente en el artículo 20 constitucional.

indiciado y de la víctima, que lo sitúan en un plano de igualdad frente al fiscal, ambos ante un juez imparcial. Ahora con la reforma, éste debe estar presente en todas las audiencias públicas y no haber participado en la parte del procedimiento en la que se finca la presunta responsabilidad y se vincula al acusado al proceso.

Esta reforma que tiene un alcance nacional, tanto federal como estatal, y una *vacatio legis* de hasta ocho años a partir de junio del año 2008, representaría un triunfo de la democracia liberal en el ámbito de la jurisdicción cuando se haya logrado implementar efectiva y exitosamente, gracias a la práctica del debido proceso legal (*due process of law*), la publicidad y transparencia que son algunas de las características del mismo.

Ahora bien, tan importante es consignar derechos en la constitución como garantizar su pleno ejercicio por sus destinatarios. Un derecho sustantivo sin su medio adjetivo para reclamarlo equivale a una declaración política o un principio moral inscrito en la constitución, pero sin eficacia práctica y consecuencias jurídicas. Por ello es importante analizar, hasta que punto todos los derechos de tres generaciones cuentan con sus respectivas garantías como lo exige el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, antes transcrita.

4. — El texto de este apartado está tomado de mi artículo *Los Inasibles Derechos Sociales* publicado por la revista NEXOS en su número 342 de junio del 2006, pgs. 55 a 58: «En nuestra historia constitucional los derechos conferidos por la Constitución a los ciudadanos no siempre han ido acompañados de los medios jurisdiccionales necesarios para su protección, ejercicio y defensa. Esto es consecuencia, en parte, de una comprensión limitada de la teoría jurídica que no se aplica de manera integral. La preocupación por el derecho sustantivo (contenido) desplaza a un segundo plano al derecho adjetivo (procedimiento). Esta visión provoca el error de creer que tan sólo con consignar cualquier tipo de derecho o garantía en favor de un titular, automáticamente se aplica o adquiere vigencia, por el solo hecho de estar en la Constitución o en la ley. Pero así no funciona el derecho. Por ello es indispensable que cualquier prerrogativa ciudadana vaya necesariamente acompañada del instrumento jurisdiccional para hacerla efectiva. De lo contrario es un derecho muerto».

Ya el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, del 31 de enero de 1824, que establecía la independencia de España, indicaba en su artículo 30 que «*La nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano*», sin mencionar cuáles serían éstos y mucho menos los medios para su defensa. En la Constitución de 1824, en la sección séptima, artículos 146 al 156 se instituyeron los derechos del detenido o indiciado, sobre todo de carácter procesal y la prohibición de penas infamantes, pero de nuevo su aplicación quedaba a la discrecionalidad de los jueces.

-La protección de los derechos individuales

No es sino hasta la Constitución de 1857 cuando, gracias al legislador Mariano Otero, la regulación de los derechos del hombre en el título I, sección I, artículos 1 al 28 estuvieron acompañados de la institución del amparo, como el medio para su defensa.

En su voto particular sobre el Acta de Reformas de 1847, Mariano Otero les abrió paso con el siguiente argumento:

«Los ataques dados por los poderes de los Estados y por los mismos de la Federación a los particulares, cuentan entre nosotros por desgracia con numerosos ejemplares, como para que no sea sobremana urgente acompañar el restablecimiento de la Federación con una garantía suficiente para asegurar que no se repetirán más. Esa garantía sólo puede encontrarse en el Poder Judicial, protector nato de los derechos de los particulares y por esta razón el sólo conveniente».

Y más adelante agregaba:

«[...] yo no he vacilado en proponer al Congreso que eleve a grande altura el Poder Judicial de la Federación, dándole el derecho de proteger a todos los habitantes de la República en el goce de los derechos que les aseguren la Constitución y las leyes constitucionales contra todos los atentados del Ejecutivo o del Legislativo, ya de los Estados o de la Unión».

De esta manera, en su proyecto del Acta de Reformas incluyó un artículo 19 que decía:

«Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de ley o acto que lo motivare».

Con ese lenguaje directo y preciso fue aprobado el proyecto en el Acta Constitutiva y de Reformas del 18 de mayo de 1847, en el artículo 25. Así nació el amparo como el instrumento jurisdiccional de protección de los derechos de primera generación, o sea, los derechos individuales. Sin este instrumento, a disposición particular de los ciudadanos, todo el capítulo I de la Constitución, sobre los derechos del hombre, hubiese quedado en una mera declaración de buena voluntad política; en todo caso, de carácter moral, pero no en un auténtico derecho ejercido por el ciudadano frente al enorme poder del Estado.

En la Constitución de 1857 el amparo subsistió, envuelto en otro lenguaje, en el artículo 101, como facultad de los tribunales de la federación para resolver controversias «*por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales*». Por su parte, el 102 estableció los elementos constitutivos del amparo: a) a petición de parte agraviada; b) la sentencia sólo se ocupará de individuos particulares, limitándose a protegerlos en el caso especial que verse el proceso; c) sin hacer una declaración general sobre la ley o acto que la motivare.

En la Constitución de 1917 se siguió el mismo esquema que en la de 57. En el artículo 103 se estableció la competencia de los tribunales federales para resolver controversias que se susciten por leyes o actos de autoridad que vulneren las garantías individuales, y en el 107 se ampliaron las bases antes descritas del amparo, agregándose 12 fracciones que han sufrido a su vez 12 modificaciones, desde la reforma de 1951 hasta la de 1994.

De esta manera, el amparo protege a los derechos individuales o de primera generación. Se trata de una protección completamente individualizada a la persona que presenta la queja ante el tribunal, y la sentencia no puede anular erga omnes (con efectos generales) a la ley o acto reclamado, sino sólo para el quejoso que obtiene el amparo y protección de la justicia federal.

-La protección de los derechos sociales

También llamados derechos de segunda generación, son aquellos que se confieren no ya a los individuos considerados de manera aislada, sino al grupo social al que pertenecen o del cual son miembros, por ejemplo, los derechos sobre la tierra colectiva y los derechos laborales, que se otorgaron respectivamente a los núcleos de población ejidal o comunal en un caso, y a los sindicatos en el otro.

De esta manera, por primera vez en la historia mundial del constitucionalismo las garantías individuales habrían de convivir con las garantías sociales. Sin embargo, a diferencia de las primeras para las que se estableció un solo instrumento de protección jurisdiccional, el amparo, para los segundos se diseñó una fórmula distinta: un mecanismo de protección ad hoc, hecho a la medida de cada categoría social; uno para los campesinos y otro para los obreros.

El artículo 27 constitucional en la fracción VII reconoció: «[...] *la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas*».

El instrumento dispuesto para la protección de estos derechos sociales es el Tribunal Agrario, que tiene competencia federal para resolver todas las cuestiones relacionadas con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades. Se trata de un órgano autónomo y de plena jurisdicción integrado «*por magistrados propuestos por el Ejecutivo Federal y designados por la Cámara de Senadores*». Adicionalmente, la justicia agraria, cuyo objeto es «*garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad*», cuenta con una procuraduría de justicia agraria para investigar y, eventualmente, consignar aquellos hechos o conductas que puedan tipificar un delito agrario (art. 27 frac. XIX).

En el caso de los derechos sociales de los obreros, que la Constitución confiere en las fracciones A y B del artículo 123, se siguió un esquema similar al del grupo social antes referido. En primer lugar, se estableció el principio de que «*toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, y el Congreso deberá expedir las leyes sobre el trabajo tanto para los trabajadores de la empresa privada como del Estado*». Además de los derechos conferidos al trabajador de manera individual (jornada de trabajo, descanso, salario mínimo, participación en las utilidades de las empresas, vivienda, capacitación, seguridad social, etcétera) se reconoce la personalidad jurídica de los sindicatos y el derecho de huelga.

El instrumento de protección de estos derechos sociales es el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, el Consejo de la Judicatura Federal para los servidores del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia para sus propios empleados.

Los tribunales agrarios y los laborales son los mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos de segunda generación, respectivamente de los trabajadores y obreros.

-La protección de los derechos humanos

Con base en el artículo 102, fracción B de la Constitución, también los derechos humanos cuentan con su instrumento de protección *«en contra de actos u omisiones de materia administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos»*. Se trata de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de las comisiones locales creadas por las legislaturas de los estados.

-La protección de los derechos colectivos

En el contexto del fenómeno global de la democratización del último cuarto del siglo pasado e inicios del presente, surge en el mundo y en México un movimiento que busca el reconocimiento, en adición a los derechos humanos antes referidos, de una serie de derechos íntimamente relacionados con la situación específica, formas de ser y de comportamiento de individuos que integran minorías, y que por lo mismo tienen un alto grado de vulnerabilidad social. Se trata de los «derechos colectivos», también llamados «de tercera generación», por medio de los cuales se busca evitar la desigualdad que crea la discriminación de las personas que se encuentran en esa condición social, por su relación con las mayorías.

También se les conoce como «derechos diferenciales», porque pretenden el reconocimiento del principio de la diferencia como eje de la convivencia social.

Mediante la reforma de agosto del año 2001 a los artículos primero y segundo de nuestra constitución, se consignaron los derechos colectivos o de tercera generación en nuestra carta magna. En el artículo 1º se estableció el derecho a la no discriminación en los siguientes términos: *«Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas»*.

Hay que destacar dos elementos importantes de esta definición: 1) la

discriminación no tiene un carácter limitativo, sólo referido a las categorías referidas en el texto constitucional, incluidas de manera ejemplificativa. Lo importante es que se prohíbe cualquier forma de discriminación que «*atente contra la dignidad humana [...] y, 2) desde el momento en que se omitió la referencia a la autoridad estatal como único y potencial agente discriminador, la protección se abrió también a la discriminación entre particulares, a diferencia del amparo, sólo aplicable a los actos de autoridad que violen las garantías individuales.*

De esta manera, tales derechos de tercera generación adquieren una universalidad que sus antecesores no tienen.

Por lo que se refiere a la reforma al artículo 2 constitucional, como se indicó anteriormente, se reconoció el derecho de autonomía y libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, a fin de preservar y fortalecer su específica identidad social y cultural, en los términos de las fracciones I a VIII del inciso A.

¿Cuál es el mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos colectivos o de tercera generación, equivalente a lo que el amparo hace para los de primera y la justicia agraria y laboral para los de segunda generación?

En el caso del derecho de la no discriminación la ley reglamentaria del artículo 1° constitucional, denominada Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), del 11 de junio del año 2003, estableció el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación como «*un organismo descentralizado, sectorizado a la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonios propios. Para el desarrollo de sus atribuciones, el Consejo gozará de autonomía técnica y de gestión; de igual manera, para dictar la resolución en términos de la presente ley que se formule en los procedimientos de reclamación o queja, el Consejo no estará subordinado a autoridad alguna y adoptará sus medidas con plena independencia.*».

Se trata, más bien, de un órgano administrativo y no de plena jurisdicción, encargado de realizar una acción promotora de la cultura en contra de la discriminación. Funciona también para tutelar los derechos fundamentales de los grupos en situación de vulnerabilidad, mediante facultades de asesoría, defensoría, coadyuvancia y conciliación, así como medidas administrativas que permitan proteger a las personas que sufren discriminación.

Sin embargo, las conductas discriminatorias determinadas en 29 fracciones en el artículo 9 de la LFPED carecen de un instrumento que haga efectiva la prohibición contenida al inicio de este precepto, entendida como *«toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades»*. El procedimiento de queja que se sigue ante el Consejo no tiene un efecto jurídicamente vinculatorio, con lo cual la protección de estos derechos fundamentales queda desprovista de toda la fuerza que sólo podría darle el derecho.

El caso de la desprotección jurisdiccional de los derechos colectivos indígenas que reconoció el artículo 2º constitucional es igualmente alarmante debido a una importante omisión: la reforma a este precepto no estableció los medios jurisdiccionales para defender los derechos autonómicos en caso de que sean violados por cualquier autoridad federal o local. El amparo conserva la marca de Mariano Otero de corte individualista.

En la fracción II del artículo 107 constitucional claramente se estableció que la sentencia sólo se ocupa de *«individuos particulares»* y *«sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que lo motivara»*. En el caso de los pueblos y/o comunidades indígenas se trata de entes colectivos cuyos derechos autonómicos podrían ser afectados por una ley o acto de autoridad que requerirían ser invalidados mediante una sentencia con efectos erga omnes (efectos generales). Para protegerlos es necesario una reforma a la institución individualista del amparo a efecto de establecer el amparo colectivo, para los derechos fundamentales o de tercera generación, pertenecientes a individuos o grupos de alta vulnerabilidad social entre los que figuran los propios indígenas.

En el derecho comparado podemos encontrar en la legislación norteamericana las llamadas *class actions*, en la canadiense le *recours collective*, en la brasileña o el derecho difuso, que son instituciones procesales por medio de las cuales se legitima a un miembro de un grupo o colectividad para que sin un mandato expreso actúe en representación de todos en defensa de los derechos colectivos.

En el derecho internacional también se cuenta con mecanismos de jurisdicción internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la defensa de los derechos de tercera generación.

Los derechos o garantías individuales tienen en el amparo su principal arma protectora. Los derechos sociales en los tribunales agrarios y laborales, ante los cuales el campesino o el núcleo de población ejidal o comunal en el primer caso, y los trabajadores y sus sindicatos en el segundo, pueden hacer valer sus derechos.

Es lamentable que los ciudadanos que pertenecen a grupos o comunidades que, por su condición minoritaria, viven en la amenaza y riesgo de la mayor vulnerabilidad social, no cuenten con los medios e instrumentos de jurisdicción que protejan sus derechos colectivos en el orden jurídico nacional. Esta es una verdadera asignatura pendiente de la sociedad civil y del Estado mexicano, si es que en verdad se aspira a terminar con una grave injusticia: que el más débil esté desprotegido en sus derechos fundamentales.

-A manera de conclusión

La persistencia del dualismo constitucional mexicano, esto es, la cohabitación de un componente estatal social con otro democrático liberal, no representa en realidad un grave problema o inconveniente para el buen funcionamiento del sistema constitucional en su conjunto. Como se ha visto, en una etapa del desarrollo constitucional de México prevaleció el primero y ahora la tendencia es a dar mayor atención al segundo, pero no han resultado en modo alguno excluyentes entre sí.

Los tres diferentes tipos de derechos, de primera, segunda y tercera generación establecidos en la parte dogmática no tienen por qué ser antagónicos o subordinados unos a otros, siempre y cuando cada uno de ellos cuente con su medio adecuado de defensa o garantía propio.

Ese es el caso para los derechos individuales mediante el amparo, de los derechos políticos mediante el sistema de medios de impugnación ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los derechos sociales con los respectivos medios de defensa de los derechos agrarios y laborales.

No es sin embargo el caso de los derechos de tercera generación como los derechos indígenas o los de no discriminación, que necesitarían contar con el amparo colectivo o bien un tribunal especializado en la materia al alcance del ciudadano afectado en sus derechos, pero que se encuentre dotado de la fuerza coercitiva o vinculante del derecho. Lo mismo puede decirse de los derechos humanos.

En adición a los faltantes antes mencionados del sistema constitucional de protección de derechos, otro camino indispensable por recorrer, sobre todo frente a un gran reclamo de la sociedad civil, que descontenta con su sistema de representación nacional y el desempeño de los partidos políticos, de manera muy especial en las pasadas dos elecciones, es el de acrecentar los derechos de participación ciudadana para tener mayor y mejor acceso a la gobernación de su país.

Mecanismos como el referéndum, el plebiscito, y otras formas de consulta ciudadana, la iniciativa popular, la reelección de los legisladores, y la revocación del mandato ya están y seguirán estando en la agenda del debate nacional como una clara demostración del creciente poder ciudadano frente al del Estado.

Esta es la perspectiva que ofrece el dualismo constitucional mexicano. Si las necesarias reformas antes expuestas llegan a consumarse en un tiempo relativamente corto, los dos componentes de nuestra constitución entrarían en una etapa de equilibrio moderado entre la tendencia natural de todo Estado a acrecentar su poder, y la resistencia ciudadana no solo para contenerlo mediante el ejercicio efectivo de sus derechos, sino incluso para encauzarlo por la senda de una democracia sólida y madura.

JUAN RAMÍREZ MARÍN*

ORDENAMIENTO TERRITORIAL TRICOLOR

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Datos preliminares. — 3. Geografía mexicana. — 4. Geografía italiana. — 5. México en 1917. — 6. Italia en la posguerra. — 7. Sistema político mexicano. — 8. Sistema político italiano. — 9. Ordenamiento territorial. — 10. El fenómeno urbano. — 11. Principales ciudades. — 12. El fenómeno metropolitano. — 13. Palabras finales.

1. — Para comenzar debo decir que desafortunadamente la vida no me ha permitido, hasta hoy, pisar el atrayente suelo italiano. Sin embargo, en este mundo globalizado en el que vivimos, resulta fácil conocer, así sea en películas, fotos, Internet, etc., algunas características de cualquier país que a uno le interese.

Así que cuando me comunicaron sobre la posibilidad de escribir para una revista de Derecho de la universidad de Perugia, de inmediato me vinieron a la mente, algunas de esas características de Italia (que siempre he querido conocer) que guarda mi memoria.

Desde luego pensé en los dos cursos de Derecho Romano que tomé en mi *alma mater*, la Facultad de Derecho de la UNAM, pero sentí escalofríos sólo de imaginarme tocando ese tema entre italianos, sería vágase la comparación, como tratar de venderle chiles a Clemente Jacques¹.

Después recordé a las italianas, que son preciosas mujeres; la pizza,

* Profesor de cátedra del TEC, Campus Ciudad de México. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac. Miembro del SIN, nivel 1. Autor de los libros: *Seguridad Pública y Constitución*; *Derecho, ¿para qué?* y *Problemas Jurídicos del Juicio a Cortés*, editados por Porrúa.

¹ En 1887 el empresario francés Clemente Jacques, después de importar y comercializar artículos tan diversos como el clásico juego de lotería, naipes, granos, semillas y alimentos enlatados, decidió instalar la primera fábrica procesadora de alimentos en México, que fue también la primera compañía en enlatar alimentos en América Latina, iniciando la industria de conservas con sus chiles jalapeños encurtidos y enlatados. Por eso se convirtió en un proverbio popular afirmar que nadie le podía vender chiles a Clemente Jacques.

que junto con las albóndigas en chipotle son mis platillos favoritos², el vino tinto siciliano, el Coliseo Romano y Leonardo da Vinci. Pero no se me ocurrió algo jurídico relacionado con ellos. Parecía que nada de lo que más me atraía de Italia, me inspirara un tema de derecho.

Pero después de otro rato de divagar, redescubrí que cualquier tema tiene aristas jurídicas. Así, al pensar en las bellas italianas, me vino a la cabeza el matrimonio (y se me acabó el entusiasmo); al imaginar una pizza, se me ocurrieron temas jurídicos de comercio exterior (además de algunas recetas dietéticas); el Nero de D'Avola me hizo evocar las denominaciones de origen, el Coliseo las normas de protección del patrimonio histórico y Leonardo las patentes y los derechos de autor.

No obstante, me quedé cavilando en algún tema que pudiera interesarnos por igual a italianos y mexicanos, para desarrollarlo en un artículo no muy extenso, no muy formal, ni demasiado pretencioso, tomando en cuenta que seguramente quien se atreva a leerlo, será mucho mejor jurista que quien esto escribe.

Así que decidí tratar de aprender un poco más de Italia y compararnos con ellos en algún aspecto de nuestra realidad jurídica, para ver en que podemos mejorar nosotros, sin ninguna otra pretensión adicional, que divertirme al hacerlo, pues a mi juicio el derecho no tiene porque ser pomposo y aburrido.

Se me ocurrió entonces que quizá fuera buena idea empezar por el suelo, que como afirma un proverbio popular mexicano, «es parejo pa todos».

De modo tal que en este trabajo realizaré una comparación entre Italia y México, desde el punto de vista de la ordenación territorial, es decir, cómo la constitución italiana y la mexicana ordenan jurídicamente el suelo del estado respectivo.

Finalmente debo comentar que como todos sabemos, las banderas de ambos países son prácticamente iguales, salvo por el escudo que a-

² Las albóndigas son bolitas de carne de res molida con perejil (hierbabuena o epazote), sal y pimienta, y un poco de sazónador, amasadas con huevo, para darles forma de bolitas, y en el centro huevo cocido o un poco de arroz, en caldo de jitomate, un poco de ajo y cebolla con chile chipotle. Se pueden acompañar con arroz a la mexicana (con jitomate y verduras), frijoles y tortillas (discos delgados de maíz que sustituyen al pan en la cocina mexicana) calientes.

dorna el centro de la mexicana. Esa similitud tricolor, una más de las que nos unen, me sirvió para jugar con las diferencias e igualdades en el título de este artículo.

2. — Para iniciar debiéramos darnos una idea de las similitudes y también de las diferencias entre ambos países, para lo cual veremos algunos datos, comenzando por las siguientes estadísticas del año 2008:

	México	Italia
Población	109'955,400	59'762,887
Lugar mundial por población	11	22
Tasa de crecimiento poblacional (%)	1.142	0.019
Esperanza de vida al nacer (años)	75.84	80.07
% de incidencia en población adulta SIDA	0.3	0.5
Índice de Desarrollo Humano	0.941 (lugar 20)	0.829 (lugar 52)
Tasa de alfabetización (%)	89.6	98
Superficie (km ²)	1'964,375	301,263
Lugar mundial por extensión territorial	14	69
Densidad de población (hab/km ²)	54	198
Fronteras (km)	4.301	1,932
Longitud de la línea de costa (km)	11,122	7,600
Tasa de crecimiento económico (%)	1.5	1.9
PIB (miles de millones de usd)	1,353	1,800
Tasa de inflación (%)	6.5	1.7
Deuda pública (% del PIB)	23.1	105.6
Balanza de cuenta corriente (usd)	-5'414,000,000	-57'940,000,000
Deuda externa (miles de millones de usd)	182	2,345
Electricidad consumo (miles de millones de kwh)	183.3	307.1
Producción petróleo (barriles diarios)	3'784,000	164,800
Teléfonos líneas terrestres en uso	19'861,000	25'049,000
Líneas móviles (celular)	57'016,000	71'500,000
No. de usuarios de Internet	22'000,000	28'855,000
Ferrocarriles (kms)	17,665	19,460
Carreteras (kms)	235,670	484,688
No. de buques de marina mercante	60	604

Aeropuertos	1,834	132
Presupuesto militar (% del PIB)	0.5	1.8

Como dato adicional, podríamos señalar que en términos de la riqueza producida por habitante en 2008, el país con más elevado PIB per cápita mundial fue Luxemburgo, con 80,800 usd, mientras Italia ocupó el lugar 38 con 31,000; México el lugar 83, con 12,500 usd y en último lugar quedó la República Democrática del Congo con 300 usd.

Finalmente, podríamos comentar que la selección de fútbol italiana, la *Squadra Azzurra*³, debutó en 1910 y ha sido una de las más exitosas del mundo (a diferencia de la mexicana). Ha ganado 4 Copas del Mundo (en 1934, 1938, 1982 y 2006); una menos que Brasil, el máximo ganador mundial; ha sido dos veces subcampeona del mundo (1970 y 1994); ganó la Eurocopa en 1968 y fue subcampeona europea en 2000; logró la medalla olímpica de oro (1936) y medalla olímpica de bronce en 1928 y 2004.

3. — Colinda al norte con EUA y al sur con Guatemala y Belice; la costa oriental bañada por el golfo de México y el mar Caribe; por el poniente, el litoral del océano Pacífico. Dos grandes cadenas montañosas dividen la topografía mexicana. Al oeste, paralela a la costa del Pacífico, la Sierra Madre Occidental, que se extiende 1,250 km desde la frontera con EUA a la desembocadura del río Lerma. La distancia que separa a esta cordillera de la costa del golfo de California es de máximo unos 300 km, en el norte de Sonora, que se contrae gradualmente hacia el sur, y en Nayarit alcanza su anchura mínima (unos 20 km con respecto al litoral del Pacífico).

Al este la Sierra Madre Oriental inicia cerca de la frontera con EUA y se extiende 1,350 km hacia el sur hasta el Escudo Mixteco y el Eje Neovolcánico. Comienza como una cadena de cerros bajos, que se eleva a medida que avanza hacia el sur. También corre paralela a la costa, aunque la distancia entre el Piemonte y la costa nunca es tan reducida como en el occidente.

³ El uniforme de la Selección Italiana es camiseta azul y pantalones blancos. La camiseta da a la Selección su nombre clásico: *Squadra Saura* y el color proviene del estandarte de la familia real de Saboya, reyes de Italia desde la unificación del país. Desde 2008, la camiseta, porta el «escudo del campeón mundial» otorgado por la FIFA.

Entre estas dos cadenas montañosas y el Eje Neovolcánico está la seca altiplanicie mexicana (altura promedio de 1,200 msnm), que incluye el desierto de Chihuahua y el Bolsón de Mapimí (*Comarca Lagunera*). Dividida en dos por pequeñas serranías (*Sierras Transversales*), Altiplano Norteño y Altiplano Sur, en este último se localiza el Bajío, rica región agrícola compartida por Guanajuato, Querétaro, Jalisco y Aguascalientes.

La Altiplanicie está limitada al sur por una cadena de volcanes (Eje Neovolcánico), que inicia en Nayarit, y corre al oriente, formando numerosos valles de tierras altas, entre ellos los de Toluca, México, y el Poblano-Tlaxcalteca, que alojan 24 millones de personas (poco menos del 25% de la población mexicana). En esta cordillera se localizan algunas de las mayores elevaciones del país: Pico de Orizaba, Popocatepetl, Iztaccíhuatl y Parícutín⁴.

Al sur del Eje Neovolcánico está la región más baja del país, en el cauce medio del río Balsas-Atoyac, de clima muy caluroso y vegetación subtropical, con abundantes recursos hídricos, rodeada por altas montañas y limitada al oriente, por el Escudo Mixteco (une a la Sierra Madre del Sur con el Eje Neovolcánico).

Entre la Depresión del Balsas y el océano Pacífico hay otra cadena montañosa, la Sierra Madre del Sur, casi al ras de la costa de Jalisco, Michoacán, Guerrero y concluye en el istmo de Tehuantepec. Está enlazada con la Cordillera Neovolcánica y la Sierra Madre Oriental por el Escudo Mixteco, uno de los puntos centrales y más antiguos de la orogenia mexicana.

Al oriente del Escudo Mixteco está la Sierra Madre de Oaxaca (Sierra de Juárez), de abrupto relieve, termina en el istmo de Tehuantepec, donde el golfo de México y el océano Pacífico se hallan a menor distancia en México. El istmo es interrumpido, de norte a sur, por la sierra Atravesada. Al oriente de ella está la sierra Madre de Chiapas y las serranías del Soconusco, que enmarcan la Mesa Central de Chiapas (unos 1,200 msnm) de clima frío, en zona tropical.

La planicie costera del Golfo es bastante más amplia que la del Pacífico. Comienza en el noreste de Coahuila y termina en Campeche (cuen-

⁴ El volcán más joven del mundo, que fue visto nacer por un campesino purépecha de Michoacán, y sepultó el pueblo de San Juan Parangaricutiro.

ca del río Candelaria), apenas interrumpida por la sierra de los Tuxtlas y las serranías de Tamaulipas, dividida en la llanura septentrional (norte del río Pánuco) y la meridional (Veracruz y Tabasco). Al oriente de la llanura tabasqueña, está la Plataforma de Yucatán, una extensa península de piedra caliza, que emergió del mar luego del impacto de un meteorito a final de la era mesozoica.

En el noroeste, entre la península de Baja California y el territorio continental está el golfo de California (Mar de Cortés), declarado patrimonio de la Humanidad. La península bajacaliforniana está atravesada de norte a sur por una cordillera.

Las enormes cadenas montañosas cercanas a las costas ocasionan que los ríos sean en general, cortos, innavegables y con un caudal relativamente modesto, especialmente en el Pacífico, en cuya vertiente, sin embargo, desembocan algunos de los ríos más largos del país. Los 42 ríos principales, pueden agruparse en tres vertientes. Occidental (Pacífico), Oriental (Golfo de México y mar Caribe), y una interior, con los ríos que no tienen salida al mar, ni desembocan en una cuenca con desagüe marino. Las cuencas hidrológicas se dividen en 33 regiones hidrológicas. Las más húmedas son Usumacinta-Grijalva, Papaloapan, Coatzacoalcos, y la Costa de Chiapas. Las más secas: El Vizcaíno, Magdalena y Laguna Salada, en Baja California; y la de Sonora.

Los ríos más caudalosos, pero relativamente cortos son el Usumacinta y el Grijalva, que desembocan en el golfo de México. El río Bravo, el más largo del país, es poco caudaloso. El sistema Lerma-Chapala-Santiago, riega una de las zonas más densamente pobladas. Los más importantes ríos vertiente interior, pero con escaso caudal son el Nazas y Aguanaval.

Existen numerosas y pequeñas cuencas lacustres, entre ellas las de Pátzcuaro y Cuitzeo (Michoacán). Formaba parte de este grupo el lago de Texcoco, abierto artificialmente hacia el río Tula, para desecar los más de mil km de superficie, en los que hoy se asienta la ciudad de México.

4. — Italia es un país de Europa del sur, que forma parte de la Unión Europea (UE). Su territorio consiste principalmente en una península alargada y dos grandes islas en el mar Mediterráneo: Sicilia y Cerdeña. Por el norte está bordeado por los Alpes, donde limita con Francia,

Suiza, Austria y Eslovenia. Los estados independientes de San Marino y Ciudad del Vaticano son enclaves dentro del territorio italiano.

El relieve geográfico de la península italiana presenta cuatro grandes unidades regionales:

- Sistema alpino; en este gran conjunto montañoso destacan las formaciones calcáreas de los Dolomitas (Marmolada, 3,342 msnm) y algunas de las principales cumbres de todo el sistema alpino: Monte Rosa (4,634 m) y Cervino (5,350 m). La región prealpina con largos valles y con numerosos lagos: Garda (370 km²), Mayor, Como, Iseo.
- llanura del Po; al sur de los Alpes y entre los Apeninos, se extiende la llanura del Po (el río más largo del país, con 652 km), que se abre al mar Adriático por el litoral noreste de Italia. El resto de llanuras italianas, aunque numerosas, son de escasa extensión, y se localizan preferentemente en el litoral tirrénico, formadas por importantes ríos (Arno, Tíber) o por llanuras costeras (Maremma, Agro Pontino).
- sector peninsular articulado por los Apeninos, la espina dorsal de la península italiana, se distinguen tres sectores: los Apeninos septentrionales, de menor altura (monte Cimone, 2,163 m); los Apeninos centrales (Abruzos), el techo de la cadena (Gran Sasso d'Italia, 2,914 m), y los Apeninos meridionales, con el monte Pollino (2,271 m). A ambas vertientes se extienden formaciones de colinas, denominadas Subapeninos (Antiapeninos), donde se elevan algunos volcanes (Vesubio).
- tierras insulares, en el extremo sur de la península Itálica, la isla de Sicilia, considerada una prolongación de los Apeninos, donde destacando el monte Etna (3,345 m), el volcán activo más alto de Europa. La isla de Cerdeña es también montañosa.

Los ríos italianos son bastante cortos, comparados con los de otras regiones europeas, debido a que Italia es una península estrecha, dividida por los Apeninos en dos vertientes opuestas, pero son muy numerosos gracias a la relativa abundancia de lluvias y a los Alpes, ricos en nevadas y glaciares.

5. — El Porfiriato fue el periodo de 35 años durante el cual gobernó México el general Porfirio Díaz: de 1876 (término del gobierno de Sebastián Lerdo de Tejada), con el intervalo del gobierno de Manuel González, (1880-1884), hasta mayo de 1911, en que renunció por la Revolución Mexicana encabezada por Francisco I. Madero. Fue un periodo de estabilidad y progreso económico, pero con severas desigualdades sociales.

En el Porfiriato se construyeron más de 19 mil kilómetros de vías férreas con inversión extranjera; el país quedó comunicado por la red telegráfica; se realizaron inversiones de capital extranjero y se impulsó la industria nacional.

A partir de 1893 se sanearon las finanzas, mejoró el crédito nacional, se organizó el sistema bancario y se captó inversión extranjera. Pero para 1910, el 85% de la tierra pertenecía a menos del 1% de la población. En el campo había hambre y miseria (que aun prevalecen en la actualidad).

Aunque Díaz reiteraba que el país ya se encontraba listo para la democracia, nunca quiso dejar el poder y en 1910, a los 80 años, presentó su candidatura para una nueva reelección. Francisco I. Madero convocó a la rebelión, que estalló el 20 de noviembre de ese año.

El 25 de mayo de 1911 Francisco León de la Barra, fue nombrado Presidente Interino y gobernó hasta el 6 de Noviembre, cuando Madero subió al poder, pero tuvo dificultades para realizar los cambios que había prometido; por lo que comenzaron a surgir grupos insurrectos en diversos lugares de la República.

A pesar de que las tropas federales apoyaban a Madero, algunos militares se comunicaron con los Generales Félix Díaz y Bernardo Reyes, entonces presos y organizaron una revuelta para establecer una junta revolucionaria. Los rebeldes se apoderaron de un recinto militar «la Ciudadela».

El Presidente Madero designó a Victoriano Huerta como comandante de la Plaza, para sitiar la ciudadela y aprehender a los rebeldes, pero en la lucha, del 9-19 de febrero de 1913 (Decena Trágica), Huerta se unió a los sublevados, aprehendió y asesinó a Madero, y al vicepresidente José María Pino Suárez.

Huerta usurpó el poder, pero la rebelión se propagó, encabezada por el Gobernador coahuilense, Venustiano Carranza, que lanzó el Plan de Guadalupe y formó el ejército «Constitucionalista». Las tropas rebeldes se dividieron en el Ejército del Noreste, mandado por el General Pablo González Garza; el Ejército del Norte, encabezado por Francisco Villa; y el del Noroeste, por Álvaro Obregón. Poco a poco las líneas de resistencia federales se fueron doblegando, mientras ardía el Sur con la Rebelión Zapatista.

El 15 de agosto de 1915, las fuerzas revolucionarias ocuparon la Capital, y Obregón quedó como autoridad principal. En octubre Carranza convocó a un Congreso Constituyente en Querétaro, que el 5 de febrero de 1917 promulgó una nueva Constitución, que siguió muchos principios de la de 1857, pero estableció algunos nuevos, sobre todo en materia de reforma agraria y laboral.

La derrota y asesinato de Carranza, el 21 de mayo de 1920 transfirió el poder a los dos generales más influyentes: Álvaro Obregón y Plutarco Elías Calles, que consolidaron las instituciones revolucionarias⁵.

6. — En abril de 1944, Víctor Manuel III anunció su decisión de retirarse y nombró a su hijo Humberto lugarteniente general del Reino, nombramiento que sería efectivo cuando las tropas aliadas entrasen en Roma.

El invierno estuvo marcado por grandes penalidades, especialmente las regiones devastadas por la retirada alemana. En el centro del país había pueblos incendiados, campos inundados, fábricas, vías férreas, estaciones eléctricas y puentes en estado ruinoso. Unas 800,000 has, estaban sin sembrar y los artículos de primera necesidad alcanzaban precios prohibitivos.

La ofensiva aliada final comenzó en abril de 1945 y a finales del mes el ejército alemán había sido derrotado. Mussolini, su amante, Clara Petacci, y varios oficiales cayeron en manos de los partisanos en una pequeña ciudad cercana al lago Como y tras un juicio sumarísimo, el 28 de abril fueron ejecutados.

El Ejército aliado liberó Roma el 4 de junio, el rey abdicó a favor de su hijo Humberto. Bonomi fue designado primer ministro y formó un gobierno de coalición, pero se vio forzado a dimitir tras la liberación del norte de Italia.

El nuevo gobierno encabezado por Ferruccio Parri, líder del Partido de Acción, no pudo enfrentar los problemas y en octubre se vio obligado a dimitir. El Comité decidió nombrar primer ministro a Alcide de Gasperi, líder de la Democracia Cristiana (PDC), que asumió el cargo el 9 de diciembre.

⁵ *Historia General de México*, Colmex, México, 2000, pp. 826-827.

Casi 25 millones de votantes (alrededor del 89% del total con derecho a voto, entre los que figuraron por primera vez las mujeres), participaron en el referéndum y en las elecciones celebradas el 2-3 de junio de 1946. El 54.3% votó por la república; así, el 10 de junio Italia se convirtió de facto en una república. Tres días después el rey Humberto abdicó y se estableció en Portugal⁶.

Las elecciones a la Asamblea Constituyente fueron ganadas por los democristianos, que obtuvieron 207 escaños. El PSI obtuvo 115 escaños, el Partido Comunista Italiano (PCI) 104 y los cuatro partidos minoritarios se repartieron los 117 escaños restantes. El 28 de junio Enrico de Nicola, del Partido Liberal, resultó elegido presidente provisional de la República. De Gasperi continuó en el cargo de presidente del Consejo.

A causa de la caótica situación económica, en las deliberaciones de la Asamblea Constituyente para aprobar al nuevo gobierno se agravaron las divergencias entre comunistas y democristianos. En las elecciones municipales (noviembre de 1946), los resultados reflejaron la pérdida de confianza en los democristianos, en favor de comunistas, socialistas y partidos de derecha.

La situación empeoró con las decisiones de las cuatro grandes potencias (Francia, Gran Bretaña, EUA y la URSS), en la Conferencia de Paz en París (julio de 1946), entre las que estuvieron la internacionalización de Trieste, la cesión de varios territorios, el pago de 100 millones de dólares de reparaciones a la URSS y otras adicionales a otras naciones víctimas del fascismo y que Gran Bretaña se hiciera cargo del gobierno del África Oriental Italiana.

A pesar de las protestas populares, el 10 de febrero de 1947 el acuerdo fue firmado; posteriormente, la Asamblea Constituyente lo ratificó con la abstención de comunistas y socialistas, y el 15 de septiembre entró en vigor. Las fuerzas de ocupación aliadas se retiraron del país poco después.

A comienzos de 1947, algunos miembros del PSI fundaron el Partido Socialista de los Trabajadores Italianos (luego Partido Socialista Democrático Italiano). El 15 de enero renunció Pietro Nenni, ministro de

⁶ Murió en la ciudad suiza de Ginebra en 1983.

Asuntos Exteriores y líder del grupo procomunista, lo que provocó la dimisión del gobierno.

De Gasperi formó un nuevo gobierno de coalición; sin embargo, las relaciones entre moderados y radicales se deterioraron rápidamente. El 1 de mayo una banda armada atacó una marcha comunista en Greci, Sicilia, y asesinó a ocho personas, lo que provocó una crisis. De Gasperi formó un nuevo gobierno integrado por democristianos y técnicos sin filiación política.

La Asamblea Constituyente redactó el proyecto de Constitución, aprobada el 22 de diciembre de 1947 por 453 votos a favor y 62 en contra, que entró en vigor el 1 de enero de 1948. La campaña electoral que siguió llevó al país al borde de la guerra civil. La coalición de izquierda, con apoyo de la Confederación General Italiana del Trabajo (CGIL), utilizó la huelga como instrumento político. Como represalia, el gobierno confiscó armas y municiones y llevó a cabo manifestaciones militares intimidatorias en algunas ciudades. El papa Pío XII aprobó la participación del clero italiano en actividades anticomunistas.

En las elecciones del 18-19 de abril los democristianos obtuvieron una mayoría del 49% y consiguieron 307 escaños en la Cámara de Diputados y 151 en el Senado. El 11 de mayo, Luigi Einaudi, candidato de los democristianos y los socialistas moderados se convirtió en presidente de la República y De Gasperi fue nombrado primer ministro.

El Plan Marshall propició la reconstrucción de la economía italiana, pero los comunistas convocaron huelgas para exigir incrementos salariales, que culminaron el 2 de julio con una huelga general de 12 horas. Durante dos semanas el país se sumergió en otra grave crisis provocada por el asesinato de Palmiro Togliatti, secretario general del PCI. La paz sólo pudo ser restablecida mediante la movilización de más de 300,000 soldados y policías.

En 1949, los comunistas se opusieron al ingreso de Italia en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). No obstante, De Gasperi firmó en Washington D. C. el tratado de adhesión el 4 de julio de ese año. El 21 de noviembre, la Asamblea General de la ONU adoptó una resolución que establecía los mecanismos para garantizar la independencia de la Somalia italiana, tras un periodo de diez años de gobierno italiano bajo la supervisión de la propia ONU. Aprobó la independencia

de Libia para el 1 de enero de 1952 y el estudio por parte de una comisión especial, del caso de Eritrea.

En julio de 1950 el gobierno anunció que el ejército italiano estaría compuesto por 250,000 hombres, según el límite impuesto por el tratado de paz, aunque posteriormente, los países occidentales no exigieron el cumplimiento de las restricciones sobre el rearme italiano.

En junio de 1952 el Parlamento ratificó el Plan Schuman para la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que más tarde se convertiría en la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea).

Los democristianos y sus aliados aprobaron en marzo de 1953 un proyecto de reforma electoral para asegurar que el partido gobernante pudiera contar con una mayoría suficiente en el Parlamento (el partido o coalición que hubiese obtenido en las elecciones el 50% o más de los votos ocuparía el 65% de los escaños en la Cámara de Diputados).

El 7 y 8 de junio se celebraron las elecciones. Los democristianos ganaron otra vez (40% de los votos). Los comunistas quedaron en segundo lugar (22.6%). Giuseppe Pella, ex ministro de Hacienda, sucedió a De Gasperi como primer ministro. No obstante, las diferencias entre los distintos partidos provocaron la caída de varios gobiernos en los dos siguientes años.

7. — En 1929 inició el origen del actual sistema político y terminó en 2000, con la elección de un presidente de oposición. Hoy se encuentra en una transición democrática con rasgos del pasado. El siglo 20 da la impresión de un país con estabilidad política a partir de los años 1930-40. Pero esos 70 años fueron producto de una severa turbulencia: la Revolución de 1910. También la paz política de finales del siglo 19 había sido posterior al desorden de la Independencia (1821). La historia mexicana alterna períodos de anarquía y lucha con épocas de estabilidad autoritaria desde el inicio del Imperio Azteca. Más del 86% de ese tiempo, la nación ha sido regida por regímenes sin contrapesos y sólo 2-3% bajo un gobierno que pudiera llamarse democrático, por eso Enrique Krauze escribió⁷:

⁷ Periódico *Reforma*, columna del 10 de septiembre de 2006.

En los 681 años transcurridos desde la fundación del imperio azteca (1325 d. C.) hasta nuestros días, México ha vivido 196 bajo una teocracia indígena, 289 bajo la monarquía absoluta de España, 106 bajo dictaduras personales o de partido, 68 años sumido en guerras civiles o revoluciones, y sólo 22 años en democracia⁸.

La política mexicana ha implicado la concentración del poder en una persona o grupo. Ni ley, ni división de poderes, ni igualdad; la sociedad es jerárquica. Pero a partir del siglo XIX el sistema político mexicano ha sido laico. El patriotismo criollo creó fuertes emociones nacionalistas, con dos elementos: odio y sospecha hacia lo extranjero, alimentados por la pérdida de los territorios arrebatados por los EUA, y exaltación de las civilizaciones indígenas.

Plutarco Elías Calles fundó el Partido Nacional Revolucionario en 1929, una aglutinación de fuerzas revolucionarias, diseñado para mantenerse en el poder, no para competir en las elecciones. Durante el gobierno de Lázaro Cárdenas se convirtió en el PRI (1946), manteniendo la estructura corporativista. López Montiel señala que la esencia de este sistema político, excepcional en su autoritarismo, fue la reciprocidad: los sectores que reconocían a la autoridad eran sus aliados a cambio de apoyos y beneficios; había una admirable capacidad de inclusión de grupos, incluso antagonicos. Ese corporativismo hacía las veces de contrapeso al poder.

El PRI fue un partido de Estado durante décadas, ganador de elecciones, mezcla de apariencia demócrata y realidad autoritaria, cuyo antecedente fue el Porfiriato. Sus fuentes de legitimidad fueron la paz social, el crecimiento económico y la posibilidad de arreglos pacíficos entre grupos y sectores, que casi siempre se resolvían sin desorden público; Aunque inicialmente los militares formaron parte del PRI, pronto fueron excluidos de la estructura corporativista. El autoritarismo fue ejercido por civiles, muchos de ellos con estudios universitarios en la UNAM («máxima casa de estudios» del país) y más tarde por los «tecnócratas», muchos sin experiencia electoral pero con posgrado, incluso en universi-

⁸ Este modesto 3% democrático corresponde a tres etapas, muy distanciadas entre sí: 11 años en la segunda mitad del siglo 19; 11 meses a principio del 20; y la década de 1996 a 2006. En el primer caso, el orden constitucional establecido por Benito Juárez y Sebastián Lerdo de Tejada fue derrocado por el golpe de Estado de Porfirio Díaz. En el segundo episodio, otro golpe de Estado orquestado por Victoriano Huerta derrocó al presidente Francisco I. Madero.

dades extranjeras; sin duda, hubo talento político y prudencia en la clase política.

El presidente era además cabeza del PRI, por lo que podía designar a su sucesor (el «dedazo», antecedido por el «tapado») y también aprobaba las listas de legisladores federales y estatales, gobernadores e incluso alcaldes. La división de poderes era superficial y formal, porque el presidente dominaba. Igualmente aparente era el federalismo, que disfraza una realidad centralista.

Ese sistema político, de rasgos claramente presidencialistas, incluyó, según Daniel Cosío Villegas el «estilo personal de gobernar»: Cada presidente impone su impronta e ideas. Krauze habla de la «presidencia imperial», pues el presidente tenía poderes ilimitados, pero había un relevo cada seis años, sin excepción («monarquía presidencial» sexenal). El presidente dominaba al legislativo y al judicial, además de los gobernadores de los estados. No era un caudillo, sino que adquiría poder por estar en la silla presidencial y lo perdía al dejarla. El llamado a la no reelección maderista ha sido escrupulosamente respetado.

Entre la mitad de los años 40 y hasta el fin de los 60, hubo crecimiento económico bajo una política proteccionista (el «milagro mexicano» o Desarrollo Estabilizador), que produjo grandes distorsiones y en sus últimos años estancamiento, al que sucedieron dos sexenios (populistas) de política económica expansionista que provocaron una severa crisis (1982), cuya corrección dio inicio al abandono del aislacionismo económico y la protección industrial; se atacó la inflación y se privatizaron muchas empresas estatales; sin llegar a una economía liberal (hasta la fecha).

Esa política económica proteccionista aisló al país. Había un nacionalismo emocional: «como México no hay dos», a lo que con sarcasmo solía responderse «por fortuna». La política exterior estaba sustentada en el principio de «no intervención», que tenía su correspondencia: también México debía ser dejado solo.

El sistema distanció al gobierno de los ciudadanos; la clase política es una elite separada, con el agravante de que la idea del estado de derecho es ajena a la cultura política mexicana. La distribución de privilegios, la discrecionalidad, la falta de división de poderes, la autoridad presidencial sin contrapeso, produjeron corrupción e impunidad. Ser político se convirtió en sinónimo de millonario y fuente de poder por encima de la ley.

Si el presidente es el centro del sistema corporativista y desde allí se giran las órdenes, es natural que el centro del país sea la capital, a pesar de la fachada federal. Allí se toman las decisiones que afectan a todos y es el sitio principal de negocios, donde se obtienen permisos y favores. A esto se añadió el efecto de la política proteccionista que hizo eficiente la apertura de empresas en los grandes centros urbanos, lo que provocó el crecimiento de la capital y su área metropolitana, hasta convertirla en la segunda megalópolis del orbe.

La matanza de estudiantes en Tlatelolco (1968) y la crisis de 1982 marcan el debilitamiento del PRI-Gobierno. El presidente Salinas (1988-1994) realizó cambios impensables, abrió el país al comercio internacional y privatizó empresas, pero mantuvo fuertes dosis de intervencionismo, que favorecen a grupos corporativistas y empresariales. Las crisis de 76 con Echeverría, de 82 con López Portillo, de 87 con de la Madrid, y de 94/95 con Salinas/Zedillo tuvieron efecto indudable: En 2000 el presidente Zedillo reconoció la victoria panista a la presidencia.

Las reformas electorales iniciaron a final de los 70, y llegaron al clímax en 1996, cuando las instituciones electorales dejaron de ser apéndices del gobierno y se transitó del partido único al régimen de varios partidos en competencia y un poder legislativo sin mayoría desde 1997. Los procesos son ahora más complejos y necesitan de negociación, inusual anteriormente.

Woldenberg ha enfatizado la lentitud de la transición democrática, iniciada en 1977, y apunta algo notable: no se requirió otra constitución. López Montiel apunta otro rasgo más: el neocorporativismo, es decir, la ampliación de los grupos con acceso a ser escuchados por el poder político. En su discurso inaugural, Calderón confirmó su énfasis en la concordia y unión de fuerzas políticas. Hay una clara reducción del poder presidencial.

México tiene una lista de pendientes, entre ellos, el establecimiento de un estado de derecho y respeto a la ley, el combate a la inseguridad, la impunidad, la corrupción, el narcotráfico, el desempleo, la pobreza, la desigualdad, las crisis; mejorar el sistema educativo, las telecomunicaciones y otros sectores de punta, la incipiente democracia, etc.

8. — Italia tiene un sistema republicano parlamentarista con democracia representativa. El primer ministro es el jefe de gobierno. Además, es un sistema multipartidista.

Aunque Italia ha experimentado un gran desarrollo económico desde la Segunda Guerra Mundial, y hoy es una de las siete naciones más ricas del mundo, en el aspecto político deja mucho que desear (podríamos afirmar que en esto, México se parece cada vez más a Italia). A pesar de los esfuerzos que se han hecho por «limpiar» la política italiana, aún pervive una sensación generalizada de que es uno de los países más caóticos y corruptos de la Unión Europea. La política italiana suele ser oscura, y en el parlamento se tejen todo tipo de alianzas y pactos secretos. En el sur de la península y en la isla de Sicilia, la mafia tiene tanto o más poder que el Estado, llegando a controlar periódicos, jueces y policías.

En 1992, el asesinato de Giovanni Falcone, un magistrado que investigaba el crimen organizado, y la subsecuente campaña de *manos limpias* que se desató conmocionaron a las instituciones italianas, pero tras años de intensas investigaciones, los resultados han sido magros. Sobre el actual primer ministro de Italia, Silvio Berlusconi, siempre ha sobrevolado el fantasma de la corrupción, pero ello parece no importar mucho a los italianos, que lo han elegido primer ministro dos veces.

Italia forma parte del G8 o grupo de las ocho naciones más industrializadas del mundo. Situada en el corazón del antiguo Imperio Romano, está llena de tesoros que reconstruyen la historia de las bases de la civilización occidental.

9. — Aún los nómadas poseen un espacio territorial. Es decir, que incluso antes de ser sedentarios, los hombres de alguna manera, incluso en cuevas, nos asentamos sobre la tierra para vivir. Cuando descubrimos la agricultura y empezamos a sembrar, pusimos límites, mojones y vallas. Después construimos muros, casas, templos y palacios sobre la tierra desnuda, en los que se revelan la ordenación de la convivencia de cada grupo.

Así, en la medida en que se distribuye y se divide el suelo, es posible encontrar una representación espacial del ordenamiento político, económico y social de cualquier conglomerado humano. La familia, la estirpe, la casta y la posición social; los tipos de vecindad y propiedad; las

formas de poder y de dominio se hacen públicamente visibles en el espacio⁹.

Esta causa primitiva que representa el suelo, en la que se basa todo el derecho y en la que convergen espacio y ley, asentamiento y ordenamiento, ha sido estudiada por todos los filósofos del derecho¹⁰.

Por eso podríamos afirmar que el derecho es siempre terrenal, porque nace vinculado a la tierra de la sociedad a la que ordena. Porque sin espacio no es posible la convivencia de ningún grupo y en consecuencia, el espacio determina muchas de las características de la organización social.

Actualmente también podemos afirmar que aún en nuestro mundo globalizado, hay un orden jurídico espacial, conforme al cual están organizados los Estados, las empresas y los hombres.

Por eso, al analizar como una constitución, que es la norma suprema de un Estado, organiza y ordena el territorio y los asentamientos humanos, es posible percibir no sólo su historia, sino el grado de desarrollo que esa sociedad ha alcanzado y el respeto que otorga a los derechos de todos sus ciudadanos.

Al comparar la ordenación territorial constitucional italiana con la mexicana, trataremos de desentrañar como ambas sociedades se han acomodado en el espacio geográfico que ocupan y como ese asentamiento ha facilitado o no su desarrollo.

La Constitución mexicana, anterior a la italiana, no tomó en consideración los asentamientos humanos, quizá porque en 1917 la población total sólo era quizá de poco más de 15 millones de habitantes, de los cuales prácticamente el 90% era rural¹¹.

De modo tal que, de acuerdo con el esquema federal, retomado de la Constitución de 1824, en los artículos 40 y 115, entre otros, quedaron delimitados tres órdenes de gobierno sobre el territorio mexicano:

⁹ J. RAMÍREZ MARÍN, *Nomos metropolitano*, en *Problemas actuales del Derecho Social Mexicano*, t. II, Porrúa-TEC, México, 2007, p. 121.

¹⁰ ID., p. 122. Para Locke, por ejemplo, la esencia del poder político es, en primer término, la jurisdicción sobre la tierra.

¹¹ Fue hasta el 6 de febrero de 1976 cuando se reformaron los artículos 27, tercer párrafo, 73, fracción XXXIX-C y 115, fracciones IV y V, para otorgar al gobierno federal atribuciones para regular los asentamientos humanos.

1. Federación (incluido un Distrito Federal, hoy convertido en parte de la segunda megalópolis del orbe),
2. estados (31)¹² y
3. municipios (alrededor de 2,435)¹³.

Por otro lado y como resultado del alzamiento del EZLN en Chiapas (1994), se reformó el artículo 2º de la Constitución¹⁴, otorgando el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Esto ha sido producto de un proceso que enfrenta dos visiones del México contemporáneo: la que considera que somos un país mestizo (monocultural) y la que considera que somos una sociedad pluricultural. La primera está basada en un proyecto de nación que negaba implícitamente la diversidad cultural, y la segunda se funda en la constatación histórica de la heterogeneidad cultural.

Mediante la reforma del primer párrafo del apartado «B» del artículo segundo, el Estado se obliga a establecer las instituciones y políticas para «eliminar cualquier práctica discriminatoria» hacia los indígenas. Así el Estado se colocó en una situación inédita: niega la homogeneidad cultural y promueve la pluriculturalidad del país. El reconocimiento constitucional de las diferencias culturales actualiza el principio de igualdad ante la ley de las personas.

La primera frase del párrafo segundo de ese artículo dos, establece que «La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas»¹⁵.

¹² Los estados federales mexicanos, en orden alfabético son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, México, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

¹³ Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes.

¹⁴ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001.

¹⁵ Sin embargo, la visión monocultural se mostró en el Senado, cuando incluyó que «La Nación Mexicana es única e indivisible», aún cuando el espíritu de la reforma no

Se definen a los pueblos indígenas como «aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas»¹⁶.

El derecho matriz de un pueblo es su derecho a la libre determinación y ahora está reconocido por el Estado a los pueblos y comunidades indígenas (derecho al autogobierno, derecho al propio derecho y derecho al territorio)¹⁷.

Además los pueblos y comunidades indígenas tienen reconocidos y garantizados su derecho a concebir, aprobar y aplicar sus propios sistemas normativos¹⁸.

Desde el punto de vista político, el territorio indígena está reconocido pero sujeto a que los estados de la Federación le concedan su categoría política en su interior: municipio, comunidad u otros. Por ejemplo, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (19 de junio de 1998), establece que «La autonomía de los pueblos y comunidades indígenas se ejercerá a nivel del municipio, de las agencias municipales, agencias de policía o de las asociaciones integradas por varios municipios entre sí, comunidades en sí o comunidades y municipios»¹⁹.

pretendía la desunión ni la división del Estado, sino incluir en su unidad e indivisibilidad los derechos de los pueblos indígenas.

¹⁶ Elementos de definición tomados del Convenio 169 sobre derechos de los pueblos indígenas de la Organización Internacional del Trabajo. El Senado incorporó el principio de autoidentificación que no constaba en la iniciativa original: «La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas». Principio que también está tomado del Convenio 169.

¹⁷ La Constitución estableció que esas formas de autogobierno tendrán que ser concretizadas atendiendo las condiciones históricas y geográficas de cada entidad federativa, ya que sus Constituciones y leyes «establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad».

¹⁸ La condición fue que el derecho indígena debe respetar los derechos humanos, en particular los de las mujeres indígenas. Las resoluciones serán *validadas* por los tribunales del Estado, que deberán integrarse con personal que conozca el idioma y la cultura indígenas (como ya existe en Q. ROO: *Ley de Justicia Indígena*).

¹⁹ La reforma establece, desde el punto de vista de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, que podrán tener acceso al usufructo de ellos de manera preferente, salvo las áreas estratégicas (petróleo, energía eléctrica).

El Estado se obliga a establecer nuevas políticas e instituciones que se encarguen de promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y elevar sus condiciones de vida²⁰. Adicionalmente, cualquier política que el Estado pretenda llevar a cabo no podrá ser concebida, aprobada o aplicada sin la participación efectiva de los indígenas²¹.

Pero la reforma, con todo y su importancia, no modificó sustancialmente los tres niveles de ordenamiento territorial preexistentes (Federación, estado, municipio).

En cambio la constitución italiana previene en su *Título V. De las regiones, provincias y municipios*:

Art. 114.- La República se compone de los Municipios, de las Provincias, de las Urbes metropolitanas, de las Regiones y del Estado. Los Municipios, las Provincias, las Urbes metropolitanas y las Regiones son entes autónomos con sus propios estatutos, facultades y funciones según los principios establecidos en la Constitución.

Roma es la capital de la República, con un régimen propio que se regulará por la legislación del Estado.

Art. 116.- Friuli-Venecia Julia, Cerdeña, Sicilia, Trentino-Alto Adigio/Sur de Tirol y el Valle de Aosta tendrán modalidades y condiciones particulares de autonomía según los respectivos estatutos especiales aprobados por ley constitucional.

La Región de Trentino-Alto Adigio/Sur de Tirol estará constituida por las provincias autónomas de Trento y Bolzano.

Se podrán conceder a Regiones distintas otras modalidades y condiciones especiales de autonomía, en materias citadas en el tercer párrafo del artículo 117 y en aquéllas a que se refiere el segundo párrafo del mismo artículo en sus letras l), únicamente sobre organización de la justicia de paz, n) y s), mediante ley del Estado, a iniciativa de la Región interesada y oídas las entidades locales, y dentro de los principios que se enuncian en el artículo 119.

Dicha ley será aprobada por las Cámaras por mayoría absoluta de sus componentes, previo acuerdo entre el Estado y la Región interesada.

Es decir, Italia, de acuerdo con el artículo 131 de su constitución, se encuentra dividida en 20 regiones administrativas, divididas en provincias y éstas a su vez en municipios o comunas.

Las regiones son: Abruzos, Apulia, Basilicata, Calabria, Campania,

²⁰ La reforma obliga a los congresos federal, y estatales a que en sus presupuestos de egresos establezcan partidas presupuestales con ese propósito.

²¹ J.A. GONZÁLEZ GALVÁN, *La reforma constitucional en materia indígena*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, Biblioteca Jurídica virtual, número 7, julio-diciembre 2002.

Cerdeña, Emilia-Romaña, Friul-Venecia Julia, Lacio, Liguria, Lombardía, Marcas, Molise, Piamonte, Sicilia, Toscana, Trentino-Alto Adigio, Umbria, Valle de Aosta y Véneto.

De esas veinte regiones, cinco (Valle de Aosta, Friuli-Venecia Julia, Sicilia, Cerdeña y Trentino-Alto Adigio), tienen un estatus especial en razón de su naturaleza geográfica, cultural o social. Las demás se someten a un estatuto común de administración. Cada región cuenta con su propio órgano de gobierno elegido por sufragio y todas gozan de una considerable autonomía²².

Al frente de cada provincia se encuentra el prefecto, nombrado por el gobierno central, ante el que responde de su función de gobierno, pero que en la práctica cuenta con poco poder. El verdadero gobierno de la provincia está en manos de un consejo electo y un comité ejecutivo provincial. Esas 20 regiones a su vez están subdivididas en 94 provincias.

Por último, el territorio está dividido en ayuntamientos, que son el ente político básico, y cuyo tamaño oscila entre el de una pequeña localidad al de una gran ciudad como Nápoles. A comienzos de la década de 1990 existían más de 8,000 ayuntamientos²³.

La Constitución italiana establece:

²² Art. 123 de la Constitución italiana. Cada Región tendrá un Estatuto que determine, de acuerdo con la Constitución, su forma de gobierno y sus principios fundamentales de organización y funcionamiento. El Estatuto regulará asimismo el ejercicio del derecho de iniciativa y de referéndum sobre las leyes y disposiciones administrativas de la región y la publicación de las leyes y reglamentos regionales.

El Estatuto será aprobado y modificado por el Consejo Regional mediante ley votada favorablemente por mayoría absoluta de sus componentes, en dos lecturas sucesivas con intervalo no inferior a dos meses, y para la cual no será necesario el visto bueno del Comisario del Gobierno. Podrá, sin embargo, el Gobierno de la República plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad de un Estatuto regional dentro de los treinta días siguientes a su publicación.

Se someterá a referéndum popular el Estatuto si dentro de los tres meses siguientes a su publicación así lo pidieren una cincuentésima parte de los electores de la región o un quinto de los componentes del Consejo Regional. No se publicará el Estatuto sometido a referéndum de no ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos.

El Estatuto de cada Región preverá un Consejo de las entidades locales como órgano de consulta entre la Región y las entidades locales.

²³ El órgano de gobierno local es el Consejo Municipal, elegido cada cuatro años por sufragio universal. El alcalde es elegido por los concejales.

Art. 118.- Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Urbes metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación²⁴.

Los Municipios, las Provincias y las Urbes metropolitanas serán titulares de funciones administrativas propias y de las que se les confieran mediante ley estatal o regional, según las competencias respectivas.

Se regularán por ley estatal formas determinadas de coordinación entre Estado y Regiones en las materias a que se refieren las letras b) y b) del segundo párrafo del artículo 117, así como modalidades de acuerdo y de coordinación en orden a la protección de los bienes culturales.

El Estado, las Regiones, las Urbes metropolitanas, las Provincias y Municipios fomentarán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, conforme al principio de subsidiariedad.

Art. 119.- Los Municipios, Provincias, Urbes metropolitanas y Regiones gozarán de autonomía financiera para sus ingresos y gastos.

Los Municipios, las Provincias, las Urbes metropolitanas y las Regiones tendrán recursos autónomos, con facultad de establecer y recaudar sus propios impuestos e ingresos, conforme a lo dispuesto en la Constitución y a los principios de coordinación de la Hacienda Pública y del sistema tributario, y dispondrán de una coparticipación en el rendimiento de impuestos del Tesoro procedente de su respectivo ámbito territorial.

Se establecerá por ley del Estado un Fondo de Compensación, sin afectación forzosa de su destino, para los territorios de menor capacidad fiscal por habitante.

Los recursos procedentes de las fuentes a que se refieren los párrafos anteriores deberán permitir a Municipios, Provincias, Urbes metropolitanas y Regiones financiar íntegramente las funciones públicas que tengan encomendadas.

²⁴ Art. 117. [...] Corresponde a las Regiones la potestad legislativa en cualquier materia no expresamente reservada a la legislación del Estado. / En las materias de su competencia las Regiones y las Provincias autónomas de Trento y Bolzano participarán en las decisiones destinadas a la formación de los actos normativos comunitarios y proveerán a la aplicación y cumplimiento de los acuerdos internacionales y de los actos de la Unión Europea, con observancia de las normas de procedimiento establecidas por una ley del Estado, la cual regulará las formas de ejercicio de la potestad sustitutiva en caso de incumplimiento. / La potestad reglamentaria corresponde al Estado en las materias de legislación exclusiva, salvo que la delegue a las Regiones, y corresponderá a las Regiones en cualesquiera otras materias. Los Municipios, las Provincias y las Urbes metropolitanas tendrán asimismo potestad reglamentaria para regular la organización y el desarrollo de las funciones que les estén encomendadas. / Las leyes regionales suprimirán todo obstáculo que impida la plena igualdad de hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica y promoverán la igualdad de acceso entre hombres y mujeres a los cargos electivos. / Se ratificará por ley regional todo acuerdo de la Región con otras Regiones para el mejor ejercicio de las funciones propias, incluso con designación, en su caso, de órganos comunes. / Podrán las Regiones, en materias de su competencia, concertar pactos con Estados y acuerdos con entes territoriales internos de otro Estado, en los casos y de la forma que se establezca por ley del Estado.

El Estado destinará recursos adicionales y acometerá intervenciones especiales en favor de determinados Municipios, Provincias, Urbes metropolitanas y Regiones para fomentar el desarrollo económico, la cohesión y la solidaridad social, eliminar los desequilibrios económicos y sociales, favorecer el ejercicio efectivo de los derechos de la persona o atender a finalidades distintas del ejercicio normal de sus respectivas funciones.

Municipios, Provincias, Urbes metropolitanas y Regiones tendrán su propio patrimonio, asignado conforme a los principios generales que se establezcan por ley del Estado, y sólo podrán recurrir al endeudamiento para financiar gastos de inversión. Queda excluida toda garantía por el Estado de los empréstitos contraídos por dichos entes.

Art. 121.- Son órganos de las Regiones el Consejo Regional, la Junta y su Presidente.

El Consejo Regional ejercerá las potestades legislativas encomendadas a las Regiones y las demás funciones que confieran a éstas la Constitución y las leyes. Podrá asimismo formular propuestas de ley a las Cámaras.

La Junta Regional será el órgano ejecutivo de las Regiones.

El Presidente de la Junta representará a la Región, dirigirá la política de la Junta y será responsable de ella, promulgará las leyes, dictará los reglamentos regionales y dirigirá las funciones administrativas delegadas por el Estado a la Región, de acuerdo con las instrucciones del Gobierno de la República.

Art. 122.- Se regularán por ley de la Región, dentro de los principios fundamentales establecidos por una ley de la República, que establecerá asimismo la duración de los órganos electivos, el sistema de elección y los casos de inelegibilidad y de incompatibilidad del Presidente y de los demás componentes de la Junta Regional, así como de los consejeros regionales.

Nadie podrá pertenecer al mismo tiempo a un Consejo o a una Junta Regional y a una de las Cámaras del Parlamento, otro Consejo u otra Junta Regional o al Parlamento europeo.

El Consejo elegirá entre sus componentes un Presidente y una Mesa presidencial.

Los consejeros regionales no responderán de las opiniones expresadas ni de los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.

El Presidente de la Junta Regional será elegido por sufragio universal y directo, salvo que el Estatuto regional disponga otra cosa. El Presidente elegido nombrará y revocará a los componentes de la Junta.

Art. 125.- Se instituirán en la Región órganos de justicia administrativa de primer grado, con arreglo al régimen establecido por ley de la República. Podrán asimismo crearse secciones con sede distinta de la capital regional.

Art. 127.- Cuando el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los 60 días siguientes a su publicación²⁵.

Art. 132.- Se podrá disponer mediante ley constitucional, oídos los Consejos Regionales, la fusión de Regiones existentes o la creación de Regiones nuevas con un mínimo de un millón de habitantes cuando así lo soliciten unos Ayuntamientos que representen como mínimo a un tercio de las poblaciones interesadas y la propuesta se apruebe en referéndum por la mayoría de éstas.

Se podrá, con el voto favorable, expresado en referéndum, de la mayoría de las poblaciones interesadas de la Provincia o Provincias interesadas o del Municipio o Municipios interesados y mediante ley de la República, después de oídos los Consejos Regionales, autorizar que determinadas provincias o municipios que así lo hayan solicitado, queden segregados de una Región e incorporados a otra.

Art. 133.- La alteración de las circunscripciones provinciales y el establecimiento de nuevas provincias en el ámbito de una Región se acordarán mediante leyes de la República, a iniciativa de los Municipios, oída la propia Región.

La Región podrá, oída la población interesada, instituir por leyes propias nuevos Municipios en su territorio y modificar sus respectivos términos y denominaciones.

10. — Italia posee la quinta mayor densidad poblacional en Europa, con un promedio de 198 personas por kilómetro cuadrado. La concentración de la población italiana (69% de población urbana) ha generado una red homogénea de grandes ciudades, que desempeñan el papel de centros regionales.

A partir de los años sesenta del siglo XX la población italiana experimentó un cambio en su ritmo de crecimiento, que decreció hasta el 0.0% de media anual entre 1985–1990. El cambio en las tendencias demográficas afectó asimismo los tradicionales movimientos migratorios que hasta entonces habían hecho de Italia una de las mayores reservas de mano de obra de Europa y América.

Italia se convirtió en punto de llegada de inmigrantes del Tercer Mundo, pero sobre todo, se establecieron importantes corrientes migratorias internas, con un movimiento masivo de población del Sur hacia Roma y el Norte industrializado (Turín, Milán, Génova, Venecia y Bolonia), que ha radicalizado las diferencias norte-sur.

²⁵ Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesiona su ámbito de competencia, podrá entablar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los 60 días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley.

Los grupos minoritarios son pequeños, siendo el mayor de éstos el de habla alemana en el Tirol del Sur²⁶ y los eslovenos alrededor del Trieste. Otros grupos minoritarios con lenguajes parcialmente oficiales incluyen los de habla francesa (región del Valle d'Aosta); los sardos, los sicilianos, el idioma ladino en las montañas dolomitas y el catalán en el Alguer²⁷. Pero prácticamente toda la población habla italiano.

El norte del país es más urbano (la zona comprendida entre la frontera septentrional y el puerto de Ancona, situado en la parte meridional de Roma), y el sur, más rural (comprende la región situada por debajo de lo que los italianos denominan el 'muro de Ancona'). En el norte se hallan las ciudades más importantes y pobladas, con casi dos tercios del total de la población de Italia. El sur menos poblado tiene mucho menor desarrollo económico.

11. — La capital Roma (2'775,250 habitantes, según estimaciones para 2007); Milán (1'369,231 habitantes), centro industrial, económico y comercial; Nápoles (1'067,365 habitantes), uno de los puertos con mayor volumen de tráfico; Turín (962,507 habitantes), ciudad industrial y nudo de redes de transporte; Palermo (698,556 habitantes), capital y principal puerto de Sicilia; Génova (678,771 habitantes), el primer puerto del país y centro comercial; Bolonia (404,378 habitantes), importante mercado agrícola y red de distribución de mercancías; Florenia (403,294 habitantes), centro industrial, comercial y cultural; Catania (301,564 habitantes), ciudad industrial y comercial de Sicilia; Bari (325,052 habitantes), centro comercial, y Venecia (268,934 habitantes), puerto y centro cultural e industrial.

En cambio en México, en 2005 el sistema urbano estaba formado por 358 ciudades de 15 mil habitantes y más, cuya población ascendía 73.7 millones de habitantes, 71.4% del total de la población nacional. Estas ciudades se clasifican en:

²⁶ Según el censo de 1991, está compuesto por 287.503 personas.

²⁷ Italia está compuesta étnicamente (datos 2006) por 97,6% de europeos (Italianos 95,5% + otros europeos 2,1%), 1,1% de africanos (mayoría de marroquíes), 0,7% de asiáticos (mayoría de chinos), 0,4% de americanos (mayoría de ecuatorianos) y 0,2% de otros. A pesar de ser el catolicismo romano la religión predominante (85% de la población), existen comunidades maduras de protestantes y judíos y una comunidad creciente de origen musulmán.

I. 9 grandes metrópolis con más de un millón de habitantes cada una:

1. México.- 19.2 millones;
2. Guadalajara.- 4.1 millones;
3. Monterrey.- 3.7 millones;
4. Puebla.- 2.1 millones;
5. Toluca.- 1.6 millones;
6. Tijuana.- 1.5 millones;
7. León.- 1.4 millones;
8. Ciudad Juárez.- 1.3 millones;
9. Torreón.- 1.1 millones y
10. San Luis Potosí.- 1.0 millón.

II. 80 ciudades con rango de población entre 100 mil a menos de un millón de habitantes, y

III. 269 pequeñas ciudades con población de entre 15 mil y menos de 100 mil habitantes.

Además, según datos del CONAPO, para 2009 14 millones de habitantes en México son indígenas, quienes en su mayoría viven en zonas rurales.

Para 2030 el porcentaje de población urbana en México será del 92.1% del total; habrá 18 ciudades con población entre 1-6 millones (39.8% de la población urbana), pero la población rural, aunque habrá disminuido será de 28.8 millones de habitantes.

12. — Durante 6 mil años, el crecimiento y estructuración de las ciudades ocurrió en *tiempo lento*, como lo exigían la estabilidad y movilidad de la cultura y del progreso humano, tanto en el orden temporal y sus modificaciones tecnológicas, como en el orden moral e intelectual, regidos por ideales trascendentes de carácter mítico-religioso²⁸, pero en el siglo veinte ese ritmo explotó y nacieron las metrópolis y megalópolis.

La voz metrópoli, proviene del latín *metropólis*, y ésta a su vez del griego «μητρόπολις» (metera = madre y polis = ciudad/pueblo). Es la mayor ciudad, donde se concentran la cultura y la economía de un país, y generalmente es el centro de sus conexiones internacionales.

²⁸ J. BORJA, citado por N. SÁNCHEZ GÓMEZ, en su obra *Crisis metropolitana en México*, Porrúa, México, 2005, p. 13.

Según el geógrafo alemán Dirk Bronger (2004), una metrópoli se define como una ciudad con un millón de habitantes como mínimo, que se extiende en un espacio relativamente compacto, con una densidad media mínima de 2,000 habitantes por kilómetro cuadrado y con una estructura monocéntrica. En tanto una mega-ciudad es aquella que cuenta con, por lo menos, cinco millones de habitantes, con igual densidad de habitantes y estructura monocéntrica.

Sin embargo, en la bibliografía interdisciplinaria se encuentran diferentes definiciones de mega-ciudades, sobre todo en lo que se refiere al número de población (por ejemplo de 5, 8 o 10 millones de habitantes). Según la definición de la ONU, el tamaño mínimo de la mega-ciudad debe ser de 8 millones de habitantes.

Adrián Guillermo Aguilar (2002) destacó que la mega-ciudad contemporánea, con su espacio relativamente compacto, presenta, especialmente en América Latina, una expansión más policéntrica, es decir, multinuclear, compuesta por subcentros urbanos, nuevos centros comerciales etc. como, por ejemplo, en el área metropolitana de Ciudad de México o en la Zona Metropolitana de Guadalajara.

Ciertamente la concentración de personas y de actividades en las metrópolis vuelve más complejas las tareas tradicionalmente adjudicadas a gobiernos locales, pero también la atención de otros fenómenos sociales: el ordenamiento del territorio; la movilidad y los diferentes aspectos relacionados (gestión de la circulación, desplazamientos y transportes); la exigencia de servicios públicos urbanos (agua potable, drenaje, energía, telecomunicaciones, alcantarillado, alumbrado, recolección y tratamiento de residuos ...); la demanda de acceso al suelo y vivienda; cuidado del ambiente, combate a la contaminación y la gestión de espacios verdes.

En adición, hay otros problemas relacionados con los riesgos tanto naturales como sanitarios, industriales, tecnológicos; de seguridad pública; o asociados al fenómeno de la exclusión, las mutaciones de las relaciones laborales y la reestructuración física y simbólica de los espacios. Esas transformaciones están acompañadas de fracturas sociales y de la degradación del equilibrio ciudadano.

Aunque en la mayoría de los casos se habla de la necesidad de una mayor coordinación entre las autoridades que confluyen en las zonas metropolitanas, esto oculta que se enfrentan posiciones diversas. Cómo go-

bernar una metrópoli puede formularse como la cuestión sobre cuál es la mejor estructura de gobierno o la mejor forma de organización de éste para enfrentar los problemas metropolitanos.

El principal argumento de la «consolidación» o constitución de poderes metropolitanos supone la conveniencia de una organización a gran escala, de una planificación estratégica de largo plazo y de la combinación de habilidades para superar las limitaciones del gobierno local; es decir, que a mayor tamaño de la autoridad corresponde mayor eficiencia (especialmente por el aprovechamiento de las economías a escala). Otros argumentos señalan que los patrones de movilidad y la urbanización demandan soluciones en el ámbito metropolitano; mientras que otros recurren a una supuesta mayor capacidad para la recaudación fiscal y para la eficientización del gasto. Cabe hacer notar que la idea de la «consolidación» no está al abrigo de críticas. Sin embargo, sólidas críticas contra la fragmentación plantean que aunque ésta no impide la planeación y coordinación, sí las dificulta gravemente²⁹.

Entre los criterios para definir la conformación de un poder público metropolitano, destacan el que distingue el propósito y otro basado en la representatividad (Barlow, 1991). Con base en el primer criterio, la entidad puede ser de propósito general o especial, mientras que en función de la representatividad la entidad puede ser electa o designada. La combinación de estos criterios permite identificar cuatro tipos de entidades:

- i)* de propósito general representativo (son los casos de Singapur, Beijing, Londres o los gobiernos de los distritos metropolitanos de Bogotá y Quito);
- ii)* de propósito especial representativo;
- iii)* de propósito general no representativo (como Santiago, gobernada por un intendente designado por el presidente de la República); y

²⁹ Hay quien dice, por ejemplo, que una estructura mayor está más alejada del ciudadano y desincentiva la participación; o que «lo pequeño es bello». Se trata de argumentos a favor de la «fragmentación» basados en la corriente de pensamiento de la «elección pública», que se adhieren a las ideas que a partir de los ochenta abogan por el adelgazamiento del Estado y la transferencia de funciones hacia gobiernos inferiores y al sector privado. Desde los trabajos de Tiebout (1956, 1961) sobre la economía política metropolitana, la corriente de pensamiento de la «elección pública» había opuesto serias objeciones a la «consolidación» fundamentalmente en dirección de reformas institucionales hacia la fragmentación funcional y territorial.

- iv) de propósito especial no representativo (como el caso de las comisiones *ad hoc* para la Zona Metropolitana del Valle de México y Barcelona).

En los dos primeros casos, la democracia y el control de cuentas son favorecidos por el mecanismo de control que representa la elección. En el caso de autoridades designadas se argumenta que al no estar sujetas al mandato ciudadano, su operación y funcionamiento están a salvo de intereses políticos, y se encuentran más estrechamente acotados por condicionamientos técnicos. Sin embargo es inobjetable que implican un menor *quantum* de democracia y de control de cuentas.

En los hechos, fórmulas intermedias han pretendido atemperar los inconvenientes de una u otra fórmula. Sin embargo, su aceptación está lejos de ser unánime. Négrier (2005) llama la atención sobre la resistencia de la población y los tomadores de decisiones a la instauración de gobiernos metropolitanos, aún en experiencias generalmente citadas como exitosas: el Gran Montreal, la Comunidad de Madrid y la de Barcelona³⁰.

Algunos especialistas han señalado las ventajas de la cooperación entre municipios, sea en un contexto de metropolización (Barlow, 1991; Lefèvre, 1998) o incluso sin mediar contigüidad geográfica (Gilbert *et al.*, 1996; Paz, 2005). La colaboración es en efecto una condición para mejorar las capacidades que de manera aislada impiden a estos gobiernos enfrentar adecuadamente sus responsabilidades.

Las formas de cooperación entre gobiernos locales son variadas. Las modalidades adoptadas en Europa van de la fusión de municipios (Reino Unido, Alemania, países escandinavos), al uso de instrumentos de cooperación para evitar la multiplicidad y redundancia de servicios administrativos. Estos esquemas de cooperación intercomunal se han adoptado en

³⁰ En la discusión sobre el modelo para gobernar las metrópolis hay posiciones en polos opuestos e incluso irreconciliables. Planteadas como «consolidación *versus* fragmentación», lanzan la cuestión acerca de la pertinencia de avanzar hacia la fusión de gobiernos de territorios contiguos (consolidación) o bien de permanecer en un esquema de no fusión (fragmentación) (CARMICHAEL y MIDWINTER, 2000). En cuanto al debate sobre el modelo del poder público en un territorio metropolitano, se plantea generalmente la alternativa entre un gobierno con mandato específico *versus* un gobierno con mandato general; y aun entre un gobierno electo *versus* un gobierno designado (BARLOW, 1991).

los Países Bajos, Luxemburgo, Austria, Suiza, Francia (*syndicats*), España, Italia (*consorzio*) y Portugal (*associação*) (Négrier, 2005).

Pero la gestión metropolitana permite intervenir no sólo a los gobiernos municipales (y delegacionales), sino también empresas parapúblicas, privadas, grupos económicos, círculos de expertos y asociaciones de ciudadanos. En algunos casos la acción pública propicia la participación del gobierno, no como autoridad, sino como un actor que se relaciona de igual a igual con los demás participantes. Esto se observa en algunos convenios de urbanización, construcción de vialidades, infraestructura para el tratamiento de aguas residuales o residuos.

En el año 2000, existían ya 34 mega-ciudades con más de 5 millones de habitantes en los países en desarrollo y solamente 11 en los países desarrollados, en total, 45 mega-ciudades en el mundo. Para el año 2015 se espera que ese número llegue a un total de 58 mega-ciudades (F. Kraas 2003, p. 9)³¹.

Actualmente, en todas la ciudades con más de 5 millones de habitantes del mundo en desarrollo, más del 50% de la población habita en tugurios, proporción que en ciertas ciudades alcanza el 80%, con tendencia a crecer en los próximos años. La mayoría de las ciudades con más de 5 millones de habitantes, se ubican en los países más pobres³².

En las primeras décadas del siglo XXI, la población del planeta se estabilizará en una cifra muy próxima a los 9-10 mil millones de habitantes. Ello significa que los asentamientos humanos seguirán creciendo a un ritmo descomunal³³. El aumento de las mega-ciudades se va a intensificar y para el año 2015 se espera un total de 58 mega-ciudades en el planeta³⁴.

En México existen 55 zm en las que habitan 51.5 millones de personas: 52.8% de la población nacional. Las 11 más grandes zm que según las estimaciones oficiales tienen hoy en día o tendrán más de un millón de habitantes en 2020 y ello plantea la necesidad de analizar la constitución poderes a escala metropolitana.

³¹ F. KRAAS, *Megacities as global risk areas*, Petermanns Geographische Mitteilungen, 2003, vol. 147, no. 4, pp. 6-15. Citada por H. HEINEBERG.

³² N. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Crisis metropolitana en México*, Porrúa, México, 2005, p. 14.

³³ N. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Crisis metropolitana en México*, Porrúa, México, 2005, p. 13.

³⁴ H. HEINEBERG, *Las Metrópolis en el proceso de globalización*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster/Alemania, documento en línea.

«Las metrópolis se han convertido en una cuestión de alcance estatal; concentran a la vez el mayor potencial de desarrollo y los más graves problemas sociales. En ellas, es donde se desarrollan las actividades más dinámicas e innovadoras, pero también los mayores problemas de marginalidad, donde coexisten riqueza y bienestar con las mayores desigualdades y desequilibrios»³⁵.

*En Latinoamérica comienza una preocupación por la gobernabilidad, a partir de la transición a gobiernos democráticos en los años ochenta del siglo XX y coincidiendo con programas de ajustes económicos, acordes con las nuevas exigencias del mundo globalizado: modernización y apertura económica. Proceso que ha llevado a importantes cambios en la distribución de funciones de los diferentes niveles de gobierno: central, regional y municipal*³⁶.

La gestión y el control de la urbanización por parte de los poderes públicos requieren, para ser eficaces, generar un ambiente de confianza entre los agentes económicos, sociales y la opinión pública. Para eso, es necesario que se visualice la función pública como objetiva, flexible, ágil; sobre todo, como no arbitraria, previsible de sus tiempos y modos. Si no es así, entonces aparece la cultura urbana del cambalache, del todo vale, los agentes económicos hacen *lobby* e incumplen sistemáticamente la normativa, y se instala en la ciudadanía, como algo legítimo, la *incivilidad*³⁷.

Ahora bien, no obstante la enorme y compleja problemática de las grandes metrópolis, en América Latina no existen gobiernos metropolitanos, sólo existen casos sectoriales de coordinación, en cuestiones aisladas. En esas estructuras metropolitanas tan extensas y pobladas, la inexistencia de gobiernos metropolitanos ahonda las dificultades de sus pobladores y administraciones³⁸.

13. — Todo orden jurídico-político se asienta sobre un orden espacial, nacido de la conexión de un pueblo (o conjunto de pueblos) con un

³⁵ J. BORJA, citado por N. SÁNCHEZ GÓMEZ en su obra *Crisis metropolitana en México*, Porrúa, México, 2005, p. 4.

³⁶ J. BORJA, citado por N. SÁNCHEZ GÓMEZ en su obra *Crisis metropolitana en México*, Porrúa, México, 2005, p. 5.

³⁷ ID., p. 16.

³⁸ ID., p. 15.

espacio geográfico específico (ya sea una pequeña comarca o un país entero)³⁹.

La historia de las sociedades humanas muestra que la ocupación de un espacio terrestre determinado y, por lo tanto, el arraigo al suelo, convierte a un pueblo en una entidad socio-política diferenciada. Todas las instituciones sociales, políticas y jurídicas propias de ese pueblo tienen su fundamento y su razón de ser última en su nomos, en la originaria toma de la tierra realizada por ese pueblo⁴⁰.

El siglo XX fue testigo de la aparición de macrociudades enormes en todo el mundo y el siglo XXI será el de las grandes metrópolis. En consecuencia, no puede concebirse un desarrollo sostenible a nivel mundial, sin tener en cuenta el desarrollo sostenible de esas metrópolis⁴¹.

Si hoy es imposible delimitar estrictamente la ciudad con criterios puramente científicos, sólo podemos hacerlo con criterios normativos; y entonces no estaremos hablando de lo que la ciudad es, sino de lo que queremos que sea. Para llevar a la práctica un proyecto de estas características hace falta un *good, flexible and democratic government*. Es decir, un gobierno metropolitano cuyas principales características debieran ser:

1. Abarcar el ámbito más extenso posible de la ciudad difusa, que puede coincidir con lo que en muchos países europeos se denomina región metropolitana (región funcional urbana);
2. Disponer de legitimación democrática, es decir, ser de carácter electo, aunque sea por vía indirecta;
3. Contribuir a la simplificación administrativa, coordinando (y substituyendo, cuando sea preciso) otros entes existentes en su ámbito;
4. Contar con facultades, competencias y recursos para enfrentar los problemas metropolitanos (planeamiento físico y estratégico, gestión de servicios, políti-

³⁹ R. CAMPDERRICH, *La palabra de Behemoth*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 222.

⁴⁰ R. CAMPDERRICH, *La palabra de Behemoth*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 223. Es pertinente comentar que los conceptos del jurista alemán Carl Schmitt están tomados por quien esto escribe exclusivamente en su sentido técnico-jurídico, totalmente ajenos de cualquier postura política o ideológica de dicho autor; ni tampoco como justificación de la ocupación y conquista europea del Nuevo Continente en los siglos XVI y XVII, ni de ninguna otra conquista.

⁴¹ A. ROMO BECERRIL, *Las metrópolis para el hombre. Comentarios sobre los trabajos de la Asociación Mundial de las Grandes Metrópolis, Tokio (22-26 de abril/1996)*, LVI Legislatura de la Cámara de Diputados-Gobierno del EDOMEX, México, 1996, p. 45.

cas urbanas, promoción exterior), que deben ser objeto de un proyecto conjunto;

5. Evitar estructuras centralizadas adoptando un sistema de gobierno flexible, basado en el principio de subsidiariedad, que permita la intervención en la gestión de las infraestructuras y los servicios de una multiplicidad de agentes (públicos, privados, mixtos) y fortalezca la capacidad de organización y participación de las comunidades locales.

La resolución de los problemas actuales de nuestras ciudades depende, en buena medida, de la capacidad de los gobiernos de hacer frente a estas cuestiones. Esta capacidad está ligada no sólo a la situación de cada ciudad sino también a factores y decisiones que superan con mucho el ámbito local y deben resolverse en los marcos regionales, estatales y municipales.

Al mismo tiempo que por efectos del mercado mundial las ciudades se sitúan en la economía global, deben integrar y estructurar su sociedad local. Sin un anclaje sólido en la ciudadanía, los gobiernos ciudadanos no tendrán la fuerza necesaria para navegar por los circuitos globales. En este sentido, lo local y lo global son complementarios. Pero esa integración social requiere mecanismos políticos de democratización, basados en la descentralización administrativa y en la participación ciudadana en la gestión urbana y municipal⁴².

La nueva frontera de la gestión urbana consiste en situar a cada ciudad en condiciones de afrontar la competición global de la que depende el bienestar de sus ciudadanos. Esa competitividad en la nueva economía global no pasa fundamentalmente por una reducción de costos, sino por un incremento en la productividad y depende, en lo esencial, de tres factores: colectividad, innovación y flexibilidad institucional.

La discusión sobre el gobierno de las metrópolis no deja de renovarse. En la arena de los temas públicos se ha vuelto inevitable analizar el desafío que tienen los gobiernos locales no sólo para gobernar un mayor

⁴² R. SÁNCHEZ SALAS, *Gobiernos metropolitanos y planeación municipal. Metrópoli, gobernabilidad y políticas urbanas*, versión en línea. No obstante, quizá pueda resultar un tanto contradictorio que justo cuando el proceso de globalización plantea nuevos retos a las áreas metropolitanas ya consolidadas e impulsa la creación de nuevos entes supramunicipales en países como Francia e Italia se haya planteado una profunda polémica sobre la reforma del gobierno local que ha tenido importantes repercusiones prácticas.

número de habitantes, sino que ese aumento de población trae implícita la aparición de funciones más especializadas y de mayor sofisticación. No es fortuito que desde hace algunas décadas los tomadores de decisiones, expertos y urbanistas, dediquen sus esfuerzos al tema de la adaptación de un modelo institucional y a la búsqueda de una fórmula de gestión pública capaz de canalizar las tendencias demográficas y la multiplicación de los problemas sociales de los territorios metropolitanos.

Sin embargo la unanimidad puede disimular la complejidad de la realidad y la heterogeneidad de las percepciones. En este sentido, más que demandar una solución única, los problemas y desafíos de un espacio metropolitano son asuntos a resolver, tema por tema, territorio por territorio.

Ahora bien, si la necesidad de coordinación metropolitana es unánime, las propuestas para alcanzarla son menos consensuales. Se trata de saber si a escala de los problemas metropolitanos, debe darse por hecho la necesidad de instancias también con una nueva escala (poderes metropolitanos o regionales); o bien, si las correspondientes respuestas pueden ser lanzadas desde las instancias ya establecidas (acciones municipales coordinadas).

Dicho en otros términos, habrá que analizar si los problemas de las metrópolis requieren ineludiblemente de un gobierno metropolitano, o bien si es posible articular una gestión de los asuntos comunes sin la institucionalización de un poder a esa escala. La pregunta sería cómo encontrar la escala idónea para enfrentar con mayor eficiencia y eficacia esos desafíos.

La Zona Metropolitana de la Ciudad de México ha propiciado diversas iniciativas que van desde la elaboración de instrumentos de planificación, pasando por la creación de comisiones de coordinación creadas *ad hoc* para temas específicos, hasta la reciente Declaratoria de la Zona Metropolitana del Valle de México y la creación de un fondo de obras y servicios para solventar proyectos y acciones de alcance metropolitano.

En México, desde hace algunos años, expertos y urbanistas analizan la necesidad de modificar el gobierno local para adecuarlo a los desafíos impuestos por las grandes concentraciones urbanas, en especial las metrópolis. El argumento habitual acusa la disociación entre el territorio funcional en el que se despliegan las actividades económicas y los pro-

blemas de la sociedad, así como si una intervención pública coordinada sería más eficiente, y por otra parte, el territorio correspondiente a la representatividad democrática, expresado hoy por municipios, estados, delegaciones, etc. Lo anterior lleva a la pregunta sobre si la vía más adecuada es la «coordinación» de autoridades implicadas en una región metropolitana o la instauración de gobiernos metropolitanos.

Para ello se requieren necesariamente instrumentos jurídicos que tomen en cuenta esa nueva realidad metropolitana, le den coherencia y orden y permitan el desarrollo de la población en ellas asentada y de los países que las contienen. Pero esas normas jurídicas reguladoras de las metrópolis y megalópolis no existen todavía en nuestro país.

Entre nosotros, más de treinta años de silencio y parálisis en la coordinación intermunicipal revelan el arraigo de una indisposición al ejercicio conjunto de competencias. Sólidamente enraizada en el régimen constitucional mexicano, la autonomía municipal hace parecer difícil esa coordinación, pero aún más remota la adopción inmediata de la fusión. Parece ineludible buscar la fórmula para conciliar la necesidad de afrontar las geografías variadas de los problemas metropolitanos y la participación de gobiernos municipales. Aunque el suministro y gestión de los servicios urbanos demanda, cada vez en mayor número de casos, un cambio en la escala de facultades del organismo responsable, quizá la solución viable consista en hacer intervenir esquemas de articulación de los actores involucrados en la gestión de esos territorios funcionales que marcan esa «nueva escala». Esa coordinación puede adoptar, en caso de ser necesario, la forma del asociacionismo.

El asociacionismo municipal en México ha venido desarrollándose de manera creciente: en el año 2000, 527 municipios participaban en asociaciones. Se trata sin embargo de un fenómeno marginal si atendemos a su formalización jurídica: la mayoría de las veces son asociaciones de facto, desprovistas de un contrato formal (Santín, 2003: 152)⁴³.

⁴³ Esta modalidad de gestión local comienza a generar un interés creciente: un programa federal, Hábitat, estimula la asociación formalizada de municipios conurbados con el fin de articular esfuerzos y recursos para combatir la pobreza, mejorar el hábitat popular, fomentar el desarrollo de infraestructura, equipamiento urbano, la conservación ambiental, la recolección y tratamiento de residuos. Todo ello sin afectar la estructura político administrativa de los municipios.

Las reformas al municipio mexicano de 1983 y 1999, y la aparición de leyes «generales» que conceden competencias a los tres órdenes de gobierno (Ley General de Asentamientos Humanos; de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; de Salud, etc.), hicieron de los municipios actores clave de la acción pública. Ese fortalecimiento provocó que dicha acción en escenarios metropolitanos se balcanizara y se volviera policéntrica; convirtió la articulación de la acción pública tanto entre municipios, como con otros niveles de gobierno y con actores privados en un desafío ineludible⁴⁴.

Quizá por eso, en el caso mexicano, una primera elección podría ser renunciar a grandes reformas y buscar un arreglo que concilie, por un lado, la estructura institucional del gobierno local, y por el otro, las cambiantes y crecientes necesidades de las poblaciones metropolitanas. El reto sería encontrar la fórmula que lograra satisfacer esta doble exigencia con dosis razonables de regulación estatal, de autonomía municipal, de transferencia de actividades al sector privado y de participación ciudadana.

Se trata en principio de procesos de negociación y cooperación multinivel y multiagente en los cuales municipios, estados, federación, agentes privados y comunidad expresan y ajustan intereses y asumen compromisos. En este proceso los convenios podrían ser una herramienta clave de la acción pública metropolitana.

Esta reflexión sobre la conformación de un gobierno metropolitano nos remite a la «paradoja de las políticas públicas locales» puesta en evidencia por Le Galès (1995). En efecto, con el movimiento de descentralización, los municipios fueron ganando interés al ser generadores de políticas públicas, en tanto que los movimientos de privatización de los servicios y de fragmentación del gobierno urbano no han hecho otra cosa sino poner en duda su existencia.

Por eso hoy más que nunca resulta imprescindible voltear a ver otros horizontes y estudiar la experiencia de otros países. Por eso Italia pudiera ser, entre otros, un buen referente para el caso mexicano.

Como hemos visto en la comparación constitucional entre la orde-

⁴⁴ V. UGALDE, *Notas y comentarios sobre el gobierno en las zonas metropolitanas de México*, Versión en línea.

nación territorial italiana y la mexicana, aún cuando Italia es prácticamente seis veces más pequeña que México y tiene la mitad de la población, cuenta con una estructura de gobierno territorial de cinco instancias: nacional, provincial, regional, municipal y de urbes metropolitanas (además del esquema propio de su capital), en tanto en México persiste el modelo de la Constitución de 1917 (que proviene en realidad cuando menos de la Constitución de 1857), de tres órdenes de gobierno: Federación, estados y municipios (además del régimen de su capital, el Distrito Federal). Sólo que hoy México es, como Italia, fundamentalmente urbano.

Sabemos que el derecho y sobre todo, la Constitución, no son algo inmutable o acabado, sino que están en constante evolución y desarrollo⁴⁵. Por eso debiéramos analizar si actualmente nuestro orden jurídico territorial, que parece que ya no corresponde con nuestra realidad demográfica, debiera ser modificado o no.

Pues en la medida en que una Constitución se encuentra estrechamente vinculada a la realidad e influye en ella, adquiere y fortalece su fuerza vinculante ante lo fáctico⁴⁶. Si nuestra Carta Magna ya no responde a la realidad demográfica y urbana, pareciera ser tiempo de iniciar una reflexión profunda y seria para adecuarla a la realidad y en ese esfuerzo, la experiencia de otros países, como Italia, pudiera servirnos no para copiar lo que hayan hecho, sino para iluminar nuestro propio sendero.

Más aún cuando también tendríamos que incorporar plenamente la autodeterminación territorial de nuestros pueblos y comunidades indígenas, en el contexto de un nuevo federalismo. Así el pluriculturalismo y la metropolización de muchas de nuestras ciudades son fenómenos que nos obligan, desde diversas perspectivas, a repensar nuestro modelo de ordenamiento territorial constitucional vigente.

En ese sentido, este trabajo no pretende ser concluyente, ni señalar recetas infalibles, sino que es sólo un ejercicio inicial, comparativo y de imaginación constitucional, que pudiera ayudar a enriquecer a los interesados en el tema, tanto en México, como en Italia.

⁴⁵ Á. CABALLERO, *Constitución y realidad constitucional*, Porrúa-TEC, México, 2005, p. 49.

⁴⁶ Á. CABALLERO, *Constitución y realidad constitucional*, Porrúa-TEC, México, 2005, p. 52.

FERNANDO E. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ*

PRINCIPIO DE AUTONOMIA

SUMARIO: 1. Primera parte. — 2. Segunda parte.

1. — En este primer artículo se hará referencia de manea general a uno de los principios éticos que rigen la práctica médica, el principio de autonomía.

En el pasado, a poco más de 20 décadas, el paciente o familiar de éste, depositaban una confianza absoluta en el médico, en el llamado «*médico de la FAMILIA*», que al mismo tiempo era el consejero apreciado y estimado, y con el paso de los años, esta relación natural se fue desvaneciendo hasta casi desaparecer, para dar lugar a una muy diferente relación médico-paciente que se da entre quien demanda un servicio y quien lo presta. Esta innegable e inevitable situación, da origen a una relación desprovista de afecto, el interés no es en nada distinto al que se da en cualquier otro tipo de contrato, en donde el objetivo es el cumplimiento de una obligación. A partir de aquí se le exige al médico, entre otros, el cumplir con el principio de autonomía de la voluntad de quien solicita un servicio, ahora al facultativo no le estará permitido hacer más allá de lo que estrictamente le autorice el paciente.

Antes de abordar de manera directa el tema del principio de autonomía, será conveniente hacer un recorrido breve y superficial en consideración a los que considero dos aspectos relevantes, el juramento de Hipócrates y el concepto de paternalismo médico.

Vale la pena analizar qué fenómenos o circunstancias, han sido los hechos detonantes que ahora limitan la actuación del médico, al grado de exigirle hacer sólo lo estrictamente permitido bajo la pena que de no hacerlo incurrirá en un ilícito. Además es importante considerar el alcance del termino, autonomía no solo implica anteponer la actuación médica a

* Profesor de derecho.

la voluntad del paciente, sino a informar con detalle lo más preciso posible de las opciones en el tratamiento, diagnóstico y pronóstico, de manera razonable y conforme a las condiciones propias de cada paciente según su capacidad de entendimiento, según su capacidad de juicio y su condición emocional, el médico ya no puede ir más allá en su actuación aún cuando ello suponga no administrar un tratamiento necesario o indispensable para conservar la vida del enfermo, esta decisión ahora se encuentra vedada para el médico.

Pero qué ha sucedido para que a partir de los años 70s hayan adquirido relevancia los principios éticos de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, es que acaso antes no se tomaban en consideración o no se incluían en la práctica médica. Considero que estos principios, al igual que la ley natural, son inherentes a la profesión, no solo médica sino a todas las profesiones especialmente humanísticas, el aspecto significativo y relevante del juramento hipocrático, es el haber marcado la pauta para que todo aquel que se iniciara en la profesión, debería obligarse a extremar la cualidad innata del hombre de no dañar, de procurar aliviar el dolor o el sufrimiento del cuerpo, utilizando recursos y procedimientos que convinieran al paciente, decidiendo por aquel el mejor de los métodos, actuando con honestidad y responsabilidad, procurando siempre el bien y evitando el mal. En esto radican los principios éticos.

Volviendo al punto de partida, habrá de considerar si ha sido el médico, el paciente, la sociedad o el Estado, quien determinó cambiar el sentido de la autonomía, se protege al paciente de la actuación del médico, no de la mala actuación del médico. Autonomía supone: anteponer la voluntad del paciente lo cual es razonablemente conveniente, pero en el caso del incapaz es el tutor quien decide y por lo tanto también se antepone a la voluntad del paciente, y en este sentido vale preguntarse si acaso el tutor siempre está moralmente autorizado para asumir, de manera absoluta la facultad de elección por el que no puede o está impedido de hacerlo; qué tan diferente o en qué cambia que sea otro sujeto diferente al médico quien decida por el paciente, acaso es esta una mejor elección que la del médico. La realidad actual nos hace ver que al menos para la sociedad, así es.

La palabra autonomía deriva del griego *autos* (propio) y *nomos* (regla). Respetar las decisiones de otros entra dentro del ámbito de la moral

común. Supone dos condiciones esenciales: la libertad, el actuar independientemente y ser agente, es decir, tener la capacidad de actuar intencionalmente. Es Autónoma aquella persona que tiene la capacidad de aceptar racionalmente, identificarse con, o rechazar los deseos y las preferencias. Para ello es indispensable que las personas autónomas actúen de manera intencional, con conocimiento y en ausencia de influencias externas. Respetarla implica asumir su derecho a tener opiniones propias, a elegir y realizar acciones basadas tanto en sus valores como en sus creencias personales. Este respeto debe ser activo, y no simplemente una actitud. Supone no sólo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas. Desde el punto de vista médico, respetar la autonomía obliga a los profesionales a informar, a buscar y asegurar la comprensión y la voluntariedad y a fomentar la toma de decisiones adecuada. Muchos creen que en medicina existe la tentación de utilizar la autoridad del médico para favorecer o perpetuar la dependencia de los pacientes, en lugar de promover su autonomía.

No podemos dejar de lado un concepto íntimamente vinculado con la autonomía, me refiero al paternalismo médico. En la tradición médica occidental, el paternalismo fue una característica constante, la ética aristocrática, juvenil y saludable, determina este paternalismo, al señalar que el médico debería cuidar a los demás como el padre lo hace con el hijo. Para los griegos ésta fue la típica relación humana que se dio entre el médico y el paciente. Bajo esta premisa, el enfermo no poseía autonomía moral, era el médico griego quien ejercía toda su autoridad, el enfermo que no podía, ni estaba en condiciones para decidir sobre su propia enfermedad. El médico al igual que el sacerdote, se daba por entendido que estaba en contacto con los dioses y actuaba ante ellos como mediador, ejerciendo poder sobre la vida y la muerte. Es precisamente del juramento hipocrático de donde surge el rol sacerdotal o profesional propio de reyes, sacerdotes, jueces y médicos. Este rol tiene un carácter eminentemente religioso, una fuerte responsabilidad ética y también una amplia impunidad jurídica que las diferencia de las demás profesiones, ocupaciones u oficios.

El juramento hipocrático es un solemne compromiso del hombre/médico que toma por testigo a dios y, si no cumple, acepta su castigo. Mediante el juramento el neófito se transforma en profeso, en profe-

sional en un sentido estrictamente religioso, que lleva a una responsabilidad interna, privada o moral y, a su vez, a una impunidad externa, pública y jurídica. En esta época, la medicina tiene un carácter primariamente privado o familiar y sólo secundariamente público o político, e impone al médico más deberes religiosos que jurídicos. La cláusula moral señala que el médico debe abstenerse de causar daño y de cometer injusticia, pero además tiene la consigna de ayudar o hacer el bien, lo que concuerda con la famosa máxima moral de Epidemias I: «Favorecer o no perjudicar».

Con un sentido rigurosamente moral, el médico ha de evitar todo daño o agravio, y debe actuar conforme el esquema platónico de las cuatro virtudes morales: con prudencia, con justicia, con fortaleza y con templanza, de aquí que el médico deba ser un hombre virtuoso, que además decide qué debe trascender y qué no; no es el enfermo quien decide sino el médico. A partir de entonces se concede poder al médico; el paternalismo supone dominación, basada en el señorío moral del médico y no en la fuerza ni en el aspecto jurídico. Al enfermo se lo considera incapaz y sin autonomía ni decisión moral, y no tiene otra opción que la de obedecer. Por eso, es un buen enfermo el que obedece.

Al fundarse las primeras universidades se patentiza el objetivo de formar en teología, derecho y medicina *profesionales clericales*. Surge un nuevo sacerdote, cirujano, regido también por la ética de la benevolencia. Con el inicio del mundo moderno lentamente se modifican los conceptos, la autoridad médica comienza a ejercerse con un paternalismo burocrático y nace el *medicus politicus*. Se pasa de la dominación carismática a la burocrática y legal. El paradigma es el Estado moderno. Dos principios rigen esta dominación: el de la legitimidad de las leyes y el de derecho de mando del que ejerce esas leyes. El *Royal College of Physicians de Londres*, fue creado en sus orígenes por Enrique VIII para determinar quiénes podían ejercer la medicina y su estatuto rompe con el concepto de gremio médico, pero en sus códigos sigue vivo el paternalismo. Thomas Percivale piensa de acuerdo con principios jurídicos, que el médico debe cumplir normas para con él mismo, para con los pacientes (*primum non nocere*) y con la sociedad. Si cumple con estos tres tipos de deberes será un *medicus politicus*, un *gentleman*. En su código adhiere un tipo de paternalismo juve-

nil, postula que se debe decir la verdad al paciente y Pufendorf afirma que quien dice una mentira por un fin bueno no es culpable, en tanto que Percivale considera que la información es un privilegio del médico, que anula el derecho del enfermo a ser informado.

En 1957 aparecen los *Principles of Medical Ethics*, en los que se afirma que el principal objetivo es el beneficio del enfermo y postula el paternalismo al pedir total respeto por la dignidad del hombre. En la revisión de 1980, de los principios de ética médica, el médico ya no es quien debe decidir el bien del individuo o de la comunidad, es el derecho quien decide cuándo el médico no debe guardar la confidencialidad. También, entonces, se postulan los derechos de los pacientes, con lo que se comienza a dejar de lado el paternalismo. En forma explícita, se ordena al médico el deber de informar al enfermo sobre los efectos y posibles consecuencias del tratamiento. Obtendrá el consentimiento del paciente, sobre todo cuando los actos propuestos presenten un serio problema.

El médico no puede sustituir el concepto de calidad de vida del paciente por el suyo propio. En la relación médico-paciente actual, el enfermo debe actuar según el principio de autonomía, la sociedad según la justicia y el médico según el de beneficencia.

2. — A partir de las primeras declaraciones de derechos humanos en 1774 en Filadelfia, y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, se consolidan los derechos humanos en todas las constituciones de los países civilizados y forman parte de las legislaciones, la política y la ética. En su base se encuentra el principio de autonomía, que patentiza que el hombre posee libertad para actuar y disponer de sus propiedades y su persona, dentro de los límites de la ley natural.

John Stuart Mill en su obra *On Liberty*, sostiene que solo una sociedad que respete las libertades civiles es moral. La única libertad que merece este nombre es la de buscar el propio bien, siempre que no se lo prive a otros. Así, cada uno es responsable de su salud física, mental y espiritual. Se llega al momento en el cual el enfermo es considerado un ser autónomo y libre, capaz de tomar decisiones sobre su cuerpo, su salud y su vida, y se establece una relación médico-paciente horizontal y democrática; surge, de esta manera, la obligación del médico de comuni-

car la verdad al paciente, y la veracidad se convierte a su vez, en una obligación moral.

En el siglo XIX, antes de la era de la anestesia y antisepsia, a la cirugía se le identificaba con dolor, mutilación, infección y mucho riesgo de muerte, por eso al menos en los Estados Unidos, los cirujanos respetaban la opinión de los pacientes al grado de no importar que la decisión implicara la muerte del sujeto, sin que la falta de actuación médica se tomara como mala práctica. En aquellos casos en que los cirujanos actuaban sin el consentimiento del paciente, los tribunales los condenaban sólo cuando hubiesen actuado en contra de normas médicas. Lo que se valoraba era la afectación del derecho a la salud y no el no poder actuar en el cuerpo del enfermo sin su permiso. Se consideraba al enfermo incapaz, cuando rechazaba un tratamiento que a juicio del médico era eficaz. En el cambio hacia el siglo XX, la ley comienza a determinar que cualquier intervención sanitaria en la que el médico actúe sobre el cuerpo del paciente, sin su consentimiento, puede constituir delito de agresión técnica. Esta transgresión era tipificada como negligencia, ya que se consideraba la capacidad de decisión del paciente como un factor para tener en cuenta, dentro del objetivo general de la terapéutica, más que como un derecho legal autónomo o independiente.

Con base en el derecho de autodeterminación, si el paciente no otorga el consentimiento, se puede producir agresión aunque la técnica operatoria sea perfecta y los efectos beneficiosos. A partir de 1914, se hacen más frecuentes las sentencias contra médicos por traspasar límites del consentimiento, y se inicia lo que se ha llamado el primer movimiento de juicios de mala praxis. Desde 1950, a la obligación de obtener el consentimiento del paciente, se agrega el deber de informar adecuadamente, poner de manifiesto los riesgos de una técnica u operación, por remotos que sean. A partir de entonces, si el médico no cumple adecuadamente surge la negligencia y el paciente con mente sana puede, por ser el señor de su propio cuerpo, prohibir operaciones quirúrgicas u otros tratamientos para salvar la vida. En 1973, la Asociación Americana de Hospitales, aprobó la Carta de Derechos del Paciente en cuyo texto se contempla: 1) derecho a una atención considerada y respetuosa; 2) a obtener información completa sobre el diagnóstico, tratamiento y pronóstico; 3) otorgar el consentimiento informado antes del inicio de cual-

quier prueba y/o terapéutica, excepto en casos de urgencia; 4) derecho a rechazar el tratamiento, en límites permitidos por la ley; 5) derecho a que se respete su privacidad y a la muerte digna.

En 1946, el Código de Nüremberg sostiene que el consentimiento voluntario del sujeto es absolutamente esencial. Hacia 1973, el importante desarrollo tecnológico, que se inicia en la década del setenta, con el advenimiento de las unidades intensivas, diálisis, respiradores y trasplantes, aparece un nuevo lenguaje: la bioética, y se crean comisiones nacionales para establecer normas éticas para el tratamiento de moribundos y el uso de medidas especiales para prolongar la vida, así como criterios relativos a los derechos de los enfermos: libertad, dignidad, integridad personal, información al tratamiento adecuado y a no sufrir.

Pero el consentimiento informado, de acuerdo con la Asociación médica Americana de 1981, admite dos excepciones: 1) cuando el paciente se halla inconsciente o sin capacidad para prestar consentimiento y 2) cuando el riesgo de revelación supone una seria amenaza psicológica de daño. Cuando surge un conflicto entre la autodeterminación de un paciente competente y su aparente bienestar, la decisión del paciente competente tiene, y generalmente debe tener, mayor peso que las demás opiniones sobre su bienestar. El paciente debe ser la autoridad final en decidir.

Tres reglas fundamentales son decisivas para la información: claridad, veracidad y responsabilidad. Quien quiera observarlas deberá utilizar un lenguaje sencillo, no esconderse tras vocablos técnicos, dar primacía a la veracidad sobre la verdad compleja y sin disimulo y percibir razonablemente, hasta dónde quiere y cuánta información es capaz de soportar el paciente.

El acto médico, como objeto del contrato de servicios médicos, requiere diligencia y aptitud (obligación de medios), para cumplir las medidas impuestas por las reglas del arte de la medicina mediante diagnóstico y tratamiento adecuados, tendentes a la curación del paciente, cuyo resultado no se garantiza. La intervención médica recae sobre el cuerpo humano y la salud; de allí la necesidad del consentimiento que legitima la actuación médica. Los tratamientos médicos pueden afectar la vida, la salud y la integridad psicofísica de los paciente, y cabe la posibilidad de que aparezcan intereses en conflicto. La regla que impide actuar sin la volun-

tad favorable del enfermo, pierde efectividad cuando los pacientes no están en condiciones de consentir, sea por falta de capacidad o ante situaciones urgentes con peligro para la vida, y en el caso de los pacientes psiquiátricos, la toma de una decisión racional y autónoma, para someterse o no a un determinado tratamiento médico considerado beneficioso para la curación o mejoría, se convierte en un acto difícil y complejo.

Es innegable que la situación del enfermo es difícil, especialmente en el momento de decidir, en tanto que la posición del profesional es harto compleja y para ambos puede llegar a ser angustiante y plena de incertidumbre. Por un lado, debido a los valores comprometidos en la decisión médica, y por otro, a causa de los crecientes temores y exigencias legales por responsabilidad profesional verdadera o real y los crecientes juicios por mala práctica, que han enrarecido el vínculo profesional-paciente, creando por momentos un clima de hostilidad. La buena fe y el deber de confianza se han resentido.

La regla general establece que nadie puede ser obligado a someterse a tratamientos médicos. Sin embargo, se reconocen excepciones; así la ley obliga al profesional a asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo en los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causas de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad del enfermo por escrito, salvo las excepciones referidas o cuando la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En estos supuestos, el acto médico es lícito aún sin el consentimiento del paciente, e incluso contra su voluntad, dado que la ley privilegia la vida y la seguridad de terceros en detrimento de la libertad del paciente.

Tal excepción se basa en la colisión existente entre los derechos fundamentales del sujeto (autonomía y dignidad) y el interés general, la negativa de un paciente a someterse a la acción sanitaria no autoriza a someterlo por la fuerza, ya que se afectaría el derecho a la integridad psicofísica y a la dignidad inherente a la persona humana.

A partir de las ideas de autonomía, el derecho a la integridad cuerpo y a la salud, se desprende que el profesional no puede realizar ningún examen ni tratamiento, sin obtener la decisión válida del paciente en pleno uso de sus facultades. Según Florencia Luna, una persona compe-

tente da su consentimiento informado, cuando, provista de la información adecuada y sin coerciones, acepta seguir el tratamiento propuesto por su médico o someterse a algún tipo de experimentación. Da su rechazo informado cuando, poseyendo la información relevante del caso, se niega a seguir tal tratamiento.

La doctrina anglosajona del consentimiento informado, pretendió poner un freno al paternalismo médico y reconoce como base el principio de autonomía de la voluntad. El derecho a la autodeterminación será respetado si se cumplen tres requisitos: a) Que el paciente actúe en forma autónoma y dotada de capacidad; b) Que exista un consentimiento voluntario, libre e informado en aquellos supuestos en que se proponen exámenes o tratamientos y c) Que se brinde información suficiente y clara al paciente. En este marco, la autonomía se entiende como libertad personal de elegir y decidir conforme a las propias convicciones, salvo en los casos de imposición de asistencia médica por razones superiores (orden público).

El segundo principio legal que subyace en la doctrina del consentimiento informado es la relación de confianza, el deber de buena fe. El paciente deposita su confianza en la idoneidad profesional del médico, quien asume el deber accesorio de revelar todas las circunstancias pertinentes. Este consentimiento informado, mejor llamado asentimiento o legitimación, es una manifestación de voluntad que legitima el acto obrado.

BEATRIZ E. SOSA MORATO*

DERECHO SANITARIO EN MÉXICO:
NOTAS SOBRE LA EXPERIENCIA
DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO
Y EL PERFIL DE LA RELACIÓN
DE IURE MÉDICO-PACIENTE

SUMARIO: 1. Preámbulo. — 2. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Lineamientos jurídicos referencia básica. — 3. Elementos generales para el estudio de la relación jurídica básica que se establece con motivo de la atención médica. — 4. Relación jurídica simple: Prestador del servicio de atención médica y usuario de servicio. — 4.1. El prestador del servicio de atención médica: sus derechos. — 4.2. El usuario del servicio de atención médica: sus derechos. — 5. Vista panorámica.

1. — El tema de la protección de la salud como derecho tiene, en México, un itinerario amplio del que haremos unas sencillas anotaciones, a fin de contar con los elementos básicos para introducirnos, de manera adecuada a nuestro objeto de estudio.

Nuestra referencia inicial, se localiza en la década de los años 40, ya que fue precisamente en ese tiempo cuando se creó, la entonces denominada Secretaria de Salubridad y Asistencia y también, el Instituto Mexicano del Seguro Social. A finales de los años 50 apareció el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado.

Un momento importante en relación al desarrollo del derecho en

* La Dra. Beatriz E. Sosa Morato fue Asesor Jurídico de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en su período fundacional, es Dra en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, en Pamplona, España y Dra en Humanidades con especialidad en Filosofía del Hombre, por el Centro Universitario de la Ciudad de México. Pertenece al claustro fundador de la carrera de Derecho en la Escuela de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México. Profesor-investigador en la Escuela de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México.

comento se da en los años 80, bajo la presidencia del licenciado Miguel de la Madrid Hurtado¹.

El dos de abril del año 82, durante la reunión sobre Salud y Seguridad Social celebrada en Coatzacoalcos, mencionó De la Madrid, la necesidad de reconocer explícitamente el derecho a la salud, aunado a la advertencia de no haber alcanzado la plena cobertura de servicios de salud en el país, debido entre otros puntos, a una descoordinación de las distintas dependencias y entidades públicas, así como a la falta de capacidad para establecer un Sistema Nacional de Salud que respondiera a la demanda popular de una vida sana.

En el gobierno del licenciado De Lamadrid hubo un documento de suma importancia: el Plan Nacional de Desarrollo 1983-88², en ese texto el propio De la Madrid indica

«El 1º de diciembre de 1982, al asumir mi responsabilidad como Titular del Poder Ejecutivo Federal, promoví la reforma de los principios normativos del desarrollo económico y social de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como parte de esta reforma, el nuevo Artículo 26 de la Constitución determina que el Estado debe integrar un Sistema Nacional de Planeación Democrática.

En el marco de esta reforma, se presenta a la Nación el Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, en los términos y plazos fijados por la nueva Ley de Planeación [...]»³.

En relación directa al tema de salud, en el PND se manifestaron, entre otros, los siguientes puntos:

1. Se afirmó la concepción de la protección de la salud, como un derecho social⁴.
2. La necesidad de adoptar los medios que hicieran gradualmente posible la prestación de los servicios de salud a toda la población⁵ con los niveles de calidad deseados⁶.

¹ Miguel de la Madrid Hurtado, político, abogado y economista mexicano fue presidente de la República del 1º de diciembre de 1982 al 1º de diciembre de 1988. Emprendió el programa de Renovación moral de la sociedad y durante su gobierno se llevaron a cabo múltiples reformas a nivel constitucional.

² Poder Ejecutivo Federal, Secretaría de Programación y Presupuesto, *Plan Nacional de Desarrollo*, 2ª. Edición, corregida y aumentada, (México 1983).

³ PND 1983-1988, Presentación, párrafos 1º y 2º.

⁴ Cfr. PND, punto 7.4.

⁵ En 1982 existían más de diez millones de habitantes que no tenían acceso a servicios permanentes de salud. Cfr. PND, No. 7.4.1., párrafo 9º; No. 7.4.2., párrafo 2º.

3. El propósito de materializar la garantía constitucional del Derecho a la protección de la salud⁷.

Estos y otros lineamientos apuntaban directamente, al cambio estructural en materia de salud⁸.

En 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que contenía las reformas al artículo 4º constitucional, numeral en el que se incluyeron precisiones al derecho de protección a la salud⁹.

La reforma se presentó como programática, en el sentido de que por obvias razones, la explicitación de ese derecho en el 4º numeral no implicaba que la protección a la salud se diera en la realidad de manera inmediata¹⁰, sino que su efecto consistiría, básicamente, en modelar la realidad a mediano plazo. Entre los objetivos identificados a fin de cubrir las metas programáticas, jugaba un papel importante el Sistema Nacional de Salud, que se constituyó, fundamentalmente, por:

- a) Las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local,
- b) Las personas físicas o morales de los sectores social y privado que prestaran servicios de salud¹¹,

El objetivo del SNS pretendía proporcionar servicios de salud¹² a

⁶ *Ibidem*. En este renglón quedará más tarde gran parte de la labor que desarrollaría la *Conamed*.

⁷ Cfr. PND, No. 7.4.2., párrafo 1º.

⁸ Cfr. PND, No. 7.4.4., párrafo 1º.

⁹ Art. 4º constitucional, párrafo 4: «[...] *toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia con la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del art. 73 de esta Constitución [...]*». El 7 de febrero del año 1984 se publicó en el DOF La ley General de Salud que reglamentó al derecho a la protección de la salud indicado en el 4º constitucional, se establecieron las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, véase el art. 1º de la ley en comento. Cfr. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-153.pdf>.

¹⁰ Cfr. PND, *Presentación*, párrafo 12.

¹¹ Cfr. LGS, art. 50.

¹² Se entendió por servicios de salud las acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Cfr. LGS, arts. 23.

toda la población, así como mejorar la calidad de los mismos¹³, a tal efecto los servicios fueron clasificados en:

- 1°. Atención médica,
- 2°. Salud Pública y,
- 3°. Asistencia social¹⁴.

La Atención médica fue considerada como el conjunto de acciones que se proporcionan al individuo para proteger, promover¹⁵ y restaurar su salud¹⁶. Los medios específicos para obtener esa meta se enlazó a tres tipos de actividades: preventivas¹⁷, curativas¹⁸ y de rehabilitación¹⁹.

Establecer el Sistema Nacional de Salud implicó esfuerzos y tiempo, más tarde habría que preocuparse por la calidad de los servicios, en ese contexto aparecería la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

2. — El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000²⁰ consideró la necesidad de mejorar la calidad de los servicios médicos y, en consonancia con ese planteamiento, también el deber de atender las demandas de los usuarios²¹ de esos servicios, a efecto de procurar que se brindaran, en la medida en la que las circunstancias lo permitieran con mayor calidad y eficiencia.

La Comisión Nacional de arbitraje Médico aparece en la escena jurí-

¹³ Cfr. LGS, art. 6, fracción I.

¹⁴ Cfr. LGS, art. 24.

¹⁵ Cfr. Título séptimo de la LGS, artículos 110 y 111.

¹⁶ Cfr. LGS, art. 32.

¹⁷ Cfr. Título octavo de la LGS, artículos 133 ss.

¹⁸ Las actividades curativas tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno. Cfr. LGS, art. 32, fracc. II.

¹⁹ Incluyen acciones tendientes a corregir la invalidez física o mental. Cfr. LGS, art. 32, fracc. III.

²⁰ Ernesto Zedillo Ponce de León ocupó la presidencia de la República del 1° de diciembre del año 1994 al año 2000. A este gobierno pertenece la referencia al PND de las fechas que se indican en el texto.

²¹ Había quedado previsto, en el artículo 54 de la LGS que las autoridades sanitarias competentes y las propias instituciones de salud, establecían procedimientos de orientación y asesoría a los usuarios o solicitantes para que presentaran quejas, reclamaciones y sugerencias respecto de la prestación de los servicios de salud y en relación a la falta de probidad, en su caso, de los servidores públicos.

dica el 3 de junio del año 1996, fecha de publicación de su decreto de creación en el DOF. Se trata de un documento corto, compuesto de catorce artículos en los que se da a conocer su naturaleza, integración, funciones y objetivo.

Se trataba de un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, cuyo objeto se centraría en contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios²². Quedaban fijados así los términos de la relación jurídica entre los que podría presentarse una controversia en la que podría auxiliar, para su solución, la entonces naciente CONAMED, los términos son:

- a) Usuarios de los servicios médicos, por tales el decreto entendió que se trataba de las personas que solicitan, requieren y obtienen un servicio de la citada naturaleza para proteger, promover y restaurar su salud física o mental²³.
- b) Prestadores de servicios médicos, instituciones de salud de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica²⁴.

Había en la LGS varios tipos de prestadores de servicios de salud²⁵ que a grandes rasgos quedaban delineados por las siguientes características:

- b.1) Seguridad social.- Las actividades brindadas por las instituciones públicas de seguridad social a sus derechohabientes, o por encargo del Poder Ejecutivo Federal a otros grupos de usuarios²⁶.

²² Cfr. Art. 2 del Decreto por el que se crea la *Conamed*.

²³ Cfr. Art. 3, 2º párrafo del Decreto de creación de la *Conamed*.

²⁴ La LGS en sus artículos 34 a 49 estableció algunas normas relacionadas con los prestadores de servicios de salud, en el artículo 34 se clasificó a los prestadores de servicios de salud en tres categorías: I. Servicios públicos a la población en general II. Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo Federal, presenten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios y III. Servicios sociales y privados, sea cual fuere la forma en que se contraten y, IV otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria. Cfr. Art. 34 de la LGS, 2º y 3º del Decreto de creación de la *Conamed*.

²⁵ Los servicios de salud son las acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y la colectividad. Se clasificaban en 3 rubros: 1) atención médica 2) salud pública y 3) asistencia social. Cfr. Arts. 23 y 24 de la LGS.

- b.2) Privados.- Los servicios proporcionados por personas físicas o morales mediante el otorgamiento de contratos para con los usuarios, en términos de las disposiciones civiles y mercantiles²⁷.
- b.3) Servicios sociales.- Los que dan directa o mediante la contratación de seguros individuales o colectivos, los grupos y organizaciones sociales (sindicatos, asociaciones y sociedades gremiales, asociaciones ejidales, etc.) a sus miembros y los beneficiarios de los mismos²⁸.

Al decreto de creación siguió la publicación del Reglamento interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, apareció publicado en el DOF el 12 de septiembre del mismo año de creación del órgano desconcentrado²⁹. En este reglamento se reguló la estructura, organización y facultades de la CONAMED, en lo substancial existieron tres direcciones de soporte, a más desde luego de una serie de unidades de administración, control y apoyo.

Las unidades centrales fueron:

1) Orientación y Quejas.- Área encargada, entre otros aspectos, de brindar asesoría en materia del derecho a la protección de la salud, orientar tanto a usuarios como a prestadores de servicios de atención médica sobre sus derechos y obligaciones, dictaminar si las quejas recibidas son competencia de la Comisión, en caso de que lo sean atender y calificar el fundamento de las mismas, remitir a la dirección de conciliación los expedientes que se determinen procedentes³⁰.

2) Conciliación.- En esta Dirección General se habrían de recibir y analizar los expedientes remitidos por la Dirección General de Orientación y Quejas, proponer amigable composición y, en su caso hacer propuestas de conciliación o proponer el arbitraje³¹.

3) Arbitraje en esta sección se reciben y analizan los expedientes remitidos por la Dirección General de conciliación, se reúnen los elemen-

²⁶ Cfr. O. CASA MADRID, *La atención médica y el derecho sanitario*, Ciencia y Cultura Latinoamericana, S.A. de C.V. JGH editores, 1ª reimpresión, México, 2000, p. 79.

²⁷ Cfr. Art. 38 de la LGS.

²⁸ Art. 39 LGS.

²⁹ En fechas posteriores hubo variaciones cfr., por ejemplo, el DOF 10 octubre 2002.

³⁰ Cfr. Art. 32 del Reglamento Interno de la *Conamed* (12 septiembre 96).

³¹ Cfr. Art. 33 RIC.

tos necesarios para llevar a cabo el examen de los casos, se sustancia el procedimiento, se elabora el proyecto de laudo³².

También es competente para la emisión de opiniones técnicas³³.

La labor que ha llevado a cabo la CONAMED desde 1996 ha sido amplia, pueden consultarse datos concretos en *Diez años de arbitraje médico en México*³⁴. Nos interesa resaltar los elementos básicos de la relación jurídica que tiene lugar entre el prestador de los servicios de atención médica y el usuario de los mismos, por ser ella, precisamente la que ha servido para desarrollar el quehacer de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, por más de una década.

3. — Son claros los términos indispensables de la relación jurídica, sin embargo, se trata de una relación de derecho nacida en función del ejercicio de la medicina, situación que puede llevarnos a reflexionar sobre la posibilidad de estar frente a una disciplina jurídica especial, aspecto que ha sido considerado por varios autores, existiendo una disparidad de opiniones en relación al nombre de la disciplina.

Para tratar de ver si estamos ante un área autónoma hay que considerar si existe un cuerpo de doctrina³⁵, evolución histórica de la materia, legislación sistemática. Aspectos que, en la especie se presentan y que constituyen las razones por las cuales es factible advertirla.

Más allá de todas las posibilidades que se hayan esgrimido en la doctrina, tomamos como punto de referencia la posición del Licenciado Casamadrid, quien comenta que el Derecho Sanitario es la rama del dere-

³² Cfr. Art. 34 RIC.

³³ Una Opinión Técnica es el análisis emitido por la *Conamed* a través del cual establecerá apreciaciones y recomendaciones necesarias para el mejoramiento de la calidad en la atención médica, especialmente en asuntos de interés general. Las opiniones técnicas podrán estar dirigidas a las autoridades, corporaciones médicas, o prestadores de servicio médico y no serán emitidas a petición de parte, ni para resolver cuestiones litigiosas. Cfr. Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la *Conamed*, art. 2, fracc. XI.

³⁴ [Http://www.conamed.gob.mx/index.php](http://www.conamed.gob.mx/index.php).

³⁵ Debe existir un sistema, en el que hay que diferenciar una parte general, donde se estudia la noción, método y evolución histórica de la disciplina, una parte especial que es propiamente la exposición del sistema, en la especie habrá que advertir una legislación sistemática, como parte positiva de la materia.

cho público encargada de estudiar los actos de protección a la salud en sentido estricto, área del derecho en la que se pueden diferenciar cuatro rubros de regulación:

- a) Salud pública,
- b) Atención Médica,
- c) Asistencia social y,
- d) Régimen jurídico de policía sanitaria³⁶.

El quehacer de la *Conamed* está colocado en el rubro de Atención médica³⁷, parte del Derecho sanitario. El eje de análisis, bajo esta óptica va a estar en la relación jurídica nacida con motivo de ejercicio de la medicina.

Sobre lo que es una relación de derecho la doctrina indica que se trata de un vínculo – nexo – establecido entre personas y regido por el derecho³⁸, se trata de vínculos que crean entre los sujetos de derecho, lazos que suponen obligaciones y facultades.

La relación de derecho es, en palabras de Hervada una estructura primaria y fundamental de la realidad jurídica; es el sector de la vida social, organizado y estructurado por sus fines, según justicia, o expresado de otra manera, puede indicarse que se trata del vínculo que existe entre dos o más sujetos en razón de sus respectivos derechos o cosas que les pertenecen.

La relación de derecho es presidida por un principio organizador que es la finalidad de la relación y tiene varios elementos:

- a) Sujetos:

El establecimiento del vínculo supone alteridad entre los sujetos que

³⁶ Cfr. O. CASA MADRID, *op. cit.*, p. XIV.

³⁷ Bajo ese ángulo preciso hay en la doctrina quien se refiere al Derecho Médico, cuyo objeto propio es el estudio de las relaciones jurídicas nacidas en del ejercicio de la medicina. Cfr. J. MOREAU, D. TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Ed. Dalloz, Paris, 1981. Vide in O. CASA MADRID, *op. cit.*, p. XIV.

³⁸ Cfr. R. DE PINA, *Diccionario de Derecho* (19ª edición), Editorial Porrúa, México, 1993, actualizada por Juan Pablo de Pina García., p. 438 ss. R. TAMAYO Y SALMORÁN, en *Diccionario Jurídico Mexicano, Voz Relación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 2773.

se relacionan, deben presentarse ante ellos como enteramente otros. Uno hace acto de presencia a la escena jurídica como titular de un derecho y el otro, el que se encuentra frente al titular del derecho, ese es titular del deber, es la relación acreedor – deudor.

Esta relación entre sujetos diferentes, «alter», cubre dos características que resultan importantes, se presentan uno al otro, como distintos y, a la vez, complementarios: Cada uno está posicionado en uno de los extremos del lazo unitivo entre ellos, se oponen y se complementan³⁹. Son respecto de ellos mismos, otros, iguales⁴⁰ y complementarios (acreedor – deudor), entre ellos.

b) Fundamento

Es aquello por lo que los sujetos están relacionados, y por lo que el vínculo es de derecho: El bien debido.

c) Vínculo jurídico

Implica la unión de los sujetos en relación con la cosa. Relación de los sujetos en función de la cosa, según finalidad.

d) Contenido

Es el conjunto de situaciones jurídicas de las personas unidas en el vínculo. Por ejemplo derechos, obligaciones⁴¹.

4. — En la especie hay que entrar a la identificación de los perfiles de la relación jurídica se genera entre el médico y su paciente⁴².

³⁹ Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1981, p. 51. Véase también sobre estos puntos al mismo autor en *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho* (2ª edición), Editorial EUNSA, Pamplona, 1995, pp. 245-246.

⁴⁰ Igualdad referida a la posibilidad de dar satisfacción al débito. Cfr. J. HERVADA, *op. cit.*, p. 50.

⁴¹ Cfr. J. HERVADA, *Introducción*, p. 50 ss., así como 126 ss.; *Lecciones ...* pp. 244-245.

⁴² El tema se trata en sus lineamientos más sencillos. El punto de partida se localiza en el área civil, cfr. Artículo 2615 Código Civil del DF en materia común y para toda la República en materia Federal: «*El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo [...]*». La impericia supone falta de conocimiento, la negligencia falta de cuidado, el dolo la maquinación o artificio para engañar o la intención de dañar, a más de estas especies Casa Madrid menciona la temeridad o impericia temeraria y la identifica como la exposición innecesaria a riesgos por falta de conocimiento. Cfr. CASA MADRID, *La atención médica*, p. 13.

Nos encontramos frente al prestador del servicio de atención médica y el usuario del mismo. El usuario, al tenor del artículo 32 de la LGS pretende la protección, promoción y restauración de su salud.

¿Cómo procura el prestador del servicio esa promoción, protección o, en su caso restauración? La doctrina advierte que la actividad del médico se ejerce sobre el cuerpo humano⁴³ a través de un acto de relevancia jurídica⁴⁴, por lo que al satisfacer el supuesto jurídico se actualizarán las consecuencias previstas en la norma: los derechos y las obligaciones que la disposición correspondiente considere para cada uno de los elementos personales de la relación médico-paciente.

Fernando Guzmán Mora y Eduardo Franco Delgadillo han indicado que el acto médico es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como objeto⁴⁵ la vida o la salud de otro hombre (el usuario del servicio), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un sujeto de derechos, por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en las manos del prestador de servicios⁴⁶.

4.1. — En relación al contenido del vínculo para el prestador del

⁴³ Carlos Stoss indica que el tratamiento médico es la acción beneficiosa para la salud de la persona, *ejercida sobre su cuerpo*; Filippo Grisogni al referirse al tratamiento médico quirúrgico menciona que se trata de aquella *modificación del organismo* ejecutada según las normas indicadas por la ciencia, *para mejorar la salud física y psíquica de la persona o la belleza de la misma*; Alberto Crespi considera que el tratamiento médico-quirúrgico es propiamente una acción llevada a cabo por parte de un médico en el ejercicio de su actividad profesional, dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano vivo; Jiménez de Asúa expresa, por su parte que la actividad curativa es toda *intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de una persona* o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados. Se trata de llevar a cabo una actividad que afecta a personas. Cfr. O. CASA MADRID, *El acto médico y el derecho sanitario*, en Revista *Conamed*, Vol. 10, Núm. 1, enero-marzo 2005, p. 16 ss.

⁴⁴ Las bases técnicas para determinar el perfil de las figuras del derecho sanitario hunden sus raíces en la Teoría general del derecho y en la ley de la causalidad jurídica.

⁴⁵ Aunque el término que aparece es objeto y dada la extensión de este trabajo, baste con indicar que se trata del bien jurídico receptor de la actividad médica. En puridad habría que hacer el enlace con la deontología y los principios que animan la *lex artis* médica.

⁴⁶ Cfr. O. CASA MADRID, *El acto ...*, p. 18.

servicio de atención médica, la CONAMED publicó la Carta de los Derechos Generales de las Médicas y los Médicos, documento que fue elaborado con la colaboración de representantes de diversas instituciones⁴⁷ y su propósito declarado está en hacer explícitos los principios básicos en los cuales se sustenta la práctica médica⁴⁸.

TABLA DE DERECHOS GENERALES DE LOS MEDICOS.

	Derecho	Desglose
1	Ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de cualquier naturaleza.	El médico tiene derecho a que se respete su juicio clínico (diagnóstico y terapéutico) y su libertad prescriptiva, así como su probable decisión de declinar la atención de algún paciente, siempre que tales aspectos se sustenten sobre bases éticas, científicas y normativas ⁴⁹ .
2	Laborar en instalaciones apropiadas y seguras que garanticen su práctica profesional.	El médico tiene derecho a contar con lugares de trabajo e instalaciones que cumplan con medidas de seguridad e higiene, incluidas las que marca la ley, de conformidad con las características del servicio a otorgar ⁵⁰ .

⁴⁷ En la elaboración de la Carta de referencia participaron de representantes de: Subsecretaría de Innovación y Calidad de la Secretaría de Salud, Comisión Nacional de Bioética, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Dirección de prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, Subdirección general médica y Subdirección de regulación de servicios de salud del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Academia Mexicana de Cirugía, Academia Nacional de Medicina, Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas, Federación Nacional de Colegios de la Profesión Médica, Colegio de Médicos Lasallistas y la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Salud. Cfr. *Introducción a la Carta de los Derechos Generales de las médicas y los Médicos*, en <http://www.conamed.gob.mx/index.php> consultado el 4 de junio del año 2009.

⁴⁸ Cfr. Introducción del documento en comento, párrafo 5°.

⁴⁹ Cfr. Art. 5. CPEUM, 9° del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

⁵⁰ Cfr. Ley Federal del Trabajo, art. 51, fracción VII; LGS, art. 166; Reglamento de la LGS en materia de prestación de servicios de atención médica, art. 19, fracc. II.

3	Tener a su disposición los recursos que requiere la práctica profesional.	Es un derecho del médico recibir del establecimiento donde presta sus servicios: personal idóneo, así como equipo, instrumentos e insumos necesarios, de acuerdo con el servicio a otorgar ⁵¹ .
4	Abstenerse de garantizar resultados en la atención médica.	El médico tiene derecho a no emitir juicios concluyentes sobre los resultados esperados de la atención médica ⁵² .
5	Recibir trato respetuoso por parte de los pacientes y sus familiares, así como del personal relacionado con su trabajo profesional.	El médico tiene derecho a recibir del paciente y sus familiares trato respetuoso, así como información completa, veraz y oportuna relacionada con el estado de salud. El mismo respeto deberá recibir de sus superiores, personal relacionado con su trabajo profesional y terceros pagadores ⁵³ .
6	Tener acceso a educación médica continua y ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional.	El médico tiene derecho a que se le facilite el acceso a educación continua y a ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional, con el propósito de estar actualizado ⁵⁴ .
7	Tener acceso a las actividades de investigación y docencia en el campo de su profesión.	Por ser parte de su desarrollo profesional ⁵⁵ .

⁵¹ Cfr. LFT, art. 132, fracc. III; Reglamento de la LGS en materia de prestación de servicios de atención médica, arts. 21, 26.

⁵² Cfr. LGS, arts. 23, 32 y 33; Ley Reglamentaria del art. 5 constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones, art. 33; Código civil Federal, arts. 1828 y 2613; Reglamento de la LGS en materia de prestación de servicios de atención médica, arts. 7 y 72.

⁵³ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1; LFT, art. 132, fracc. VI; LGS, art. 51; Reglamento de la LGS en materia de prestación de servicios de atención médica, arts. 9 y 48.

⁵⁴ LGS, art. 89; LFT, art. 153 A, B, F.

⁵⁵ Cfr. LGS, art. 90; Reglamento de la LGS en materia de prestación de servicios de atención médica, arts. 6, 17.

8	Asociarse para promover sus intereses profesionales.	Asociarse en organizaciones, asociaciones y colegios para su desarrollo profesional, con el fin de promover la superación de sus miembros y vigilar el ejercicio profesional de conformidad con lo prescrito en la ley ⁵⁶
9	Salvaguardar su prestigio profesional.	El médico tiene derecho a la defensa de su prestigio profesional y a que la información sobre el curso de una probable controversia se trate con privacidad, y en su caso a pretender el resarcimiento del daño causado. La salvaguarda de su prestigio profesional demanda de los medios de comunicación respeto al principio de legalidad y a la garantía de audiencia, de tal forma que no se presuma la comisión de ilícitos hasta en tanto no se resuelva legalmente cualquier controversia por la atención médica brindada ⁵⁷ .
10	Percibir remuneración por los servicios prestados.	El médico tiene derecho a ser remunerado por los servicios profesionales que preste, de acuerdo a su condición laboral, contractual o a lo pactado con el paciente ⁵⁸

Dada la bilateralidad presente en la ciencia jurídica, es menester hacer una lectura inversa, en algunos puntos para localizar los deberes de los usuarios de los servicios de atención médica. Sin embargo como cri-

⁵⁶ Cfr. CPEUM, art. 9; Ley Reglamentaria del art. 5 constitucional relativo al ejercicio de las profesiones, arts. 40, 50; LGS, art. 49; Código civil Federal, art. 2670.

⁵⁷ CPEUM, arts. 14 y 17; Ley Reglamentaria del art. 5 constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones, art. 34, fracc. V, y 35.

⁵⁸ Cfr. CPEUM, art 5; LFT, arts. 56, 82, 83, 85; Ley Reglamentaria del art. 5 constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones, arts. 24, 31, 32 y 38; Código civil Federal, arts. 2606 y 2613.

terio genérico, hay algunos aspectos que merecen atención especial, en ese supuesto encontramos básicamente dos referentes:

- Lex artis⁵⁹ médica y lex artis ad hoc.
- Obligaciones que asume el prestador del servicio.
- La Lex artis es la norma de conducta que exige el buen comportamiento del profesional. La lex artis sirve para ver si la actuación del médico corresponde, o no, con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

Hay que distinguir entre la Lex Artis y la Lex artis ad hoc, ésta última es la especificación de la lex artis al supuesto concreto⁶⁰, o como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 citada por Fernández Hierro, en la que se lee: «[...] la actuación de los médicos debe regirse por la denominada lex artis ad hoc, es decir en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en las que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional [...] se entiende por lex artis ad hoc [...] aquel criterio valo-

⁵⁹ Ley del arte, en la especie del arte de la medicina. Recordemos como en el Juramento Hipocrático aparece por ejemplo el siguiente texto: «[...] Así pues, si observo este juramento sin quebrantarlo, séame dado gozar de mi vida y de mi arte y ser honrado para siempre entre los hombres; más si lo quebranto y cometo perjurio, succédame lo contrario». La concepción de arte, en el contexto del sistema de las ciencias, se vincula con un conocimiento artístico, hace referencia a la poiesis que es tanto como afirmar que se trata de un saber que pertenece al orden práctico, por causas contingentes y que implica un hacer factible. Esta ciencia se presenta a la escena del trabajo en diversos contextos con grandes descubrimientos que habrá que trabajar concienzudamente, pues es preciso conocer sus lineamientos básicos que han sido aportados por la Dra. Luz García Alonso, pero que necesitan permear la diversos campos de la actividad factible, pues se trata de una ciencia, en la que hay, como es natural: objeto material de estudio, objeto formal, formal motivo y formal terminativo. Arte es pues un saber hacer práctico, en la especie, en la medicina. Las circunstancias constituyen una pieza importante para la determinación, de si algo se hizo bien o no, si la actividad realizada resultó o no, eficaz. La lex artis ad hoc es la particularización, por tanto es tocar plenamente el campo del hacer concreto, en circunstancias específicas. R. BOUCHEZ GUZMÁN, *La verdad especulativamente práctica: Ética y poética*, Tesis Doctoral, México, 2008; L. GARCÍA ALONSO, *Filosofía de la eficacia*, Editorial UCIME, México, 1965; B. SOSA MORATO, *La verdad especulativa y ciencia*, Tesis Doctoral, México, 2008.

⁶⁰ Es la particularización de la lex artis, su aplicación en el caso concreto, también se menciona en la doctrina como módulo rector de todo acto médico. Cfr. J. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica* (3ª Edición), Editorial Comares, Granada, España, 2000, p. 218.

rativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina – ciencia o arte médica – que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria –, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida [...] y en particular, de la posible responsabilidad⁶¹ de su autor/médico, por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado».

Luis Martínez-Calcerrada llega a expresar que de la *lex artis ad hoc* se podría hasta opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que indefectiblemente, habrá que enjuiciarlo⁶².

En nuestro medio a más de reconocer a la *lex artis ad hoc* como uno de los conceptos esenciales para el Derecho Sanitario, se concreta con los siguientes elementos de acuerdo a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico:

El punto de partida está dado por el artículo 9º del Reglamento de la LGS en materia de prestación de servicios de Atención médica que a la letra indica «*La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica*». Dos tipos de principios orientan por tanto la práctica de la medicina, de acuerdo a la citada disposición: los principios científicos y los principios éticos, sobre los que se particulariza en el artículo 2º del Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en el que se indica: Para efectos de este reglamento se entenderá por:

«Fracción XIV Principios científicos de la práctica médica (lex artis médica).- El conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo;

Fracción XV Principios éticos de la práctica médica.- El conjunto de reglas bioéticas y deontológicas universalmente aceptadas para la atención médica».

⁶¹ Tres elementos configuran la responsabilidad: acción u omisión voluntaria, resultado dañoso y relación de causalidad. Cfr. J. FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 220.

⁶² Vide in FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 218.

Respecto de los principios científicos⁶³ el documento de la Comisión dice que la *lex artis ad hoc* se integra por:

- a) La literatura magistral. La empleada en las instituciones de educación superior para la formación del personal de salud.
- b) La biblio – hemerografía indexada. Es decir, la contenida en publicaciones autorizadas por comités nacionales especializados en indexación y homologación biblio-hemerográfica o instituciones ad hoc.
- c) Las publicaciones emitidas por instituciones ad hoc, en las cuales se refieran resultados de investigaciones para la salud.
- d) Las publicaciones que demuestren mérito científico y de validez estadística.
- e) Los criterios que en su caso fije la Secretaría de Salud.
- f) Los criterios interpretativos de la *lex artis ad hoc* emitidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
- g) La farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos.
- h) Diccionarios de especialidades farmacéuticas debidamente autorizados por la Secretaría de Salud.
- i) Criterios emitidos por las comisiones ad hoc autorizadas por la Secretaría de Salud⁶⁴.

⁶³ Es un hecho que se trata de un tema que merece un tratamiento especial, así que en el marco de este brevísimo ensayo me limitaré a dedicarle unas líneas a efecto de sentar claramente a que nos estamos refiriendo. En este sentido baste recordar que el término ciencia deriva de *scientia* sustantivo abstracto procedente del verbo *scire* que significa saber. Hay una vinculación entre los términos ciencia y conocimiento, de tal suerte que toda ciencia implica conocimiento, pero no todo conocimiento es ciencia. El conocimiento científico es un saber reflexivo y, en su sentido más propio la ciencia es el conocimiento cierto por causas (las causas últimas – ciencias filosóficas-, en el caso de la causalidad próxima – ciencias particulares), el conocimiento por causas necesarias. Las ciencias versan sobre lo necesario y además hay que considerar la existencia de un sistema científico en el que las diversas ciencias están enlazadas.

Hay varios tipos de conocimientos, y varias formas de clasificar al conocimiento. Si nos referimos, específicamente a la división del conocimiento según su profundidad resulta que habrá: conocimiento vulgar, empírico, artístico, prudencial, científico y sapiencial. El conocimiento científico corresponde al orden teórico especulativo, es conocimiento por causas necesarias e implica un método científico, éste mantendrá una vinculación con el proceso de abstracción científica, de donde resultan varios grados, tres a saber. Cfr. A. BOUCHEZ GUZMÁN y B. SOSA MORATO, *La verdad y el orden científico: Ética y poética*, Editorial UCIME, México, 2008, p. 6; L. GARCÍA ALONSO, *El hombre su conocimiento y su libertad*, Universidad Anáhuac del Sur, México, 2000, pp. 19 y 20; ID., *Ética o Filosofía Moral*, Editorial Diana (1ª Edición), México, 1995, cap. I; A. MILLÁN-PUELLES, *Léxico filosófico*, Editorial Rialp, Madrid, España, 2002, pp. 127-130.

⁶⁴ Comisiones de investigación, ética y bioseguridad. Comités internos de transplantes.

De la *lex artis ad hoc* y de la deontología médica encontramos menciones constantes en la doctrina, la legislación, así como de los abogados postulantes y, de los tribunales en sus resoluciones. Pese a ello «[...] *no son muchos los estudios de derecho sanitario acerca del cómo se construyen tales referentes y menos aún, respecto de los elementos de metodología *jus sanitaria* y de las aporías que representan*»⁶⁵. La *Lex artis* y la deontología⁶⁶ constituyen para el citado autor estándares⁶⁷ en los cuales la *lex artis ad hoc* tiene una referencia directa con qué hacer, permite determinar cuáles son las obligaciones del personal sanitario ante la necesidad especialísima del paciente en lo particular.

La deontología por su parte define los límites en el sujeto personalísimo que es el paciente.

Respecto de los principios éticos⁶⁸, merecen especial atención y desglose. Baste de momento con mencionar, someramente el artículo de la Dra. Luz García Alonso bajo el título «Principios Morales de la Bioética» en donde la autora plasma aspectos importantes sobre los lineamientos de la moral que se levanta sobre la base de una naturaleza humana como regla de las acciones libres del hombre, la existencia de objetos o especies morales intrínsecamente buenos o malos, los perfiles del acto humano, la

⁶⁵ O. CASA MADRID, *Normalización Lex artis ad hoc y deontología en el derecho sanitario*, www.aeds.org/Congreso12/PONENCIASCOMUNICACIONES%20LIBRES/comunicaciones%20XII/Octavio%20Casa.pdf, consultado el 8 de junio del año 2009.

⁶⁶ Son, ambas: *Lex artis* y deontología, fuentes, por antonomasia del derecho sanitario y, por ende, herramientas de trabajo del personal sanitario. Cfr. CASA MADRID, *Normalización Lex artis*, p. 2.

⁶⁷ Por estándar se entiende la medida media que corresponde a una conducta social correcta. Son normas complementarias e interpretativas de la ley en el caso concreto, parámetros aplicables a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se realiza la atención médica. Cfr. O. CASA MADRID, *Normalización Lex artis*, pp. 4-5.

⁶⁸ La ética como sabemos es la ciencia que estudia los actos humanos en su relación al fin último del hombre, está en el orden de la praxis, concretamente en el obrar, en tanto que el arte está en el orden práctico, ciertamente, pero en el del hacer. En la medicina versará sobre el saber proporcionar a cada persona, generalmente, los medios adecuados para la protección, promoción y restauración de su salud, según corresponda, como en el derecho se refiere a saber dar a cada uno lo suyo. En el derecho sanitario hay un cruce de dos ciencias. Los elementos a observar, en orden al objeto formal de cada ciencia, serán objeto, fin y circunstancias.

distinción entre obrar⁶⁹ y poiética⁷⁰, sus relaciones y la identificación de los principios a aplicar para resolver diversos problemas: principio de totalidad⁷¹, Mal menor⁷² y Voluntario indirecto⁷³. Entender estos lineamientos cabalmente, dará mucha luz para el entendimiento pleno de los principios de justicia, autonomía y beneficencia, mencionados por la doctrina sanitaria.

a) El tipo de obligaciones que asume el profesional del servicio de atención médica, en t

b) érminos abiertos es preciso afirmar que se trata, generalmente de obligaciones de medios, y no de obligaciones de resultados⁷⁴.

⁶⁹ El obrar tiene una relación con el conocimiento prudencial, pertenece al orden práctico del obrar moral, responde a causas contingentes e implica el orden del obrar agible. Cfr. L. GARCÍA ALONSO, *El hombre*, pp. 19-20; R. BOUCHEZ GUZMÁN y B. SOSA MORATO, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁰ El hacer sostiene vinculación con el conocimiento artístico (poiesis), pertenece al orden práctico del hacer, sus causas son contingentes e implica un hacer factible. Cfr. L. GARCÍA ALONSO, *El hombre*, pp. 19-20; R. BOUCHEZ GUZMÁN y B. SOSA MORATO, *op. cit.*, p. 15.

⁷¹ «[...] Ya que las partes se conciben en función del todo, aquellas partes que no tienen otra razón de ser, sino de supeditarse al todo, pueden suprimirse o dañarse a favor del todo [...]. Este principio tiene aplicaciones directas en los casos de amputación de los miembros o de los órganos del cuerpo humano [...] bajo determinadas circunstancias y cumpliendo las condiciones [...]. El principio de totalidad rige el ámbito del todo corpóreo del hombre [...]». Cfr. L. GARCÍA ALONSO, *Principios morales de la Bioética*, en Revista *Conamed*, Vol. 12, No. 1, México, enero-marzo 2007, p. 12.

⁷² Este principio sirve para resolver conflictos entre deberes, específicamente en los casos de conciencia perpleja, esto es cuando el agente cree obrar inadecuadamente sea cual fuere la posición que elija. Los moralistas han indicado que se debe suspender el juicio y solicitar consejo, ante la imposibilidad de hacerlo se ha de optar por el mal menor. Este principio se legitima bajo dos condiciones: Que no existan más que dos alternativas a elegir y que no pueda diferirse la elección. La segunda que ni el fin ni los medios elegidos sean intrínsecamente malos. Cfr. L. GARCÍA ALONSO, *Principios morales*, p. 14.

⁷³ El acto voluntario indirecto o de doble efecto es aquel en el que, queriéndose el efecto bueno de la acción, se tolera un efecto malo previsto. Son cuatro las condiciones a cubrir: El efecto permitido no debe ser intrínsecamente malo; El efecto malo no debe ser querido ni intentado como fin ni como medio, sino solamente tolerado; Para permitir el efecto malo debe haber razones proporcionalmente importantes; el efecto bueno no debe conseguirse por medio del efecto malo y no efectuarse antes que el bueno. Cfr. L. GARCÍA ALONSO, *Principios morales*, p. 15 ss.

⁷⁴ Cfr. O. CASA MADRID, *La jurisprudencia y la solución de controversias médico-paciente (algunas relexiones sobre el modelo arbitral médico)*, en Revista *Conamed*, Vol. 12, n. 1, México, enero-marzo 2007, p. 50.

Para aclarar este punto es importante dejar, sentado que en materia de atención médica se puede hablar de tres tipos de obligaciones, a saber:

- b.1) Obligaciones de medios o de diligencia,
- b.2) Obligaciones de resultados o determinadas y,
- b.3) Obligaciones de seguridad.

b.1) Las obligaciones de medios, actividad o de diligencia son sin duda, las de mayor importancia en relación a la atención médica y siempre son exigibles al personal de salud. El facultativo está obligado a la adopción de los medios ordinarios, le corresponderá determinar en el caso concreto, en términos de su libertad prescriptiva, cuáles sean y aplicarlos en términos de la *Lex artis*, en sentido negativo generará un hecho ilícito⁷⁵.

En la obligación de medios el deudor promete solamente una diligencia en orden a la obtención de un resultado, la prestación consiste en tratar de lograr el cumplimiento, no se obliga a la obtención de una curación, sino a poner en el ejercicio de su profesión toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica⁷⁶. No se trata de obtener la salud del paciente, sino de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado⁷⁷, la realización de la conducta diligente, por parte del prestador del servicio es suficiente para que se considere que ha mediado cumplimiento de la obligación: lo que determina el cumplimiento es la ejecución adecuada y correcta de la actividad encaminada a un resultado, no el resultado mismo.

b.2) Obligaciones de resultados o determinadas⁷⁸. En este caso el médico se ha comprometido con el usuario a alcanzar un objetivo preciso como corolario de la atención que brinda al paciente: Una meta evaluable.

⁷⁵ Cfr. O. CASA MADRID, *La atención médica*, p. 11.

⁷⁶ Cfr. J. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 3ª edición, Granada, 2000, p. 37.

⁷⁷ ID., *op. cit.*, p. 38.

⁷⁸ Yzquierdo y Tolsada, menciona que un criterio importante para poder establecer la naturaleza del vínculo obligacional (medios o resultados), tiene una relación con la distinción de la actividad médica como arrendamiento de servicios o contrato de obra. Vide in J. FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 36.

Entre los actos que en la medicina, *per se*, alcanzan esa categoría se mencionan: la realización de medios auxiliares de diagnóstico, la realización de análisis clínicos y la llamada cirugía de resultados, casos en los que el médico prometió un resultado y responde por él, en general⁷⁹.

#	Obligaciones de resultados ⁸⁰	Descripción.
1	Cirugía de resultados.	Se refiere a la cirugía de naturaleza estética. Es exigible el objetivo evaluable, cuando el facultativo hubiere asumido expresamente el resultado siendo ello posible.
2	Insumos para la salud.	Deben suministrarse dentro de su vigencia, sin adulteración ⁸¹ , alteración ⁸² o contaminación ⁸³ .
3	Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.	El reporte de laboratorio o gabinete deberá señalar los valores encontrados en términos de la técnica o técnicas empleadas, señalando en su caso las variaciones estándar administradas, en términos de la literatura médica aceptada.

En la obligaciones de resultados el prestador del servicio se obliga no solamente a poner unos medios, sino a entregar una prestación de-

⁷⁹ Cabe la posibilidad de alegar fortuito o fuerza mayor. Cfr. A. ACHÁVAL, *Responsabilidad civil del médico*, Abeledo Perrot, SA, Argentina, 1983, p. 24; O. CASA MADRID, *La atención médica*, p. 12.

⁸⁰ En la especie es preciso diferenciar que este tipo de obligaciones se pueden generar por diversas causas, entre ellas se pueden mencionar, por ejemplo: el acuerdo interpartes o la propia naturaleza de la relación jurídica establecida entre el acreedor y el deudor.

⁸¹ Cfr. Art. 206, LGS: «*Se considera adulterado un producto cuando: I. Su naturaleza o composición no correspondan a aquellas con que se etiquete, anuncie, expenda, suministre o cuando no correspondan a las especificaciones de su autorización o II. Haya sufrido tratamiento que disimule su alteración se encubran defectos en su proceso o en la calidad sanitaria de las materias primas utilizadas.*».

⁸² Cfr. Art. 208 de la LGS: «*Se considera alterado un producto o materia prima cuando, por la acción de cualquier causa, haya sufrido modificaciones en su composición intrínseca que: I. Reduzcan su poder nutritivo o terapéutico II. Lo conviertan en nocivo para la salud III. Modifiquen sus características fisicoquímicas u organolépticas.*».

⁸³ Cfr. Art. 207 de la LGS: «*Se considera contaminado el producto o materia prima que contenga microorganismos, hormonas, bacteriostáticos, plaguicidas, partículas radiactivas, materia extraña, así como cualquier otra substancia en cantidades que rebasen los límites establecidos por la Secretaría de Salud.*».

terminada, cuando no se obtiene la meta convenida, puede alegarse incumplimiento del deber.

b.3) Obligaciones de seguridad, están vinculadas al deber de evitar siniestros y se refieren, esencialmente, al uso correcto y al mantenimiento de aparatos y equipos a fin de evitar accidentes.

4.2. —Existe también el documento correspondiente para el usuario de los servicios de atención médica:

TABLA DE DERECHOS GENERALES DE LOS PACIENTES⁸⁴

	Derecho	Desglose
1	Recibir atención <i>médica</i> adecuada	Atención médica debe ser proporcionada por personal preparado de acuerdo a las necesidades del estado de salud del usuario y a las circunstancias en que se brinda la atención, así como a ser informado cuando requiera referencia a otro médico.
2	Recibir trato digno y respetuoso	El usuario tiene derecho a que el médico, la enfermera y el personal que le brinden atención médica, se identifiquen y le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera que sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.
3	Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz.	El paciente, o en su caso el responsable, tienen derecho a que el médico tratante les brinde infor-

⁸⁴ La Carta de Derechos generales de las pacientes y los pacientes, se dio a conocer en diciembre del año 2001 y puede ser consultada en: [http://www.conamed.gob.mx/interiores.php?ruta= http://www.conamed.gob.mx/info_pacient](http://www.conamed.gob.mx/interiores.php?ruta=http://www.conamed.gob.mx/info_pacient).

		mación completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; se exprese siempre en forma clara y comprensible; se brinde con oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea siempre veraz, ajustado a la realidad.
4	Decidir libremente sobre su atención.	El paciente, o en su caso el responsable, tienen derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en pacientes terminales.
5	Otorgar o no su consentimiento válidamente informado.	El paciente o, en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tienen derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines de diagnóstico o terapéuticos, a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá ser informado en forma amplia y completa en qué consisten, de los beneficios que se esperan, así como de las complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse a consecuencia del acto médico, lo anterior incluye las situaciones en las cuales el paciente decida participar en estudios de investigación o en el caso de la llamada donación de órganos ⁸⁵ .

⁸⁵ Este punto merece per se un estudio particular. Hay un documento de la Comisión titulado *Consentimiento válidamente informado*, puede ser consultado digitalmente en <http://www.conamed.gob.mx/index.php>, México, 2004. Cfr. también C. TENA TAMAYO, *Consentimiento bajo información*, en Revista *Conamed*, vol. 10, n. 1, México, enero-marzo 2005, pp. 7 ss.

6	Ser tratado con confidencialidad	El paciente tiene derecho a que toda la información que exprese a su médico se maneje con estricta confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa de su parte, incluso la que derive de un estudio de investigación al cual se haya sujetado de manera voluntaria; lo cual no limita la obligación del médico de informar a la autoridad en los casos previstos por la ley.
7	Contar con facilidades para obtener una segunda opinión.	El paciente tiene derecho a recibir por escrito la información necesaria para obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.
8	Recibir atención médica en caso de urgencia.	Cuando está en peligro la vida, un órgano o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia ⁸⁶ por un médico, en cualquier establecimiento de salud, sea público o privado, con el propósito de estabilizar sus condiciones.
9	Contar con un expediente clínico	El paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciba sean asentados en forma veraz, clara, precisa, legible y completa en un expediente que deberá cumplir con la normativa aplicable y cuando lo solicite, obtener por escrito un re-

⁸⁶ Por urgencia se entiende a todo problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, o la pérdida de un órgano o una función y requiera atención médica. Cfr. 4.10 *Definiciones*, en NOM – 168-SSA1-1998, Del Expediente clínico.

		sumen clínico veraz de acuerdo con el fin requerido ⁸⁷ .
10	Ser atendido cuando se inconforme con la atención médica.	El paciente tiene derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se inconforme por la atención médica recibida de servidores públicos o privados. Así mismo se tiene derecho a disponer de vías alternas a las judiciales para tratar de resolver un conflicto con el personal de salud.

En este caso, dedicaremos algunos comentarios al consentimiento bajo información y al expediente clínico.

Respecto de las cartas de consentimiento bajo información, *que son los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales se acepta, bajo debida información de los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento médico o quirúrgico con fines de diagnóstico, o con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios. Las cartas se sujetarán a los requisitos previstos en las disposiciones sanitarias, serán revocables mientras no inicie el procedimiento para el que se hubiesen otorgado y no obligarán al médico a realizar u omitir un procedimiento cuando ello entrañe un riesgo injustificado para el paciente*⁸⁸.

El documento deberá estar redactado con claridad y deberá contener, al tenor del artículo 82 del Reglamento de la Ley General de salud en materia de prestación de servicios de atención médica los siguientes elementos:

- a) Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital.

⁸⁷ El expediente clínico también es un tema en sí mismo. Está regulado por una Norma Oficial Mexicana, concretamente NOM-168- SSA1-1998, Del Expediente clínico, publicada en el DOF correspondiente al jueves 30 de septiembre del año 1999 que ha de complementarse con la Resolución que modifica la Norma Oficial Mexicana NOM – 168- SSA1-1998, Del expediente clínico, con publicación del 22 de agosto del año 2003. En esa norma se indica que por resumen clínico se entiende: El documento elaborado por un médico, en el cual se registrarán los aspectos relevantes de la atención médica de un paciente, contenidos en el expediente clínico. Deberá tener como mínimo: padecimiento actual, diagnósticos, tratamientos, evolución, pronóstico, estudios de laboratorio y gabinete.

⁸⁸ Cfr. 4.2 Definiciones, en Norma Oficial Mexicana NOM 168-SSA-1-1998 del Expediente clínico.

- b) Nombre, razón o denominación social del hospital
- c) Título del documento.
- d) Lugar y fecha.
- e) Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización⁸⁹
- f) Nombre y firma de los testigos⁹⁰.

El expediente clínico se integra por el conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud, deberá hacer registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias⁹¹.

El expediente deberá contener:

- a) Tipo, nombre y domicilio del establecimiento, y, en su caso, nombre de la institución a la que pertenece.
- b) Cuando proceda, la razón o denominación social del propietario o concesionario.
- c) Nombre, sexo, edad y domicilio del usuario.
- d) Las exigidas por las disposiciones sanitarias.

⁸⁹ La autorización es necesaria en cualquier caso de hospitalización, sin embargo es preciso establecer, al menos grosso modo las circunstancias en las que puede encontrarse el paciente, pues en este punto hay que considerar las posibilidades de emitir consentimiento, por ejemplo ante una urgencia o incapacidad.

Una persona se encuentre en situación de incapacidad la carta de referencia será suscrita por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso por su tutor o representante legal, sin embargo si el paciente no puede otorgar la autorización y no hay un familiar que lo haga, en atención a los bienes tutelados, los médicos, haciendo una valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que se requiera, dejando constancia escrita en el expediente clínico.

Cabe también mencionar que la carta emitida ab initio no excluye de la debida prudencia para solicitar las cartas que se requieran con posterioridad para cada procedimiento que entrañe alto riesgo para el paciente. Cfr. Arts. 80-83 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

⁹⁰ Se trata de los formatos más generales, pues existen otros supuestos en los que hay que cubrir otro tipo de requisitos cfr. Arts. 24 y 26 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.

⁹¹ 4.4. Definiciones, en Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, Del expediente clínico.

Es importante indicar que si bien el expediente clínico es propiedad del prestador del servicio médico, se trata de un documento expedido en beneficio de los pacientes, razón por la que deberá ser conservado por un período mínimo de cinco años contados a partir de la fecha del último acto médico.

5. — El desarrollo de la protección de la salud en México, tuvo un punto muy importante para la regulación de su extensión durante el gobierno 82-88, pues se perfiló un cambio formal y estructural, en orden a la cobertura y a la calidad de lo que sería el Sistema Nacional de Salud.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, creada por Decreto en el año 1996 jugaría un papel importante en el rubro específico de la calidad de los servicios de salud.

A lo largo de más de doce años de funcionamiento, la CONAMED ha generado una experiencia que es importante capitalizar para el desarrollo del derecho sanitario. En este renglón resultaría sumamente interesante, consolidar la experiencia de la Comisión mediante un trabajo de depuración y manifestación de los criterios claves, a lo largo de su actividad, en relación, al menos, a las áreas que han presentado mayor movimiento.

El estudio del Derecho Sanitario supone conocimientos interdisciplinarios, entre otras razones, por tratarse de una disciplina de confluencia de ciencias: Derecho y Medicina.

No queda el horizonte limitado a dos ciencias, es preciso añadir unos rudimentos de filosofía que proporcionarán, al menos, el entendimiento genérico del sistema científico — la advertencia de los diversos grados de abstracción, la metodología que corresponda por naturaleza a cada nivel, las bases de las áreas de encuentro interdisciplinar y, por supuesto los principios que dan luz a la toma de decisiones en el ámbito de la praxis, concretamente en la ciencia médica y en el derecho sanitario -. Cuestión además advertida ya entre los especialistas, según ha quedado manifestado en el cuerpo de este trabajo.

El punto de partida para la reflexión, ha de situarse en la identificación del objeto formal de cada ciencia.

Es preciso descubrir al arte en el que consiste la medicina, a ellos hace referencia la expresión: *Lex artis* médica y la correspondiente *Lex artis ad hoc*. Saberes que corresponden al orden práctico y que están vinculados a la filosofía del hacer.

En el ámbito de la praxis queda claro que la labor que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico ha llevado a cabo en México que:

- Ha favorecido el desarrollo de un área del conocimiento jurídico: El derecho sanitario. En este orden se han generado no solamente productos en la resolución de controversias, sino que hay doctrina mexicana que plantea un amplio horizonte de estudio.

- Es patente que la Doctrina del derecho sanitario hunde sus raíces en los clásicos conceptos jurídicos fundamentales que habrá que explorar en cuanto a su especie. De donde resultan estructuras primarias, medulares en la disciplina, entre ellas desde luego la relación jurídica médico-paciente, con las variantes que correspondan.

- No pretende la instalación de la medicina defensiva en México, sino poner las bases para procurar el desenvolvimiento de una medicina asertiva y la mejora en la calidad de los servicios de atención médica.

- Se ha manifestado como un área flexible, que ha proporcionado atención a diversos acontecimientos que se han presentado en el escenario de la calidad de la salud y, en esa labor, ha generado diversos instrumentos.

- Por la influencia que en la disciplina tienen, por razones naturales el avance técnico y científico, forma parte de su estructura la versatilidad para la movilidad de los parámetros vigentes según sus circunstancias.

Hay un amplísimo campo de estudio para el cultivo del área y hay, también una rica experiencia a analizar en la documentación que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico ha generado durante varios años.

TABLA DE SIGLAS UTILIZADAS EN ESTE TRABAJO
Y SU SIGNIFICADO.

Siglas	Significado
CONAMED	Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
ISSSTE	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado.
LFT	Ley Federal del Trabajo.
LGS	Ley General de Salud
NOM	Norma Oficial Mexicana.
PND	Plan Nacional de Desarrollo 1983-88
RIC	Reglamento interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SNS	Sistema Nacional de Salud.
SSA	Secretaría de Salubridad y Asistencia.

FRANCESCO SCAGLIONE*

ANTITRUST EUROPEO**

SOMMARIO: 1. Origini e sistema attuale del diritto antitrust europeo. — 2. — Intese restrittive della concorrenza. 3. — Abuso di posizione dominante. 4. — Concentrazioni.

1. — La disciplina a tutela della libertà di concorrenza è anche detta disciplina o diritto *antitrust*, secondo la terminologia inglese che richiama le sue origini, risalenti al 1890, anno in cui il senatore dell'Ohio John Sherman fece approvare dal Congresso degli Stati Uniti d'America la legge antimonopolistica da lui stesso proposta, lo *Sherman Act*.

La legge colpiva le restrizioni del commercio realizzate con accordi e pratiche concordate fra più imprese (section 1), ovvero con tentativi di monopolizzazione da parte di singole imprese (section 2). In particolare, lo Sherman Act si qualificò come legge antitrust per la sua idoneità ad impedire le concentrazioni industriali (già vietate, ma) attuate attraverso lo strumento dei *trusts*. Infatti, il primo grande trust, lo Standard Oil, fu posto in essere nel 1882 per rendere possibile la fusione di *corporations*, eludendo il divieto previsto dalle leggi statali che impediva ad una *corporation* di possedere azioni di un'altra *corporation*. Dal momento che i singoli azionisti delle *corporations* che si univano affidavano le loro quote azionarie a degli amministratori fiduciari (*trustees*) in cambio di certificati di fiducia (*trust certificates*), il trust che nasceva da questa operazione non veniva registrato come *corporation* e quindi si riteneva immune dai limiti imposti dal diritto sulle *corporations*.

Il *trust* costituiva pertanto un efficace strumento collusivo per con-

* Professore associato dell'Università di Perugia.

** Il testo costituisce la versione in lingua italiana della voce «Permanencias del derecho civil», destinata al *Diccionario Histórico Judicial de México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación del México, Città del Messico, in corso di pubblicazione. I contenuti e il corredo bibliografico sono pertanto essenziali.

cordare le strategie competitive e tenere sotto controllo il comportamento dei concorrenti, specialmente in ordine alla fissazione dei prezzi.

La storia dell'antitrust europeo è assai più recente di quella dell'antitrust americano e – se si eccettua la Gran Bretagna, ove la prima disciplina risale addirittura allo *Statute of Monopolies* del 1623 – può essere fatta risalire al secondo dopoguerra; essa è legata al processo di integrazione comunitaria, in antitesi alle precedenti politiche protezionistiche tipiche degli Stati europei. Si deve, in particolare, alla Scuola tedesca degli ordoliberali di Friburgo ed alla politica europeista condotta dai francesi Jean Monnet e Robert Schuman, insieme al tedesco Konrad Adenauer, al belga Paul Henri Spaak ed all'italiano Alcide De Gasperi, l'assetto istituzionale europeo fondato sul riconoscimento e la garanzia del sistema economico-sociale di mercato concorrenziale.

Il Trattato istitutivo della Comunità europea (d'ora in avanti TCE), sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957 (da ultimo modificato e rinominato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, che entrerà in vigore quando tutti i Paesi membri lo avranno ratificato), disciplina la concorrenza tra imprese operanti nel territorio della Comunità, al fine di prevenire fenomeni monopolistici.

La peculiarità del diritto antitrust comunitario è essenzialmente quella di porsi come strumento di integrazione dei mercati nazionali per la realizzazione di un mercato unico europeo, come emerge dalla circostanza che l'art. 3, § 1, lett. g, TCE, indica espressamente che l'azione della Comunità comporta *un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*, ai fini istituzionali enunciati all'art. 2 TCE. Allo stesso modo, la politica economica e monetaria degli Stati membri e della Comunità deve svolgersi conformemente al *principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza* (v. artt. 4, 98 e 105 TCE).

Il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio ha stabilito la competenza, sia delle Autorità garanti della concorrenza che delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri, all'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, tutte le volte in cui le intese restrittive o gli abusi di posizione dominante possano pregiudicare il commercio tra Stati membri (artt. 3 e 6 Reg. 1/03).

2. — L'art. 81 TCE dichiara incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

La norma in esame elenca poi una tipologia di accordi, a carattere esemplificativo, che comportano per sé una restrizione della concorrenza. Si tratta, in particolare, delle fattispecie consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Secondo la Raccomandazione della Commissione europea del 6 maggio 2003, si considera impresa ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica.

Il mercato rilevante presenta una duplice configurazione, quella del prodotto e quella geografica. Il mercato del prodotto è individuato tramite il riferimento alla sostituibilità o interscambiabilità dei prodotti delle imprese che si assumono essere in rapporto di concorrenza.

Il mercato geografico, invece, comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse.

Le intese vietate dalla normativa antitrust comunitaria, possono consistere in accordi o pratiche concordate tra imprese, o ancora in decisioni di associazioni di imprese.

Dal punto di vista genetico, quindi, la collusione può avere origine non soltanto da un vero e proprio contratto, ma da qualsiasi manifestazione comune di volontà avente per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza, anche se non giuridicamente vincolante, come nel caso dei c.d. patti tra gentiluomini (*gentlemen's agreements*), ovvero anche se priva di una forma scritta.

Quanto alle pratiche concordate, vale a dire a quei comportamenti collusivi derivanti, ad esempio, da scambi di informazioni tra imprese che operano in un mercato oligopolistico, la Corte di Giustizia vi ha ravvisato forme di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza spingersi fino all'attuazione di veri e propri accordi, costituiscono delle *consapevoli collaborazioni* tra le imprese stesse, a danno della concorrenza; il che presuppone la sussistenza di contatti diretti o indiretti tra le parti, aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato.

Le intese restrittive vietate possono intercorrere tra imprese operanti allo stesso stadio del processo produttivo/distributivo (*intese orizzontali o cartelli*, che danneggiano la c.d. *interbrand competition*, ovvero la concorrenza tra marchi diversi di prodotti) oppure a livelli diversi del processo stesso (*intese verticali*, tra fabbricanti e distributori, che invece danneggiano la c.d. *intra-brand competition*, riguardante prodotti contraddistinti dallo stesso marchio, quindi la concorrenza tra distributori di uno stesso fornitore).

Le intese verticali sono tradizionalmente ritenute meno rischiose per il corretto funzionamento del mercato rispetto a quelle orizzontali, sulla scia di un orientamento della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America (caso *Sylvania* del 1977), secondo cui, attesi i probabili benefici economici di siffatte intese, è necessario adottare per esse la c.d. *rule of reason*; questa si traduce in un'indagine giudiziale diretta a soppesare tutte le circostanze di fatto della controversia al fine di stabilire se una certa pratica restrittiva debba considerarsi vietata in quanto imponga una irragionevole restrizione della concorrenza.

Diversamente è a dirsi per la c.d. *per se condemnation*, che, invece, contraddistingue condotte palesemente anticompetitive.

In particolare, il pensiero economico propugnato dalla c.d. Scuola di Chicago, fondata negli anni '50 dello scorso secolo dal professore dell'Università di Chicago Aaron Director (il quale, tuttavia, formulò le proprie idee in forma prevalentemente orale) e ben rappresentata dalle tesi di Bork e Posner, afferma, tra l'altro, in aperta critica alle tesi della Scuola di Harvard dell'economia industriale, che le intese o restrizioni verticali alla concorrenza possono essere ritenute lecite tutte le volte in cui servano ad implementare la competizione tra produttori diversi (c.d. concorrenza *interbrand*).

L'analisi *Chicagoan* delle restrizioni verticali, fondata sulla c.d. teoria dei prezzi, ritiene, in sintesi, che le intese verticali possano aumentare il livello di efficienza nell'organizzazione produttiva e nella distribuzione.

Secondo l'art. 81 TCE, il comportamento imprenditoriale deve essere avere come oggetto o come effetto l'alterazione del gioco concorrenziale nel mercato comune. Si tratta di due criteri (oggetto ed effetto) che non devono ricorrere cumulativamente, bensì alternativamente; in assenza di oggetto chiaramente illecito dovrà farsi ricorso al parametro dell'efficacia dell'intesa sul mercato rilevante.

Si è già visto che alcune fattispecie di intese vietate sono state tipizzate dal legislatore, il quale vi ha ritenuto intrinsecamente sussistente il requisito della anticoncorrenzialità dell'oggetto, inteso come scopo precipuo dell'accordo collusivo (si tratta di una c.d. condanna *per se*). Tra queste, particolare rilievo assume la condotta diretta alla fissazione dei prezzi (artt. 81, § 1, lett. a, TCE), c.d. *price-fixing*, atteso che il prezzo costituisce lo strumento principale per l'esistenza di un mercato concorrenziale, del quale esso rappresenta il sistema nervoso centrale. In particolare, la fissazione di un prezzo – sia pure meramente indicativo – pregiudica il gioco della concorrenza in quanto consente a ciascun partecipante di prevedere, quasi con certezza, quale sarà la politica dei prezzi dei suoi concorrenti.

Quando la fissazione di un prezzo sia l'oggetto di un'intesa verticale, essa riguarda l'imposizione da parte dei produttori di un prezzo (minimo) di rivendita ai distributori – spesso su loro espressa richiesta – di un determinato prodotto (*resale price maintenance*, RPM); il che può essere assai

dannoso per la concorrenza, atteso che il vincolo di RPM consente a rivenditori inefficienti di rimanere sul mercato, in ragione della permanenza di prezzi più alti che garantiscano la copertura dei costi. Tutto ciò a beneficio dei rivenditori, che evitano guerre di prezzo, ed a svantaggio dei consumatori finali.

Un'altra ipotesi di intesa restrittiva espressamente prevista dal legislatore (artt. 81, § 1, lett. b, TCE) è quella del c.d. *contingentamento dell'output*, tramite l'assegnazione a ciascuna impresa coinvolta nel cartello di una determinata quota di produzione o di vendita. Il contenimento della produzione può essere raggiunto anche in via indiretta, fissando dei tetti massimi di investimento in un dato settore, ovvero limitando l'entrata nel mercato di nuovi prodotti.

La ripartizione dei mercati e delle fonti di approvvigionamento (artt. 81, § 1, lett. c, TCE) costituiscono certamente alcune delle restrizioni della concorrenza più pericolose, dal momento che esse mirano, attraverso la suddivisione, tra le imprese potenzialmente rivali, delle aree geografiche in cui svolgere la loro attività ovvero della clientela, alla creazione di situazioni di vero e proprio monopolio, con conseguente effetto di chiusura (*foreclosure*) della singola zona di mercato, impedendo in tal modo lo svolgimento della gara concorrenziale. La giurisprudenza comunitaria offre al riguardo un'ampia casistica. La ripartizione dei mercati, ad esempio, può avvenire mediante una clausola diretta a vietare all'acquirente di rivendere o di esportare la merce acquistata.

Le discriminazioni contrattuali, soprattutto il boicottaggio, nonché le clausole leganti o prestazioni gemellate, c.d. *tying contracts*, di cui agli artt. 81, § 1, lett. d ed e, TCE, sono fattispecie illecite che vengono più spesso poste in essere da una singola impresa in posizione dominante, atteso anche l'alto grado di instabilità dei cartelli, che rende poco sicuro il ricorso alla collusione tutte le volte in cui le imprese coinvolte nell'accordo siano in numero elevato e non offrano prodotti altamente omogenei.

Le istituzioni comunitarie hanno elaborato la c.d. *de minimis doctrine*, secondo la quale vi possono essere degli accordi che, pur avendo per effetto o per oggetto la restrizione della concorrenza (all'interno del mercato comune), non sono vietati essenzialmente perché non hanno un impatto significativo sulla dinamica concorrenziale, attese le quote di mercato detenute dalle imprese interessate. In particolare, la Commissione ha

emanato la Comunicazione relativa agli accordi di minore importanza che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81 TCE, del 22 dicembre 2001, che fissa le soglie delle quote stesse al di sotto delle quali le intese devono considerarsi innocue per il corretto funzionamento del mercato. Pertanto, l'art. 81 TCE non si applica agli accordi orizzontali fra imprese che abbiano, complessivamente, quote di mercato non superiori al 10% e ad accordi verticali fra imprese che detengano non oltre il 15% del mercato di riferimento. Queste soglie di consistenza non valgono per le intese intrinsecamente anticoncorrenziali, c.d. *hardcore restrictions*, le quali sono sempre vietate. Si tratta, segnatamente, delle intese orizzontali che hanno ad oggetto la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione o delle vendite, la ripartizione dei mercati o della clientela, ovvero delle intese verticali dirette a restringere la libertà dell'acquirente nella fissazione dei prezzi, fatta salva la possibilità di stabilire un prezzo massimo, ovvero a restringere il territorio in cui l'acquirente può vendere i prodotti.

Sono invece esenti dall'applicazione dell'art. 81 TCE, anche quando siano superate le suddette soglie, gli accordi tra piccole e medie imprese, così come definite dalla Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003, dal momento che tali accordi possono raramente incidere in maniera significativa sul commercio tra Stati membri e sulla concorrenza nel mercato comune.

Il § 3 dell'art. 81 TCE prevede quattro condizioni che devono ricorrere affinché la Commissione possa ritenere lecite, e, quindi, esenti dal divieto di cui all'art. 81 TCE, alcune intese restrittive della concorrenza. In particolare, il suddetto divieto non è applicabile tutte le volte in cui ricorrano i seguenti presupposti:

- 1) Le intese contribuiscano a *migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico.*
- 2) *Le intese riservino ai consumatori (utilizzatori) una congrua parte degli utili che ne derivano.*
- 3) Le intese *non* devono imporre alle imprese interessate *restrizioni che non siano indispensabili* per il raggiungimento degli obiettivi di cui sopra.
- 4) Le intese *non* devono dare alle imprese interessate *la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.*

È necessario ricordare, in proposito, che, a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento del Consiglio n. 1 del 2003 (cioè dal 1° maggio 2004), si è passati da un sistema centralizzato di notificazione preventiva delle intese ad un sistema di *eccezione legale*, per cui le intese restrittive della libertà di concorrenza, che soddisfino i requisiti testé esaminati per l'esenzione, sono considerate lecite *ab initio*, senza che sia necessaria una decisione espressa della Commissione (art. 1, n. 2, Reg. 1/2003).

Ne deriva che la competenza a stabilire le esenzioni, *rectius* la liceità complessiva delle intese, anche alla luce dell'art. 81 n. 3 TCE, è stata estesa alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri ed ai giudici nazionali, dal momento che le decisioni adottate in forza dell'art. 81 § 3 TCE non hanno più valore costitutivo.

Si tratta, in altri termini, più che di una decisione discrezionale *ad hoc* degli organi competenti, di un vero e proprio atto di accertamento della sussistenza delle condizioni di esenzione richieste dalla legge.

3. — L'art. 82 TCE dichiara che è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Segue l'elencazione, meramente esemplificativa, di una serie di comportamenti vietati, sostanzialmente corrispondenti a quelli che formano oggetto delle intese restrittive della concorrenza.

Le disposizioni sopra richiamate, tuttavia, non forniscono né la nozione di posizione dominante, né quella di sfruttamento abusivo della stessa. Con riguardo al primo di tali concetti, la Corte di Giustizia ha precisato che tale posizione si identifica con *una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori.*

Questo potere di mercato o posizione dominante dell'impresa – che, tra l'altro, può costituire il normale esito di una vittoria della gara concorrenziale – comporta a suo carico una *speciale responsabilità*, che le impedisce, in forza del divieto in esame, di abusare del suddetto potere a danno

dei concorrenti e, in definitiva, dei consumatori. In altri termini, l'impresa in posizione dominante, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune.

Per valutare, in concreto, quando esiste una situazione di c.d. *market power* o dominanza, è necessario innanzitutto individuare degli indici quantitativi, riferiti alle quote di un determinato mercato geografico e merceologico, che consentano ad un'impresa di porre in essere le condotte abusive.

In generale, si ritiene che l'impresa detentrica di una quota di mercato superiore al 50% debba considerarsi in posizione dominante. Qualora la quota di mercato detenuta dall'impresa sia inferiore al 50%, tuttavia, vanno considerati altri fattori al fine di stabilire la sussistenza di una posizione dominante, quali, ad esempio, le quote di mercato dei concorrenti, le caratteristiche dell'impresa ovvero l'esistenza di barriere all'entrata.

Le barriere all'entrata c.d. assolute, segnatamente, sono costituite da ostacoli all'effettivo ingresso nel mercato di riferimento di nuovi concorrenti; tali ostacoli sono, ad esempio, i marchi, i brevetti, e gli altri diritti di proprietà intellettuale, che consentono al loro titolare lo sfruttamento esclusivo del prodotto, dell'invenzione o della creazione artistica o letteraria.

4. — Il tema delle concentrazioni nel diritto antitrust è di importanza cruciale, atteso che tali operazioni costituiscono lo strumento giuridico attraverso il quale le imprese realizzano una crescita dimensionale ed economica attingendo ad economie di terzi (c.d. crescita esterna) e, quindi, sono in grado di esercitare un potere di mercato che si può tramutare in effetti distorsivi per il corretto svolgimento della gara concorrenziale. Ne deriva la necessità di sottoporre a controllo preventivo codesta forma di crescita del potere economico di un'impresa, al fine di evitare che la prima si trasformi in un processo degenerativo del mercato concorrenziale. Si tratta, all'evidenza, di una scelta di politica economica che il legislatore comunitario ha fatto per far prevalere le ragioni dell'efficienza su quelle del mercato; infatti, non è altrimenti spiegabile perché un sistema di autorizzazione preventiva debba operare per impedire il formarsi di una posizione dominante soltanto quando ciò avvenga attraverso l'acqui-

sizione di risorse altrui piuttosto che tramite i tradizionali strumenti di politica (e di lotta) commerciale (c.d. crescita interna).

Ai sensi dell'art. 3, § 1, del Regolamento (CE) del Consiglio n. 139 del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura (vale a dire un passaggio da un centro decisionale ad un altro) del controllo di un'impresa, a seguito: a) della *fusione* di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure b) dell' *acquisizione* , da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale (c.d. scalata azionaria) o di elementi del patrimonio (es., acquisto di azienda), sia tramite contratto (es. patto parasociale) o qualsiasi altro mezzo, del *controllo diretto o indiretto* dell'insieme o di parti di una o più altre imprese. La costituzione di un'impresa comune, che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma (c.d. *full function joint venture*), è considerata come una concentrazione ai sensi della predetta lettera b (art. 1, § 4, Reg. 139/04).

Come si vede, risulta essenziale, ai fini dell'esatta comprensione del fenomeno in esame, la nozione giuridica di *controllo* . Essa è fornita dall'art. 1, § 2, Reg. 139/04, secondo cui si ha controllo quando si è in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un' *influenza dominante* sull'attività di un'impresa. Si tratta, in particolare, di: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

L'ambito di applicazione del Regolamento 139/04 è costituito dalle concentrazioni di dimensione comunitaria. Orbene, l'art. 1, § 2, Reg. 139/04, stabilisce che una concentrazione è di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di euro e b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro, salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro. Tutte le vol-

te in cui la concentrazione supera tali soglie, la Commissione ha la *competenza esclusiva*, secondo una particolare procedura, per valutare la compatibilità o meno della concentrazione con il mercato comune, adottando le decisioni di cui all'art. 8, Reg. 139/04, le quali possono consistere, in caso di esito negativo del giudizio, anche nell'ordine alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione ovvero, più in generale, nell'adozione di ogni misura opportuna per ripristinare le condizioni di concorrenza effettiva.

Riferimenti bibliografici:

- F. Scaglione, *La disciplina della concorrenza nell'ordinamento interno e comunitario*, in *Cultura dell'integrazione europea*, a cura di T. Sediari, Giappichelli, Torino, 2005.
- F. Scaglione, *Correttezza economica e autonomia privata*, Università degli Studi di Perugia, 2007.
- F. Scaglione, *Il diritto antitrust*, in *Diritto privato del mercato*, a cura di A. Palazzo e A. Sassi, Università degli Studi di Perugia, 2007.
- G. Tesaro, *Diritto comunitario*, 5ª ed., CEDAM, Padova, 2008.
- L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- L.F. Pace, *Diritto europeo della concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007.
- L. Prosperetti, M. Siragusa, M. Beretta, M. Merini, *Economia e diritto antitrust*, Carocci, Roma, 2006.
- A. Frignani, R. Pardolesi (a cura di), *La concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, vol. VII, Giappichelli, Torino, 2006.

ANDREA SASSI*

DIRITTI PATRIMONIALMENTE NEUTRI**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Ruolo dell'interpretazione civile nella tutela degli interessi. — 3. Tipologie di situazioni giuridiche soggettive a carattere non patrimoniale. — 4. Situazioni familiari. — 5. Consenso informato.

1. — Il diritto civile (come oggi viene inteso) sorge e si sviluppa attorno a fattispecie aventi carattere patrimoniale. Esso da sempre ha ad oggetto la tutela di interessi patrimoniali, i quali in epoca moderna e contemporanea hanno assunto, con particolare riferimento agli ordinamenti dell'Europa continentale e a quelli da essi derivati, la veste di diritti soggettivi a carattere patrimoniale (diritto di proprietà e diritto di credito): è noto infatti che in tale ambito l'interesse per essere giuridicamente rilevante ha bisogno di essere trasfuso in una situazione giuridica soggettiva prevista e tutelata dall'ordinamento.

I fondamenti della cultura giuridica, prima europea e poi mondiale derivano dal diritto comune europeo, che, attraverso lo studio del diritto romano (classico o giustiniano), del diritto germanico e del diritto canonico, si sviluppa nel medioevo a seguito della rinascita culturale legata alla ripresa dell'attività economica. In questo periodo, in cui in generale mancava una presenza dello Stato – come oggi viene inteso –, lo studio del diritto concerneva essenzialmente i rapporti tra privati, ed è quindi logico che i fondamenti della cultura giuridica si siano sviluppati nell'ambito del diritto civile. Soltanto negli ultimi secoli essi sono stati recepiti dagli ordinamenti degli Stati e trasfusi, nella veste di diritti fondamentali, nelle Costituzioni e – nel processo di integrazione europea – nei Trattati istitu-

* Professore straordinario dell'Università di Perugia.

** Il testo costituisce la versione in lingua italiana (con l'aggiunta di alcuni riferimenti) della voce «Derechos patrimonialmente neutros», destinata al *Diccionario Histórico Judicial de México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación del México, Città del Messico, in corso di pubblicazione. I contenuti e il corredo bibliografico sono pertanto essenziali.

tivi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, alla quale l'art. 6 del Trattato di Lisbona del dicembre 2007 attribuisce il rango di fonte costituzionale.

Nella storia dell'interpretazione civile è dato rinvenire costanti etiche, qualificate dalla migliore dottrina «permanenze»¹, che segnano, nella storia del diritto, la coincidenza tra i diritti civili permanenti e le diverse culture etiche: concetti quali la tutela dei diritti della persona, l'affidamento, il divieto dell'abuso del diritto, la buona fede (*fides* che diviene *fides bona*), permeano tutta la storia del diritto civile e quindi tutta la storia del diritto, che – come detto – è essenzialmente storia del diritto civile. E sono proprio le «permanenze» a consentire alla cultura giuridica, e quindi all'ermeneutica, di evolversi nella continuità, determinando nel contempo la sopravvivenza e l'evoluzione dei principi e delle clausole generali.

Il riferimento ai principi è infatti presente in varie disposizioni delle principali codificazioni degli Stati europei. Ma è soprattutto il Trattato istitutivo della Comunità (come modificato dal citato Trattato di Lisbona), che all'art. 2 esplicita i valori fondanti dell'Unione, valori comuni agli Stati membri, che discendono direttamente dalla storia del diritto e, in particolare, del diritto civile; questo modello può trovare applicazione anche in altre regioni del globo aventi una tradizione giuridica comune, come l'America latina.

Nel quadro normativo attuale anche il diritto civile assume un ruolo differente, caratterizzato dall'abbandono della prospettiva economico-patrimoniale come esclusiva per orientarsi anche verso la ricerca, l'innovazione e la c.d. «Società della conoscenza», cioè quel fenomeno di condivisione globale delle idee frutto di un processo informativo e cognitivo, volta allo sviluppo della personalità di ciascuno nell'ambito di una comunità globale, che deve garantire veridicità, esattezza e tutela delle informazioni fornite e ricevute, soprattutto quando vengono coinvolti diritti fondamentali della persona.

¹ Cfr. A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss., 117 ss.; ID., *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 1 ss.

Il diritto civile si arricchisce quindi di nuovi contenuti, prima considerati marginali o appannaggio di altre branche del diritto, quali l'etica, l'istruzione e la formazione, lo sviluppo della personalità, il diritto all'autodeterminazione e alla dignità, qualunque sia l'età o il grado di maturità raggiunto. E proprio in questo contesto si inseriscono i diritti patrimonialmente neutri, cioè quelle situazioni giuridiche soggettive, che sono espressione dei valori fondamentali della persona e vengono in rilievo, non soltanto nell'ipotesi di lesione, con conseguenze risarcitorie (patrimoniali), ma anche nei rapporti familiari e nell'esecuzione del contratto, che è l'atto avente natura patrimoniale per eccellenza.

2. — L'attuazione degli interessi fondamentali si effettua essenzialmente attraverso lo strumento della giurisdizione, cioè a dire mediante l'attività interpretativa e la previsione di strumenti idonei ad incidere sulla singola situazione giuridica, eventualmente regolata dai privati. Nello svolgere questo delicatissimo compito, teso in ultima analisi all'individuazione e alla concreta realizzazione del diritto o dei diritti fondamentali che l'ordinamento si propone di tutelare, l'interprete, e soprattutto l'interprete-giudice, deve operare una corretta valutazione delle circostanze attinenti alla fattispecie concreta posta al suo vaglio, mai perdendo di vista i fondamenti della cultura giuridica, i quali, al contempo, costituiscono il presupposto della predetta attività e individuano i limiti al controllo.

La ricerca degli interessi fondamentali in una data fattispecie assume valenza: *a)* sia nelle situazioni di carattere propriamente patrimoniale in cui il giurista attuale è chiamato a misurarsi con problematiche nuove, per la soluzione delle quali il giudice ha assunto un ruolo vieppiù determinante a tutela di interessi ritenuti fondamentali dall'ordinamento, di cui sono portatori determinati soggetti (consumatore, imprenditore in stato di dipendenza economica, ecc.); *b)* sia, e maggiormente, nell'approccio e nell'attuazione dei diritti fondamentali della persona, che non possiedono contenuto patrimoniale, dove l'elaborazione non ha ancora raggiunto un grado di maturità soddisfacente (essendo – come detto – il diritto civile da sempre tutela di interessi patrimoniali) con particolare riferimento alle interrelazioni tra tali diritti e le situazioni giuridiche a contenuto patrimoniale derivanti da contratto.

In questo senso i diritti patrimonialmente neutri costruiscono la categoria logica che consente di evidenziare il collegamento inscindibile tra diritto delle persone e diritto patrimoniale, mostrando la complessità e la complementarità degli interessi giuridicamente rilevanti.

In entrambe le ipotesi ora richiamate si assiste infatti in misura sempre maggiore da parte dell'interprete all'uso di strumenti ermeneutici che il positivismo giuridico relega ad un ruolo marginale o addirittura alternativo alla legge: intendiamo riferirci all'equità, all'analogia e alle clausole generali. Questi strumenti, che hanno accomunato la scienza giuridica dai dottori medioevali ai Grandi Tribunali del Seicento, cioè in un sistema «aperto» in cui mancava un potere statale forte e quindi una rigida gerarchia delle fonti, sono ancora attuali, soprattutto con riferimento all'attività ermeneutica concernente le regole dettate dai privati e all'applicazione pratica delle stesse. Essi assumono una valenza tutta particolare laddove vengono in rilievo, non soltanto interessi patrimoniali, ma anche diritti fondamentali della persona, in relazione ai quali l'intervento del giudice assume particolare delicatezza e si esplica attraverso un procedimento equitativo, in cui la funzione delle «permanenze» – quali il diritto alla vita, alla salute, le libertà fondamentali o le clausole di buona fede oggettiva e di ingiustizia del danno – riveste carattere peculiare, di tutela degli interessi fondamentali in giuoco. In tali ipotesi, l'attività interpretativa è spesso volta alla valutazione e all'attuazione di scelte compiute dal titolare di diritti inviolabili, assoluti e indisponibili, propri della persona fisica, quali quello alla salute, alla libertà, all'autodeterminazione e alla dignità personale, scelte che, sebbene concernenti situazioni giuridiche a contenuto non patrimoniale, si innestano sovente in un rapporto contrattuale ed incidono profondamente sulla sua realizzazione. In talune situazioni particolarmente delicate, poi, il ruolo del giudice è deputato all'accertamento della necessaria maturità, ponderazione e consapevolezza in capo al soggetto titolare di tali diritti, ovvero alla ricostruzione della sua volontà, qualora questi non sia più in grado di manifestarla coscientemente ed autonomamente, anche in relazione a quanto espresso dal soggetto preposto alla tutela e alla cura dei suoi interessi.

3. — Le situazioni giuridiche soggettive patrimonialmente neutre che assumono rilevanza nell'ambito del diritto civile possono essere comprese essenzialmente in due categorie: *a)* le situazioni familiari; *b)* le situazioni che derivano da contratto.

In relazione alle prime, *sub a)*, si è assistito nei vari ordinamenti ad un ampliamento marcato degli interessi fondamentali tutelati. Da una legislazione volta quasi esclusivamente alla salvaguardia dell'interesse alla unità della famiglia fondata sul matrimonio (c.d. legittima) e orientata in ultima analisi alla tutela del patrimonio familiare, in cui, ad esempio, si prevedevano divieti e limitazioni al disconoscimento di paternità o al riconoscimento della prole e, sotto il profilo squisitamente patrimoniale, alla successione a causa di morte per i figli nati fuori del matrimonio, si è passati alla considerazione da parte dell'ordinamento di nuove situazioni giuridiche, con particolare riferimento a quelle facenti capo alla donna e ai minori.

Così, ad esempio, sono state introdotte disposizioni che regolano l'interruzione volontaria della gravidanza e l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, o che consentono il c.d. «parto anonimo», in cui nemmeno la madre è nominata, ma anche e soprattutto norme a tutela della prole, che sanciscono, tra gli altri, il diritto all'ascolto, all'educazione e all'istruzione, alla bigenitorialità, a conoscere le proprie origini biologiche, al mantenimento e alla successione necessaria.

Riguardo alle situazioni qualificate *sub b)* come contrattuali, la figura più importante è certamente il diritto al «consenso informato», concernente due fattispecie particolarmente delicate: il trattamento dei dati personali e il trattamento sanitario.

Soprattutto in questo campo, le tradizionali categorie, elaborate dalla pandettistica dell'ottocento e dalla civilistica del secolo scorso, mostrano talvolta dei limiti di fronte alla tutela dei diritti patrimonialmente neutri coinvolti, soprattutto nel procedere ad un inquadramento sistematico dei fenomeni.

4. — In ambito familiare gli spunti più interessanti riguardano la posizione della prole. Questa, da sempre considerata nella storia del diritto

civile come l'«oggetto» del potere paterno, diviene la figura centrale del nuovo diritto di famiglia, che per tale ragione è stato qualificato dalla migliore e più recente dottrina come «diritto paidocentrico»².

Anche nel diritto delle persone e della famiglia le attenzioni maggiori da parte del sistema si sono sempre indirizzate verso situazioni giuridiche a carattere patrimoniale: attraverso la previsione dell'incapacità di agire e della potestà (prima patria, poi genitoriale), e del relativo potere di rappresentanza, ci si preoccupava essenzialmente di tutelare il patrimonio del minore e di assicurare la sua crescita nel contesto dell'unità familiare. Soltanto negli ultimi tempi si è assistito ad una maggiore attenzione per tutte quelle attività legate all'infanzia, sino ad oggi considerate marginali, attività al cui indirizzo il minore deve partecipare attivamente dovendosi tenere conto della sua opinione in relazione alla capacità di discernimento e al grado di maturità raggiunto.

Una forte spinta in questo senso è stata fornita dal diritto dell'Unione Europea. È il caso dell'istruzione e della formazione, considerate cruciali nel processo di integrazione, un tempo esclusivamente deputate alla preparazione al lavoro e alla vita sociale e totalmente estranee al diritto civile, e oggi contemplate in Europa nelle fonti comunitarie, con particolare riferimento a quelle riconducibili alla «Strategia di Lisbona», al «Processo di Bologna» e al «Processo di Copenhagen».

Nel diritto attuale si abbandona l'idea che l'educazione e l'istruzione debbano concernere essenzialmente una fase della vita individuale o un aspetto limitato della collettività, per affermare l'esistenza di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive patrimonialmente neutre, immediatamente tutelabili sul piano individuale, ma rilevanti anche per la comunità: istruzione e formazione, unitamente alla ricerca, sono i principali strumenti su cui si fonda la «Società della conoscenza»³.

Ancora più interessante è il diritto del minore ad essere ascoltato nelle situazioni della vita che lo riguardano e che incidono sulla sua esistenza. Esso possiede un contenuto complesso, che comprende: a) la li-

² A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2007, spec. p. 541 ss.

³ Cfr. R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (cur.), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 165 ss.

bertà di pensiero; *b*) l'ascolto da parte dei genitori e delle autorità; *c*) la partecipazione alle decisioni che lo riguardano; *d*) il dialogo.

Anche se le Costituzioni del secolo scorso non contemplano disposizioni specifiche riguardanti il minore, la dottrina europea ha sottolineato che l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, anche in applicazione del fondamentale principio di eguaglianza sostanziale tra i soggetti di diritto, deve essere ricondotto nell'alveo della capacità di intendere e di volere, ritenendosi irrilevante la capacità di agire e quindi la maggiore età dell'interessato⁴. Ma è con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, al quale – come detto – è attribuito il rango di fonte costituzionale, che i diritti dei fanciulli trovano solenne enunciazione: al 1° comma si prevede in loro favore il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la loro opinione che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

Per quanto concerne le legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, la più evoluta è quella della Germania. Molte di esse prevedono in capo al minore un diritto all'ascolto e la rilevanza delle sue opinioni in ambito familiare o dinanzi alle pubbliche autorità (cfr., ad esempio, i *Children Acts* del 1989 e del 1991 e il *Family Act* del 1996 nel diritto inglese o la novella al *Code civil* introdotta con l. 2002-305 in Francia, e, in maniera meno esplicita, l'art. 154 *Código civil* spagnolo, l'art. 147 *Codice civile* italiano, l'art. 1878 del codice portoghese e l'art. 301 di quello svizzero), ma il sistema tedesco costituisce l'espressione attualmente più avanzata. Sulla base della nuova formulazione del § 1626, 2° comma BGB, secondo cui i genitori devono tenere conto della crescita del figlio e della sua aspirazione all'indipendenza, dottrina e giurisprudenza hanno affermato l'esistenza di un dovere in capo ai genitori di «educazione collegiale»; ma oltre alle *modalità*, si ritiene che la norma contempli anche una *finalità*, in quanto i genitori sono tenuti a promuovere nel processo educativo

⁴ V., tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche - Artt. 1-4*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 149 s.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 307 ss.; S.P. PANUNZIO, *Capacità. II) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 3, ed ivi richiami alla migliore dottrina.

l'autonomia e la responsabilità del figlio: è quello che viene qualificato come diritto al dialogo (*besprechen mit dem Kind*)⁵.

I sistemi attuali prevedono quindi strumenti volti al dialogo e alla condivisione da parte del figlio delle scelte compiute nel suo interesse. Tuttavia, il dialogo presuppone la costante presenza di entrambi i genitori, salvo ciò possa recare pregiudizio: è quello che la dottrina più recente ha qualificato come «diritto alla bigenitorialità».

Ancora una volta è il diritto dell'Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il Reg. CE 2201/2003 (in *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003) – fonte immediatamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri, si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto – nella crisi dei rapporti familiari.

In questo campo la legislazione più evoluta è quella italiana, che nel caso di separazione personale dei coniugi, in linea con il citato art. 24, 3° comma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ha abbandonato la regola dell'affidamento monogenitoriale per accogliere quella dell'affidamento condiviso tra i genitori separati (cfr. artt. 155 ss., codice civile italiano, come novellati dalla l. n. 54/2006).

5. — Per quanto riguarda le situazioni patrimonialmente neutre che si innestano in un rapporto contrattuale, occorre concentrare l'attenzione sul «diritto al consenso informato», diritto della personalità tutelato a livello sovranazionale, figlio dello sviluppo scientifico e tecnologico degli ultimi decenni, che ha portato alla nascita della «Società della conoscenza».

Come in precedenza accennato (cfr. § 3) le fattispecie di maggiore interesse risultano essere quelle concernenti il trattamento dei dati personali e il trattamento sanitario.

Alla conclusione di un contratto spesso accade che una parte, anche per eseguire correttamente la propria prestazione, richiede all'altra informazioni particolarmente delicate riguardanti la propria vita personale e

⁵ V. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 546 s. ed ivi riferimenti alla dottrina tedesca.

familiare, che vengono poi conservate. In alcune situazioni la tutela di queste informazioni deve essere assicurata in misura massima: intendiamo riferirci ai «contratti con prestazione medica», cioè quei contratti in cui un soggetto che possiede determinate conoscenze tecniche e in molti paesi una posizione professionale qualificata (iscrizione in appositi Albi) è obbligato a fornire una prestazione diagnostica e/o terapeutica finalizzata alla cura di una persona; ciò indipendentemente dal tipo di contratto che lo lega alla struttura sanitaria di appartenenza (es. contratto di lavoro) ovvero direttamente al paziente (contratto d'opera). Nei contratti con prestazione medica, inoltre, il trattamento sanitario (e quindi in un'ottica contrattuale la prestazione del medico) per poter essere compiuto deve essere in ogni caso autorizzato dal malato.

Sul piano giuridico il consenso informato si configura quindi come atto ponderato e volontario della persona, teso a consentire il compimento di un'attività, potenzialmente lesiva di un proprio diritto della personalità, strumentale al raggiungimento di un risultato utile e alla protezione di un interesse superiore, o ritenuto tale.

Il diritto al consenso informato può ricavarsi dalla lettura delle norme contenute in varie Costituzioni del secolo scorso dei paesi occidentali e nella *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa, organismo più vasto e composito dell'allora Comunità Economica Europea; ma è soltanto con la già richiamata *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* che esso viene esplicitato in maniera compiuta, sia per quanto riguarda il trattamento dei dati personali, sia in relazione al trattamento sanitario: cfr., in particolare, artt. 7 (*Rispetto della vita privata e familiare*) e 8 (*Protezione dei dati di carattere personale*) riguardo al primo e artt. 1 (*Dignità umana*) e 3 (*Diritto all'integrità della persona*) per il secondo.

Nella società attuale è mutato il concetto di privacy, a seguito della possibilità offerta dalle nuove tecnologie di custodire un numero considerevole di informazioni e di manipolarle: l'esigenza di assicurare la protezione dei dati personali è divenuta di primaria importanza, visto che gli stessi possono essere oggetto di un vero e proprio mercato. La protezione dei dati nel sistema elettronico è stata oggetto in Europa della direttiva

2002/58/CE del Parlamento europeo relativa ai «Trattamenti dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche». In quest'ottica il dato personale risulta strettamente collegato alla comunicazione elettronica che viene definita come *ogni informazione scambiata o trasmessa da un numero finito di soggetti tramite servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico*⁶.

Certamente gli spunti di maggiore complessità e rilevanza si trovano nel consenso informato al trattamento sanitario, dove gli interessi coinvolti sono particolarmente delicati e importanti.

La prestazione del medico, sia che derivi da un contratto d'opera professionale, sia che si innesti in un rapporto di lavoro tra questi e la struttura sanitaria di appartenenza, incide su diritti fondamentali della persona garantiti dalle Costituzioni e da fonti internazionali di particolare rilevanza immediatamente applicabili, e, come tale, assume all'evidenza connotati peculiari. In ambito europeo va ricordata, oltre alla citata *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (artt. 1 e 3, 2° comma lett. a), la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain a l'égard des applications de la biologie et de la médecine: convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, del 1997, nota come *Convenzione europea sulla biomedicina*, o meglio come *Convenzione di Oviedo*, ove, in particolare, negli artt. 5 e 9, rispettivamente, si ribadisce il principio che qualsiasi trattamento sanitario può essere posto in essere sulla persona del malato soltanto dopo che questi abbia manifestato il proprio consenso (revocabile in qualsiasi momento), e, soprattutto, che, nell'ipotesi in cui il malato non sia in grado di esprimere la propria volontà, assumono valenza le indicazioni da lui precedentemente espresse (c.d. testamento biologico).

Deriva che l'attività sanitaria, sebbene debba essere considerata in sé lecita, in quanto volta alla protezione del «bene» salute, tutelato al pari del diritto alla libertà personale e all'autodeterminazione del soggetto, necessita per la sua piena esplicazione del c.d. *consenso informato*: esso può in linea generale definirsi come *la manifestazione di volontà del malato, preceduta da un'adeguata informazione da parte del medico curante (il quale è legato al malato da*

⁶ Cfr. V. COLCELLI, *Riservatezza e trattamento dei dati personali nella normativa dell'Unione Europea*, in A. PALAZZO, A. SASSI (cur.), *Diritto privato del mercato*, cit., p. 437 ss.

*un rapporto di natura contrattuale o conseguente alla fruizione di un pubblico servizio), volta a consentire un determinato trattamento sanitario*⁷.

Il consenso informato può legittimamente indirizzarsi anche verso un *non* trattamento, cioè a dire verso il *rifiuto* di sottoporsi a cure mediche, con la conseguenza che il medico non può intraprendere l'attività ritenuta necessaria e quindi non può compire la prestazione prevista dal contratto. Esso si attegga in maniera differente a seconda che il malato sia capace di esprimere la propria volontà, o versi in uno stato di salute tale da non permettergli tale manifestazione; in quest'ultima ipotesi la situazione si presenta ancora più delicata in quanto occorre stabilire se altri possano decidere per lui, ovvero se possa assumere una qualche valenza una volontà preventivamente espressa dal medesimo anche tramite direttive anticipate di trattamento (c.d. *testamento biologico*).

Il tema del consenso informato è strettamente connesso a quello dell'eutanasia.

La nozione giuridica di eutanasia è di non facile individuazione. In generale, si può affermare che essa consiste in un comportamento del sanitario (o di altro soggetto) produttivo (anche unitamente ad altre cause) della morte del malato. L'opinione dominante distingue tra due ipotesi di eutanasia: *a*) la prima – detta *attiva*, illecita – attuata mediante condotte commissive tese a provocare la morte del malato (es. somministrazione di sostanza tossica); *b*) la seconda – detta *passiva*, lecita – attuata mediante condotte omissive, nel caso in cui il malato abbia manifestato il suo dissenso a sottoporsi a un trattamento medico-terapeutico o a continuarlo, ovvero la situazione sia talmente grave da sconsigliare anche il proseguimento della terapia di sostegno vitale, ritenuta non più ragionevolmente utile (c.d. accanimento terapeutico).

Tuttavia, il riferimento alle forme della condotta (azione od omissione) ai fini dell'antigiuridicità non appare appieno soddisfacente. L'elemento distintivo tra liceità ed illiceità è infatti costituito, non tanto dalla condotta in sé considerata, quanto dal collegamento tra questa e un qualsiasi trattamento medico-terapeutico (che deve sempre essere autorizzato dal malato). In sostanza, a venire in rilievo è la presenza conte-

⁷ V. A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., p. 377 ss., spec. p. 381 ss.

stuale di due elementi: a) l'astratta possibilità di effettuare un trattamento sanitario, cioè a dire *ogni trattamento, praticato con qualsiasi mezzo, per scopi connessi alla tutela della salute, a fini terapeutici, diagnostici, palliativi, nonché estetici*; b) la decisione di non praticare il trattamento, o per il rifiuto del malato, o perché non più di utilità alcuna.

Sono evidenti le differenze con l'ipotesi qualificata come eutanasia *attiva*, laddove la condotta del soggetto prescinde dal trattamento sanitario: l'iniezione di sostanza tossica (da cui deriva la morte) non può certo definirsi «trattamento sanitario» – almeno come oggi viene inteso –, quantomeno poiché non svolge alcuna funzione terapeutica, diagnostica e nemmeno palliativa.

Riferimenti bibliografici:

- G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato*, 2, *Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 1 ss.
- M.I. Álvarez Ledesma (cur.), *Derecho privado europeo*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus de Ciudad de México, in corso di pubblicazione.
- E. Babucci, *Le situazioni giuridiche soggettive nella società dell'informazione e della conoscenza*, Università di Perugia, Perugia, 2008.
- H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983.
- C.M. Bianca, *Minori e nuovi mezzi di comunicazione: il punto del civilista*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato*, 2, *Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 91 ss.
- C. Castronovo, S. Mazzaresse (cur.), *Manuale di diritto privato europeo*, I, *Fonti-Persone-Famiglia*, Giuffrè, Milano, 2007.
- G. Crifò, *Invito all'ascolto*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato*, 1, *Fondamenti etici e processo* a cura di A. Donati e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 287 ss.
- A. Donati, *Diritto naturale e globalizzazione*, Aracne, Roma, 2007.

- G. Oppo, *Tutela dei minori e trasmissioni televisive*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 2, Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 573 ss.
- A. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2007.
- A. Palazzo, I. Ferranti, *Etica del diritto privato*, Cedam, Padova, 2002, voll. I-II.
- A. Palazzo, A. Sassi (cur.), *Diritto privato del mercato*, Università degli Studi di Perugia, Perugia, 2007.
- A. Palazzo, A. Sassi, F. Scaglione, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Università degli Studi di Perugia, Perugia, 2008.
- M. Paradiso, *Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole»*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 2, Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 595 ss.
- P. Rescigno, *Note a margine di questioni di biodiritto*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 1, Fondamenti etici e processo* a cura di A. Donati e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 607 ss.
- E. Roca Trias, *Biotechnologia e norme giuridiche*, in A. Donati, A. Grilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 2, Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 711 ss.
- S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- S. Rodotà, *Governare la vita*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 2, Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 739 ss.
- E. Russo, *Persona e filiazione*, in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, Giangemi Editore, Roma, 2009, p. 471 ss.
- E. Russo, *Testamento biologico e razionalità della legge*, in *Vita notarile*, 2009, p. 803 ss.
- R. Sacco, *Libertà religiosa e diritto di famiglia*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 2, Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 779 ss.
- A. Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Università di Perugia, Perugia, 2006.
- B. Sosa Morato, *Persona y Derecho*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 2, Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 817 ss.

S. Stefanelli, *Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato, 2, Persona, famiglia e successioni* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 823 ss.

VALENTINA COLCELLI*

DIRITTO SOGGETTIVO E INTERESSE LEGITTIMO**

SOMMARIO: 1. Piano dell'indagine. — 2. Il diritto soggettivo nei sistemi di *civil law*. — 3. Il sistema rimediale del *common law* e la mancanza della nozione di diritto soggettivo. — 4. La genesi storica della nozione dell'interesse legittimo. — 5. L'interesse legittimo nell'ordinamento giuridico spagnolo. — 6. La lettura contemporanea di interesse legittimo nel diritto europeo.

1. — È diretta espressione del potere degli ordinamenti giuridici quella di attribuire rilevanza agli interessi dei singoli e di salvaguardarli elaborando molteplici modelli di protezione. Il termine diritto soggettivo (d.s.) e quello di interesse legittimo (i.l.) indicano, pertanto, due posizioni giuridiche riconosciute da un ordinamento agli individui sia nei confronti degli altri consociati sia nei riguardi della pubblica amministrazione. Con l'espressione d.s. si può far riferimento a situazioni ed a contesti molteplici: il d.s. è una categoria giuridica tipica degli ordinamenti di *civil law* e nel contempo espressione dell'organizzazione concettuale del diritto privato; il d.s. è anche parametro per l'organizzazione di altri rami del diritto, come può essere quello pubblico.

La presente ricognizione intorno al concetto di d.s. si realizzerà facendo primariamente riferimento ad esso come situazione giuridica tipica dell'elaborazione del diritto in più di un ordinamento di *civil law*, evidenziando nel contempo gli elementi di contrapposizione con il sistema del *common law*. La centralità della figura del d.s. negli ordinamenti di *civil law*, infatti, è il punto di maggiore distanza con i sistemi di tradizione anglosassone. Il d.s. come modalità dell'organizzazione concettuale del sistema

* Dottore di ricerca dell'Università di Perugia.

** Il testo costituisce la versione in lingua italiana (con l'aggiunta di alcuni riferimenti) della voce «Derecho subjetivo y Interes legitimo», destinata al *Diccionario Histórico Judicial de México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación del México, Città del Messico, in corso di pubblicazione. I contenuti e il corredo bibliografico sono pertanto essenziali.

di diritto privato – quale strumento di gestione dei conflitti tra i consociati – sarà, invece, occasione per leggere la genesi dell' i.l.

Il d.s. e l'i.l., infatti, quali posizioni giuridiche dei singoli nei confronti del pubblico potere, sono anche categorie di organizzazione concettuale del diritto pubblico in alcuni ordinamenti giuridici.

2. — Il termine d.s. corrisponde ad una nozione complessa. Esiste una certa difficoltà per la dottrina ad individuarne in termini unitari l'essenza e gli elementi identificativi. Le diverse realtà giuridiche sono, infatti, spesso portatrici di differenti approcci al concetto di d.s.

Di volta in volta questo è stato assimilato con il potere della volontà, con il diritto astratto di azione, con l'interesse giuridicamente protetto, fino alla proposizione di una definizione sintetica realizzata attraverso la combinazione degli elementi della volontà e dell'interesse.

Nelle diverse tradizioni giuridiche si sono susseguite numerose definizioni di d.s., ognuna delle quali ha identificato un qualche elemento che lo caratterizza. Le diverse letture nel tempo hanno sovente individuato la sua essenza. Non sempre invece si è trovato l'accordo sulla sua identificazione e sugli elementi essenziali che lo costituiscono. La ricerca del significato di d.s. ed i differenti modi di concepirlo alimentano oggi, come in tempi passati, le continue controversie tra gli autori circa la sua stessa esistenza.

La presenza di diverse concezioni sull'identificazione del d.s. dimostrano il carattere fluido di una nozione, sulla definizione della quale la dottrina non mostra accordo, nonostante l'uso quotidiano del termine. Le diverse realtà giuridiche sono spesso portatrici di differenti approcci al concetto di d.s. D'altro canto se è pur vero che il d.s. costituisce storicamente la figura soggettiva attiva per eccellenza, oggi più di un autorevole voce ha posto in dubbio la validità dell'esistenza di una sua categoria generale. Il dato stesso che l'ordinamento giuridico inglese abbia fatto storicamente a meno di questa figura può essere posto alla base dell'affermazione fatta.

Ciò emerge anche attraverso la comparazione tra alcuni sistemi giuridici, ad esempio europei. Sotto il cappello della nozione di d.s., infatti, nei diversi ordinamenti vengono ricomprese situazioni giuridiche attive difformi tra loro e che possono anche essere distanti dalla stessa nozione

astratta di diritto. In tal senso basti pensare al possesso: nell'ordinamento giuridico italiano, esso viene qualificato quale situazione di fatto, mentre in Germania è considerato vero e proprio diritto soggettivo (*besitzherr*).

Il significato che attualmente si può attribuire al concetto di d.s. deriva, infatti, dalla presenza di vari elementi, anche contrapposti, ed uniti tra di loro dalla stratificazione createsi nel tempo dalle riflessioni sul tema.

Si può affermare, seppur con qualche approssimazione, che in termini sincretici oggi la figura del d.s. si riconosca nello spazio entro il quale «al privato è lecito agire a sua discrezione, ovvero entro cui si riconosce un potere alle sue decisioni, alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse di attuare un dato rapporto» (P.G. Monateri). La nozione di d.s., derivante da secoli di indagini compiute dalla dottrina, si potrebbe stigmatizzare in quell'interesse che è capace di realizzarsi nei confronti di tutti i consociati in quanto l'ordinamento giuridico lo tutela direttamente e pienamente, ed attraverso il quale garantisce ad un soggetto l'attribuzione di un bene della vita, così come organizza la ripartizione di quest'ultimi tra i consociati.

La eterogeneità dei significati attribuiti alla nozione di d.s. e la reale difficoltà di farne una categoria generale che concretamente descriva in modo tecnico ogni relazione che in essa viene ricondotta, non toglie che la preferenza *storicamente* accordata a tale espressione sia comunque efficace strumento di descrizione della situazione sostanziale di gestione dei conflitti. Una ricostruzione unitaria della nozione di d.s. allora può essere utilizzata quale strumento ordinatore e descrittivo dei meccanismi di gestione dei conflitti all'interno di un ordinamento.

Qualificare una situazione come d.s. significa così ricondurla allo schema di selezione delle persone – o di gruppi di persone – che nel conflitto con altri vede assegnata una posizione di privilegio, la quale si realizza attraverso l'astensione da ingerenze altrui sulla posizione di prevalenza loro assegnata dal diritto oggettivo. L'identificazione di una situazione giuridica con la locuzione d.s. significa, nei diversi sistemi di *civil law* – almeno ed al minimo – ricondurla alla dinamica sopra ricordata. Il riferimento alla categoria generale del d.s. ha quindi una sua utilità, anche se non è quella di costituire il solo paradigma di situazione giuridica al quale apprestare tutela.

3. — Come noto nel sistema del *common law* non viene utilizzato il termine di d.s. Il sistema formalistico inglese concentra le sue attenzioni sulle azioni, sviluppandosi intorno al rapporto di connessione esistente tra i diritti individuali e le azioni giuridicamente disponibili per farli valere. La presenza dei *writs* e della *forms of action* richiamano l'attenzione del giurista non sulla natura della situazione protetta, ma sul comportamento illecito e sull'obbligo violato.

È noto come il sistema in esame enfatizzando la forma del rimedio, tendenzialmente tipico, ed incentrando la controversia sui fatti chiamati a corrispondere a quelli previsti nella forma (formula) prescelta, tende a ridurre il dibattito intorno al diritto sostanziale. La connotazione dei *right* avviene così in termini di *remedies*, e cioè alla stregua della loro azionabilità e tutelabilità in giudizio. L'accesso al sistema di giustizia civile inglese avviene, infatti, sulla selezione dei fatti giuridicamente rilevanti (*pleading-system*) e non dei diritti. I fatti costitutivi (*constitutive facts*) — che permettono l'accesso alla giustizia — sono quelli ai quali la legge ricollega conseguenze giuridiche.

Il momento probatorio (*evidence*) è precluso fino a quando non sono definiti come rilevanti i *material facts*. La loro rilevanza si concretizza nella ricerca della relazione che sussiste tra questi e gli elementi necessari per provarli (*evidence facts*). Se un fatto è rilevante giuridicamente per il giudice del *pleading*, ciò è sufficiente perché sia accordabile una tutela giurisdizionale.

Questo dato, anche se non elimina totalmente la questione, riduce il problema della qualificazione dogmatica di quale sia la natura del fatto costitutivo: ossia di quale tipo di diritto si riconnette al fatto qualificato come giuridicamente rilevante nel *pleading*.

Nel sistema inglese l'espressione *right* è usata in un modo generico indicando ogni sorta di vantaggio legale, comunque rivendicato, privilegio, potere o immunità. Come autorevolmente affermato il sistema giuridico inglese è strutturato in termini tali da accordare ai singoli «*strong remedies to protect certain interests*», non necessariamente diritti secondo la tradizione continentale del *civil law*.

4. — La situazione soggettiva dell'i.l. si introduce — a quanto si può supporre — nei diritti positivi del 1700 negli Stati assoluti a diritto di poli-

zia. Fu tipizzata, però, molto più tardi in Italia in occasione della discussione dell'allegato E della legge di unificazione amministrativa (30 marzo 1865 n. 2248). Il legislatore del 1865 non predispose alcuna normativa organica in tema di giustizia amministrativa.

La finalità perseguita era solo quella di abolire i Tribunali del contenzioso amministrativo che caratterizzavano il sistema di giustizia amministrativa italiano nel periodo. Questi ultimi – organi della stessa amministrazione pubblica – introducevano una disparità di trattamento tra i cittadini sottraendo le controversie contro la PA al giudice ordinario.

L'allegato E della legge n. 2248/1865 devolveva al giudice ordinario tutte le materie nelle quali si facesse questione di un diritto civile e politico nei rapporti tra cittadino e PA. Poneva, però, il problema di come tutelare – e in quale categoria giuridica incasellare – tutti «gli affari» dei privati non riconducibili ai diritti civili e politici.

Tale fatto escludeva dalla giurisdizione ordinaria le situazioni soggettive dei cittadini riconducibili ai diritti soggettivi non inquadrabili nella nozione di diritto civile o politico. Per tale ragione con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 si istituiva la IV sezione del Consiglio di Stato. A tale organo veniva pertanto affidata la tutela degli interessi diversi dai diritti che il privato aveva nei confronti della PA. Questa tutela si affiancava a quella fornita dal giudice ordinario.

La legge n. 2248/1865, però, non ha definito chiaramente cosa fossero gli interessi del privato verso la PA, affermando soltanto che gli i.l. non sono d.s. Né tanto meno ha chiarito se gli i.l. ed i d.s. sono due distinte e diverse situazioni giuridiche ovvero piuttosto sono espressioni di due modi in cui si concretizza la tutela dello stesso interesse rilevante. La legge ha dato origine in Italia ad un sistema binario di tutela giurisdizionale nei confronti dell'azione della pubblica amministrazione.

Dalla dottrina che la formulò verso la fine dell'800, l'espressione i.l. è transitata nella Costituzione italiana (artt. 24,103,113) con tutto un carico di problemi: ancora oggi nell'ordinamento giuridico italiano si dibatte sul criterio del riparto di giurisdizione fondato sulla dicotomia d.s./i.l.

Nel sistema italiano, infatti, l'i.l. è la situazione giuridica soggettiva che riceve protezione dal giudice amministrativo. La creazione dell'i.l., quindi, non costituisce un derivato logico-strutturale necessario del concetto di pubblico potere e della divisione dei poteri accolta in un ordina-

mento. Nell'ordinamento giuridico italiano è stata una scelta frutto di compromessi e di principi storicamente sedimentatasi (M.S. Giannini). Molti ordinamenti giuridici, infatti, non conoscono questa nozione. Ciò nonostante in ognuno di essi è articolato un sistema di difesa di situazioni giuridiche rilevanti dei singoli nei confronti del pubblico potere. Si pensi al sistema tedesco dei diritti soggettivi pubblici o a quello francese in cui il giudizio amministrativo, essendo improntato al controllo dell'operato della P.A., non persegue il fine di tutelare le situazioni giuridiche soggettive del singolo.

5. — Diverso da quello italiano è il caso spagnolo. La costituzione iberica nel suo articolo 24 prevede a fianco del d.s. la figura del i.l. L'intento perseguito dalla norma costituzionale è rintracciabile nella necessità di affermare che oggetto di tutela giurisdizionale non sono soltanto diritti perfetti, ma al contrario anche situazioni giuridiche soggettive diverse dalle precedenti. Il porre l'i.l. vicino al d.s., infatti, sembra poter far qualificare il primo come un situazione giuridica attiva distinta dal secondo, stigmatizzabile apparentemente come situazione dalle caratteristiche di minor forza e consistenza rispetto al d.s. La Costituzione spagnola non identifica cosa debba intendersi per i.l.: la Carta lo riconosce espressamente, ma la sua qualificazione spetta al legislatore. Si ritiene, però, che con l'i.l., al contrario di quanto accade per il d.s., si protegga una situazione di pregiudizio non individuata espressamente dalla norma, ma derivata dalla violazione di una norma di azione. L'i.l. si caratterizzerebbe così per essere una situazione che nasce per effetto riflesso o indiretto di una norma. Quando quest'ultima protegge in modo diretto l'interesse pubblico, indirettamente protegge altresì gli interessi individuali.

La giurisprudenza ritiene che l'i.l. si concretizzi in una posizione individuata in relazione con l'attuazione dell'azione amministrativa. Essa si produce in quanto l'atto che può risultare dal procedimento amministrativo si riflette nel *circolo vitale* della persona in maniera positiva e certa, implicando un vantaggio od un pregiudizio. In questa ottica l'i.l. viene anche definito come d.s. condizionato o affievolito.

Si afferma anche come nel sistema spagnolo si giunga alla conclusione che il privato «sia titolare di d.s. di reazione o impugnatori che si affiancano a quelli perfetti: diritti tra loro coesistenti e che di sovente si

mescolano nello stesso processo» (A. Bartolini). Ciò in quanto il pregiudizio che può derivare dall'azione amministrativa non individua la sola legittimazione processuale del singolo, ma attribuisce a quest'ultimo il diritto di difendere – attraverso la richiesta di rimozione dell'atto – la propria libertà lesa ingiustamente dalla pubblica amministrazione. Di qui l'affermazione per la quale le situazioni soggettive di cui si tratta siano «diritti di reazione» o impugnatori.

Non manca chi afferma che riconoscere al cittadino una azione giurisdizionale al fine dell'eliminazione di un atto amministrativo viziato, significhi in realtà attribuire allo stesso la titolarità di un vero e proprio d.s. alla difesa della propria libertà, quando questa si possa dire lesa dall'agire della pubblica amministrazione. Se esiste un diritto astratto alla libertà, il pregiudizio genera un diritto all'eliminazione del danno cagionato dall'azione dell'amministrazione contraria alle norme.

6. — Con il tempo si è intensificato il livello di approfondimento del dibattito intorno all'i.l. spostandosi verso la teoria generale del diritto. In questa direzione si riconosce ed affermata la natura sostanziale dell'i.l., svincolandolo, nel contempo, dal nesso con l'interesse pubblico. Si è affermato, pertanto, come non sia esatto sostenere che la tutela dell'i.l. sia una tutela occasionale e riflessa, che si assicura solo in occasione della tutela dell'interesse pubblico al quale le norme si riferirebbero invero come tutela diretta. In questo senso anche la tutela che si assicura all'i.l. è una tutela diretta e piena.

Diverso però il bene che si intende tutelare: questo deriva dall'azione legittima della pubblica amministrazione. L'interesse alla legittimità risulta in tal modo qualificato come i.l., diretto cioè, sempre a un'azione amministrativa imparziale ed efficiente. Infatti, caratteristica propria della tutela della situazione di i.l. rispetto a quella propria del d.s., è l'assenza della garanzia di risultato favorevole. La tutela dell'i.l. non offre alcuna garanzia di risultato vantaggioso in concreto per il singolo interessato. Alla situazione di i.l. è assicurato un vantaggio mediato coincidente con la legittimità dell'azione amministrativa. Al d.s. il vantaggio assicurato è individuale e concreto. È, infatti, il rispetto da parte della PA delle norme giuridiche che ne disciplinano l'attività che corrisponde all'interesse del soggetto particolare.

Questo impianto sembra avvallata dalla ricostruzione che dello stesso in Europa fanno la Corte europea dei diritti dell'Uomo e la Corte di Giustizia UE.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha individuato anche nell'i.l. una posizione giuridica soggettiva riconducibile a quella ampia nozione di diritto, il cui carattere civile è necessario per godere delle garanzie previste dall'art. 6 C.E.D.U. Nel caso *Mennitto/Italia*, infatti, la giurisprudenza C.E.D.U. ha riconosciuto la natura di *droits et obligations de caractère civil* ad una posizione soggettiva – oggetto di controversia tra un privato ed una PA – che nell'ordinamento italiano è qualificata come i.l.

La scelta indicata si colloca perfettamente nel solco delle decisioni assunte ad oggi dai giudici di Strasburgo. In ragione della scelta operata oramai da tempo, la Corte, ai fini dell'applicazione delle garanzie di cui al citato articolo 6, ha fatto ricorso ad una nozione autonoma di *droits et obligations de caractère civil* avente oggetto patrimoniale. La volontà di ricorrere, ad opera della Corte, all'elaborazione di nozioni autonome di *droits et obligations de caractère civil* ha realizzato nel tempo un ampliamento della sfera di attuazione dei contenuti della CEDU fuori dei confini indicati a livello testuale della norma. Del diritto preteso dal ricorrente la Corte, infatti, non conosce la sola esistenza effettiva, ma la stessa modalità di esercizio e la sua portata. Di qui la possibilità di ricomprendere anche l'i.l. nella nozione di diritto civile, la cui violazione apre le porte alle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU.

La figura dell'i.l. non è inoltre incompatibile con un sistema come quello del diritto dell'Unione europea. Gli è semmai indifferente. L'obbligo gravante sugli Stati membri dell'U.E. di proteggere gli interessi dei cittadini europei contro eventuali violazioni delle disposizioni in cui sono qualificati, è tale indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, tra detti interessi e l'interesse pubblico ai cui eventualmente inerisce la questione (sent. C.Giust. *Braserei du pecher*).

La qualificazione sul piano interno come i.l. di una situazione soggettiva fondata sul diritto comunitario non può considerarsi né preclusa né scorretta. Dall'altro lato ogni situazione giuridica che nasce dal diritto comunitario deve essere trattata nella sostanza, e cioè dal punto di vista delle tutela apprestata, come diritto. E ciò a prescindere dal *nome* con cui l'ordinamento interno può ad essa riferirsi.

L'ordinamento giuridico comunitario tende a garantire la tutela piena ed effettiva di tutte le [proprie] situazioni giuridiche. Per questa ragione si può affermare che quest'ultimo non conosce la distinzione tra diritti ed interessi. Ossia non ha rilevanza ai fini della tutela ai cui lo stesso ordinamento dell'U.E tende, se la situazione giuridica soggettiva di provenienza comunitaria sia assimilabile o meno, nel diritto dello Stato membri, alla figura degli i.l. o ad altro. Quel che è certo è che l'esistenza della riferita situazione soggettiva tipica del sistema italiano non può far ipotizzare, per l'ordinamento dell'U.E., alcuna discriminazione di trattamento della posizione giuridica di derivazione comunitaria, in ragione dall'esistente differenza interna tra diritti ed interessi.

Diritti ed interessi sono ricostruiti in termini unitari in forza della medesima tutela ad essi apprestata. Nell'ottica europea l'i.l. non è una situazione soggettiva, essendo da questo punto vista un diritto, ma una formula organizzatoria propria del sistema processuale di un paese (sent. C.Giust. Comitato Cave). In quanto tale è volta ad individuare il giudice competente e da attribuire un sistema compiuto di tutela dei diritti. Gli Stati membri hanno, infatti, l'assoluta libertà di organizzare il proprio sistema di giustizia anche in forza del riferimento a situazioni soggettive. Alla situazione soggettiva di derivazione comunitaria deve comunque essere offerta una tutela piena e non solo alcuni mezzi di garanzia per il sol fatto che in un ordinamento interno una situazione di provenienza comunitaria possa essere ricondotta alla figura degli i.l. piuttosto che a quella dei diritti.

Riferimenti bibliografici:

- A. Bartolini, *L'interesse legittimo nel diritto europeo comparato*, in B. Cavallo (a cura di), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 20 ss.
- A. Donati, *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human rights e Grundrechte*, Giuffrè, Milano, 2002.
- E. Garcia De Enterría, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, in *Rev. esp. der. adm.*, 6, 1975, p. 427 ss.

- M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, 2, Utet, Torino, 2001.
- P.G. Monateri, *Pensare il diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1995.
- A. Palazzo, *Interessi legittimi e tutela dei diritti del privato*, in Aa.Vv., *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2003.
- E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato*, 1, *Fondamenti etici e processo* a cura di A. Donati e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 617 ss.

ANTONIO PALAZZO*

PERMANENZE DEL DIRITTO CIVILE**

SOMMARIO: 1. Concetto. — 2. Funzione storica. — 3. Ruolo nel diritto contemporaneo. — 4. Il «positivismo dei principi».

1. — Per «permanenze» si possono intendere quelle costanti etiche insuperabili che segnano tutta la storia del diritto e che costituiscono la coincidenza tra i diritti civili permanenti e le diverse culture etiche. Esse derivano dalla relazione inscindibile tra strumenti interpretativi e diritti fondamentali espressi dai principi.

Le permanenze intese come principi riguardano concetti quali la tutela dei diritti della persona, di carattere patrimoniale e non patrimoniale, l'affidamento, il divieto dell'abuso di diritto, l'equilibrio degli spostamenti patrimoniali, il divieto della lesione della sfera giuridica altrui, la tutela dei soggetti deboli. Detti principi un tempo erano affermati esclusivamente dalle norme di diritto privato. Dopo la deriva autoritaria degli Stati moderni e la loro crisi è stato necessario che questi valori venissero «costituzionalizzati» e fossero enunciati nei processi di integrazione sovranazionale (v. in Europa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Le permanenze sono così espresse attraverso i diritti fondamentali della persona, l'uguaglianza, la solidarietà, il rispetto dell'ambiente, la tutela delle categorie di soggetti deboli (donne, minori, anziani, disabili, consumatori), e così via.

Le permanenze si manifestano, oltre che per mezzo della norme costituzionali, anche attraverso il diritto subordinato, in particolare nella forma delle «clausole generali». Si pensi a concetti come la buona fede

* Professore ordinario dell'Università di Perugia.

** Il testo costituisce la versione in lingua italiana della voce «Permanencias del derecho civil», destinata al *Diccionario Histórico Judicial de México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación del México, Città del Messico, in corso di pubblicazione. I contenuti e il corredo bibliografico sono pertanto essenziali.

(artt. 198, 719, 1796 código civil Distrito Federal), la meritevolezza dell'interesse (v. art. 1322 codice civile italiano), del grave motivo, della giusta causa, l'apprezzamento delle circostanze di fatto riguardanti l'atto di autonomia privata (v., per esempio, artt. 1845, 1916, 2013, 2082, 2395 código civil Distrito Federal). Si tratta di strumenti tecnici atti ad evitare l'invecchiamento e la proliferazione legislativa mediante una formulazione della norma, quando appaia opportuno, sufficientemente ampia da permettere all'interprete di riempire di volta in volta di concreto significato la regola o parte di essa. L'opera dell'interprete si affianca dunque a quella del legislatore, specificando il comando normativo formulato in modo volutamente indicativo e non tassativo.

Le permanenze in quanto principi, espresse per mezzo di norme costituzionali o di clausole generali, consentono all'interprete di svolgere una funzione protettiva di tutti gli interessi in giuoco. Si tratta, pertanto, di concetti immediatamente applicabili al sistema, che guidano l'interpretazione e applicazione delle regole eteronome, così come di quelle stabile dagli atti di autonomia privata. Il richiamo alle permanenze può evitare soluzioni giurisprudenziali che non tengano conto della razionalità e dell'intrinseca coerenza del sistema.

L'individuazione e applicazione dei principi viene realizzata attraverso strumenti interpretativi permanenti quali l'analogia, l'intenzione (art. 12 disposizioni preliminari al codice civile italiano), l'equità (art. 17, 1845, 2395, 2913, código civil Distrito Federal). In particolare va sottolineata la funzione importantissima dell'equità, che consente all'interprete di procedere ad un effettivo bilanciamento degli interessi e all'applicazione dei principi e delle altre permanenze.

2. — Le permanenze, come si diceva all'inizio, sono valori costanti della storia giuridica, che per molto tempo è stata la storia del diritto civile.

L'attuale cultura giuridica europea, fondata sul diritto comune, si sviluppa nel Medioevo, attraverso le reciproche interrelazioni tra diritto romano (classico e giustiniano), diritto germanico e diritto canonico.

Il pensiero giuridico tra Trecento e Seicento si occuperà poi della formazione induttiva del sistema civilistico. In effetti il sapere giuridico dei commentatori aveva posto in movimento una logica di unificazione

interna dell'ordinamento giuridico, logica che si realizzava con il ricorso alla dialettica aristotelico-scolastica. Si erano trovati i grandi principi e la struttura dogmatica dei vari settori del diritto, così come i principi (*assio-mi*) informativi di ogni istituto, nonché il significato tecnico-giuridico delle parole (*significatio verborum*).

Con l'inizio del Cinquecento, il processo giunse alla fine del suo ciclo iniziale. La dottrina si dedica alla compilazione e al commento delle sentenze dei Grandi Tribunali, che hanno avuto un ruolo formidabile nella elaborazione del diritto europeo. Se ne sono accorti alcuni contemporanei, come Giovan Battista De Luca (1614-1683), che considera come fonti, alle quali i giudici dovrebbero fare ricorso, oltre alla giurisprudenza del tribunale adito, quella dei Grandi Tribunali dello Stato e l'orientamento giurisprudenziale dei più alti tribunali di tutte le nazioni.

A partire dal Settecento il sistema è perfetto e il pensiero giuridico successivo, soprattutto la pandettistica, si limiterà a spiegare i principi comuni deduttivamente, prima che tra Ottocento e Novecento il sistema del diritto comune si frammentasse in quello degli Stati nazionali.

Proprio al culmine di questo percorso, Gianbattista Vico comprese e mise in evidenza il ruolo dei valori giuridici permanenti, studiando sia il diritto dottrinale del Medioevo (attraverso la scuola della glossa e quella del commento) sia quello giurisprudenziale dei Grandi Tribunali del Seicento, accomunati dalla particolare attenzione per la triade equità, analogia, buona fede.

La novità di Vico sta nell'aver colto l'importanza della filosofia e della storia per la scienza giuridica. Questa cade nel formalismo tutte le volte che non studia la storia dei valori civili permanenti e non ne trae le conseguenze per la costruzione degli istituti giuridici.

La storia giuridica, in particolare, è per Vico ricerca del sistema delle «permanenze dei valori». La prima funzione della scienza giuridica è quella di individuare valori sia del passato che del presente, espressi dalle esigenze dell'uomo associato nella comunità locale, nazionale e internazionale. La dogmatica e il sistema scientifico sono strumentali per la individuazione dei principi o dei valori civilistici. Vico, che manifesta una grande attenzione all'esperienza giuridica concreta, ritiene tali valori vanno poi utilizzati nel processo, confrontandoli con i fatti alla base della controversia.

L'importanza delle permanenze si coglie anche nei lavori di altri autori tra il Seicento ed il Settecento, quali Pothier, Domat e gli altri umanisti (scuola culta, *mos gallicus iura docenti*, alciatiani). Domat, in particolare, si richiama allo spirito e all'intenzione (v. il capitolo dodicesimo del *Traité de Lois*, paragrafi 7 e seguenti), poiché «per ben giudicare del senso di una legge, si deve considerare quale ne sia il motivo, quali siano gl'inconvenienti ai quali provvede, l'utilità che ne può nascere, il suo rapporto con le antiche leggi, i cambiamenti che v'introduce, e fare tutte quelle riflessioni con le quali se ne possa intendere il senso», in modo che «quante volte le espressioni della legge sono difettose, bisogna supplirle per riempire il senso secondo il loro spirito».

Apparentemente la giurisprudenza dei Grandi Tribunali e la Scienza nuova di Vico non influiranno in modo determinate sul pensiero e sulla legislazione giuridica successiva. Ciò a causa della nascita del diritto nazionale e, sembrerebbe, per opera del positivismo illuminista.

Nella codificazione di Napoleone, per esempio, il pensiero di Domat e di quello di Pothier penetrano attraverso la sistemazione delle categorie formali, ma non per quel che riguarda il metodo. Il Code civil, infatti, non contiene regole interpretative neppure nelle disposizioni preliminari (artt. 1-6) che rimangono povere e asfittiche, rispetto a quelle delle successive codificazioni europee, che pure da esso derivano (v. per esempio il codice civile italiano del 1865).

Ma la dissociazione tra politica e cultura giuridica, imposta dal disprezzo di Napoleone per la dottrina, svanisce nella interpretazione e applicazione giurisdizionale della legge. È lo stesso Portalis, uomo di fiducia di Napoleone, che nel celebre discorso pronunciato nella Seduta del corpo legislativo del 23 febbraio 1803, seguendo lo schema di Domat in tema di analogia ed equità, afferma che nella legge non si può prevedere tutto. Vi sono quindi «necessariamente moltissime circostanze, nelle quali il giudice si trova senza leggi. In tali casi convien lasciare la giudice la facoltà di supplire alla legge per mezzo dei lumi naturali dell'equità e del buon senso». E aggiunge, per spiegare il suo pensiero sull'equità «Il potere di giudicare non è sempre diretto nel suo esercizio da precetti espliciti; esso lo è dalle massime, dalle usanze, dagli esempi e dalla dottrina». La vera dottrina, ricorda Portalis, citando Daguesseau, consiste nella conoscenza dello spirito delle leggi ed è superiore alle leggi stesse.

Durante il processo di codificazione in Europa le permanenze comunque resistono al tentativo di costruire sistemi chiusi. Il Code civil fa riferimento all'equità integrativa tra le fonti del contratto (art. 1135) e per l'accessione mobiliare (art. 565); il BGB, seppure non conosce regole interpretative, parla dell'equità (§§ 829, 920, 971, 1361, 1579) e dell'equo giudizio (§§ 315, 317/319, 660, 745, 1246, 2048, 2156). Ancora più ampio è il ricorso alle clausole generali nel codice civile italiano del 1942, che tra le fonti di integrazione del contratto pone la buona fede e che adotta una disciplina dell'interpretazione, con riferimento esplicito alla intenzione del legislatore, all'analogia e ai principi generali dell'ordinamento.

Anche il dibattito giuridico dell'Ottocento non sembra poter fare a meno del richiamo alle permanenze.

Savigny, per esempio, che utilizza rigorosamente il metodo sistematico, si richiama all'equità, sebbene non la citi per nome, come fonte integratrice della disciplina dei negozi giuridici, valutabili per la loro validità e liceità, attraverso la considerazione delle circostanze che hanno contrassegnato il procedimento contrattuale (v. l'esempio sull'usura, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, § 50).

Jhering è nella maturità il fondatore della *Interessenjurisprudenz*, che si oppone al concettualismo di Puchta, ma che ripropone un nuovo dogmatismo basato sul concetto di interesse, mettendo ai margini la prospettiva storica. Eppure la sua formazione romanistica gli consente di cogliere il valore interpretativo di alcuni momenti dell'esperienza giuridica romana, come è per esempio a proposito del concetto di «colpa». Anche in questo caso viene fuori la rilevanza che un giurista colto deve dare alla storicità del diritto intesa come conoscenza delle «permanenze» di valori, ma, avendo egli rigettato ogni procedimento per astrazione, proprio in odio al concettualismo, non ci si può aspettare che venga definito con il suo termine appropriato il procedimento interpretativo necessario all'accertamento della colpa.

Anche per quanto riguarda Windscheid, la tesi di chi lo pone tra i concettualisti (*Begriffsjurisprudenz*) è stata smentita da Larenz che lo vede in una posizione intermedia, in quanto, per la sua svolta verso lo psicologismo, appartiene già al positivismo, senza essere completamente staccato dalla visione etica del diritto naturale e della filosofia idealistica.

3. — L'interesse per le permanenze si è accresciuto notevolmente nel diritto contemporaneo.

Innanzitutto poiché la costituzionalizzazione dei principi e i processi di integrazione sovranazionale hanno normativizzato alcune direttive etiche, in precedenza appannaggio solo delle teorie giusnaturalistiche. In Europa, oltre alla già citata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il rinvio alle permanenze è contenuto nel Trattato sull'Unione europea il quale all'art. 2 afferma che l'Unione è fondata su valori comuni degli Stati membri. Le norme comunitarie inoltre fanno spesso rinvio ai principi di diritto comuni degli Stati membri (come accade nella disciplina della responsabilità extracontrattuale, art. 340 Trattato UE); la giurisprudenza della Corte di giustizia, inoltre, si richiama spesso alla tradizione giuridica comune europea nelle proprie argomentazioni.

Ma la funzione fondativa delle permanenze è avvertita anche negli altri processi di integrazione regionale. In America Latina, per esempio, il Trattato costitutivo della Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR) (firmato a Brasilia il 23 maggio 2008 tra: Argentina, Bolivia, Brasile, Colombia, Cile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay e Venezuela) afferma che «la integración como la unión suramericanas se fundan en los principios rectores de.. autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible».

L'importanza dell'aspetto normativo della filosofia morale, inoltre, è evidente nel dibattito moderno delle cosiddette etiche speciali (etica pubblica, bioetica, etica dell'ambiente, etica della comunicazione, ecc.) a conferma del fatto che il problema della connessione tra diritto e morale è stato avvertito come fondamentale, a partire dalla tomistica sino all'opposta visione della giurisprudenza analitica di Hart, che nella sostanza riprende la concezione etica utiliristica di Bentham e Stuart Mill.

Il rilievo delle permanenze per gli ordinamenti giuridici contemporanei mette in crisi la tradizionale contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo basata, rispettivamente, sulla chiusura e apertura alla prospettiva etica nella lettura e nell'applicazione concreta della legge.

Il giuspositivismo non coincide quindi con il relativismo etico, poiché nella realtà attuale si è passati dal «positivismo delle regole» al «positivismo dei principi».

La linea di confine tra un uso corretto o meno dei principi ermeneutici corre lungo il filo della cosiddetta positivizzazione del loro contenuto attuata con l'ausilio di una dogmatica storicamente orientata in chiave ermeneutica: la razionalizzazione dei valori, e quindi l'argomentazione giuridica assiologicamente orientata, passa attraverso la creazione, la ridefinizione, o in alcuni casi, la rifondazione su basi aggiornate, dei dogmi di diritto civile. Ciò, in buona sostanza, significa non relegare *tout court* al potere giudiziario il compito di guidare l'orientamento ai valori del diritto privato, almeno nei sistemi di *civil law* permeati dall'idea – e dalla realtà che è frutto di una tradizione plurisecolare – del sistema retto dai concetti quali strumenti conoscitivi e ordinatori del diritto.

4. — Il vecchio positivismo legislativo di impronta ottocentesca, che per tanto tempo ha degnamente rappresentato le fondamentali conquiste della Scuola sistematica, esce quindi di scena, definitivamente superato da un nuovo positivismo di stampo, per così dire, «valoristico-dogmatico».

La chiave di volta per la comprensione dei valori dogmatizzati resta in ogni caso la storicità intesa come prospettiva interpretativa diacronica al servizio della dogmatica, la quale non può fare a meno del suo passato. Il fine ultimo resta pur sempre la costruzione e, soprattutto, il mantenimento nel tempo di un sistema giuridico privo di antinomie e, pertanto, coerente in tutte le sue parti.

Le categorie «dogmatiche» vengono storicamente dopo, quale espressione del soggettivismo e del razionalismo, e si rilevano tramandabili solo guardando alla loro relatività, finché quindi la presenza di esse negli ordinamenti è idonea ad esprimere le modalità in cui si estrinsecano le situazioni di diritti e obblighi e le loro fonti di dinamismo costitutivo, modificativo o estintivo. Questa relatività non può essere mai perduta di vista a scapito delle esigenze fondamentali dei privati. Il compito primario della dogmatica è pertanto quello di definire l'attualità e aderenza dei suoi principi e delle sue categorie ai valori costituzionali.

La relatività delle categorie dogmatiche, unita tuttavia alla rilevanza e immutabilità delle permanenze a tutela degli interessi fondamentali della

persona, consentono di superare alcune visioni estreme della modernità, espresse nel decostruzionismo di Derrida e nel «pensiero debole» di Vattimo. Questi pensatori hanno infatti visto soltanto quella parte della modernità che ha sostenuto la ragione forte, una ragione cioè ordinatrice e sicura dei suoi procedimenti scientifici, convinta soltanto del suo progresso nel dominio del mondo e della natura. Ma se i pensatori della modernità non hanno compreso la lezione vichiana, che pone la presunzione illuministica dinanzi alla verità delle permanenze storiche, i pensatori della postmodernità rimangono succubi del nichilismo della ragione debole, che rifiuta i fondamenti metafisici e qualunque senso della storia.

L'incontro tra filosofi, storici e giuristi, senza preconcetti riguardanti la storia giuridica, mette in luce che il giurista è chiamato in causa dalla storia. Egli, molto prima della modernità, è «filosofo» *inter partes*, interprete dei problemi dell'uomo associato ed ha costruito nella modernità un diritto civile forte e trasmissibile anche oltre la post modernità.

Il giurista non vuole fermarsi alla artificiosa concettualità del primo positivismo tedesco di impronta puchiana, senza cadere nella seducente avanguardia del diritto libero. Egli deve invece rivalutare in chiave euristica le scoperte hegeliane in tema di rapporto tra diritto e interesse. In sostanza, va riconosciuta la prospettiva diacronica come dato ineliminabile della ricostruzione dell'area semantica ricoperta dalla legge nella società, e quindi del valore concreto ed effettivo di ciò che la legge rappresenta per ogni essere umano. Ciò realizza l'incontro fecondo tra diritto e storicità, che deriva dalla conoscenza storica ai fini della comprensione giuridica e quindi dalla consapevolezza dell'importante ruolo ermeneutico svolto da tale forma del sapere. Dilthey, che potrebbe essere considerato il precursore del positivismo orientato dalla prospettiva storica, ritiene infatti che il sapere è vincolato dalla concretezza della situazione storica e temporale dalla quale sorge. Egli mostra infatti che la vita – compresa quella giuridica – è esperienza storica che si esprime in un processo relazionale segnato dalla continuità (W. Dilthey, *Critica della ragione storica*, Torino, 1954).

Riferimenti bibliografici:

- G. Alpa, M. Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2005.
- M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, il Mulino, Bologna, 1989.
- K. Larenz, C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin-Göttigen-Heidelberg, 1999.
- L. Mengoni, *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985.
- L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996.
- A. Palazzo, I. Ferranti, *Etica del diritto privato*, Cedam, Padova, 2002, voll. I-II.
- A. Palazzo, A. Sassi, F. Scaglione, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Università di Perugia, Perugia, 2008.
- F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.

ROBERTO CIPPITANI*

SOLIDARIETÀ (NEI RAPPORTI GIURIDICI)**

SOMMARIO: 1. Introduzione storica. — 2. La solidarietà nelle Costituzioni. — 3. Caratteri della de la solidarietà nelle Costituzioni. — 4. La solidarietà nei rapporti di diritto privato. — 5. La solidarietà come principio generale.

1. — La parola «solidarietà» ha una storia relativamente recente sia nel discorso giuridico che in altri campi.

Il diritto antico, attraverso la definizione romanistica di obbligazione solidale (*solidum, in solidum*) ha utilizzato un primo significato di solidarietà intesa come insieme di obblighi derivanti dall'appartenenza ad un gruppo.

Questa ristretta e tecnica nozione di solidarietà fornisce, molto tempo dopo, nel corso del secolo XVIII, la metafora per parlare di organismo, prima in senso fisiologico e poi in senso sociale. La solidarietà come vincolo sociale viene intesa in senso contrattuale (nel senso del «*contrat social*» di Rousseau) e poi, soprattutto per opera di Bourgeois, un rapporto di natura «quasi-contrattuale», perché non sempre riconducibile alla espressione della volontà dei singoli.

Questa idea di solidarietà, come vincolo di appartenenza ad una collettività che diventa nazione, appare nel discorso giuridico moderno attraverso la «fraternité» della Rivoluzione francese, ancora oggi richiamata dalla Costituzione della Quinta Repubblica (v. art. 2, 3° alinea, «*La devise de la République est Liberté, Égalité, Fraternité*»). La «fraternité» viene rappresentata nelle fonti di quel periodo per aspetti marginali (per esempio con riferimento alle feste nazionali finalizzate a «*conserver le souvenir de la Révolu-*

* Professore a contratto dell'Università di Perugia.

** Il testo costituisce la versione in lingua italiana (con l'aggiunta di alcuni riferimenti) della voce «Solidaridad (en las relaciones jurídicas)», destinata al *Diccionario Histórico Judicial de México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación del México, Città del Messico, in corso di pubblicazione. I contenuti e il corredo bibliografico sono pertanto essenziali.

tion française», Costituzione del 1791), e richiama l'idea individualista di amicizia di cui parlava Domat nelle *Lois civiles*. Solo successivamente si introducono obblighi giuridici veri e propri, legati all'appartenenza del cittadino alla comunità.

A partire dalla seconda metà del XIX secolo, la solidarietà, da parola pressoché sconosciuta, diventa assai ricorrente nelle riflessioni politiche, ideologiche e religiose. Essa viene messa al centro di ogni progetto di riforma della società, come testimonia il pensiero marxista e quello socialista riformista.

In questo periodo si afferma un altro significato della solidarietà. Dal concetto di appartenenza deriva l'idea sociale della solidarietà, e cioè quella della tutela dei membri più deboli della comunità.

Anche questo significato di solidarietà ha origini antiche in altri concetti, che appartengono al discorso religioso o filosofico come ospitalità, amicizia, *humanitas*, *pietas*, *clementia*, e nel Vangelo espressioni come «*agape*» (la «cura dell'altro e per l'altro»), la «fratellanza» (e cioè il rispetto dell'altro per definizione uguale) e soprattutto la «carità» (il servizio in favore degli altri), e così via, che appaiono nei testi religiosi e filosofici (Francesco). Ma nella dottrina della Chiesa solo con la *Rerum Novarum* di Leone XIII nel 15 maggio 1891, la carità dalla prospettiva religiosa viene proiettata nella sfera sociale, riprendendo temi cari a San Tommaso, e soltanto nell'enciclica *Mater et magistra* di Giovanni XXIII del 1961, compare esplicitamente per la prima volta il termine «solidarietà».

Nella secolo XIX la solidarietà in senso sociale compare nel discorso delle scienze umane, come la sociologia e l'economia (si pensi agli economisti della «*Verein für Socialpolitik*», l'Associazione della politica sociale). Si afferma una vera e propria «dottrina della solidarietà», che, come si afferma nella voce «*solidarité*» de la *Grande Encyclopédie* (pubblicata tra il 1886 e il 1902), si basa su «*un ensemble d'études qui ont pour objet de déterminer, suivant les procédés de la science, expérimentale et en vue de satisfaire à l'idée de justice, les conditions dans lesquelles doit fonctionner l'association humaine*». Di particolare rilievo è poi il pensiero dei solidaristi francesi, che riprendono, con sensibili modifiche, le idee della Rivoluzione e il pensiero sul pauperismo della prima metà del secolo XIX. Il solidarismo, che introduce l'idea dei diritti sociali, parte dal «diritto economico» di Proudhon e continua con autori come Léon Duguit, Raymond Saleilles e Maurice Hauriou. Esso

influenzerà le proposte dei diritti sociali, il cooperativismo cattolico o socialista.

Il dibattito politico, ideologico, religioso, scientifico trova quindi riscontro anche nel discorso giuridico. Il primo campo di applicazione delle concezioni solidaristiche è il diritto amministrativo, chiamato ad elaborare gli strumenti per la costruzione dei primi sistemi di assicurazione sociale e di altre forme di protezione (v. Heinrich Rosin; Georg Beseler e Otto Gierke usavano il termine «diritto sociale»; Hermann Roesler parlava di un «diritto amministrativo sociale»).

Anche il diritto privato comincia ad essere letto nella prospettiva solidaristica, soprattutto ad opera del socialismo giuridico, in particolare per autori come Karl Renner (che parla di funzione sociale del diritto privato) e Anton Menger che, durante il dibattito sul nuovo codice civile tedesco, mostra come il diritto privato in Germania e in Austria venga elaborato dal punto di vista delle classi abbienti e afferma la necessità di scrivere un codice civile non più unilaterale, in modo da mantenere la pace sociale.

2. — Il punto di svolta nella storia giuridica della solidarietà è la sua menzione nelle Costituzioni della seconda metà del secolo XX. Questo sebbene, come si vedrà, alcune tracce di questo concetto possono individuarsi anche nella legislazione precedente.

Le Costituzioni infatti mettono al centro dell'intero sistema la persona ed i loro diritti, come aveva fatto la «*Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*» del 26 agosto 1789 e la Costituzione degli Stati Uniti.

Ma l'innovazione forse ancora più rilevante del diritto nato dopo il secondo conflitto mondiale è però rappresentato dal fatto che questi diritti e libertà della persona sono ora concepiti in una «prospettiva solidaristica». Nell'art. 2 della Costituzione italiana del 1948, per esempio, sono riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili della persona, i quali devono essere esercitati nel rispetto del «dovere inderogabile» della «solidarietà» «politica, economica e sociale» (v., inoltre, per esempio l'art. 10, 2° co., Costituzione Spagna; v. la Costituzione francese del 1946, richiamata anche dal Preambolo della Costituzione della V Repubblica, secondo la quale i diritti e le libertà stabiliti nella *Déclaration des droits* del 1789 vanno ora corretti con i principi politici, economici e soprattutto sociali «*comme*

particulièrement nécessaires à notre temps», Preambolo, n. 2). I diritti inviolabili sono così funzionalizzati alla tutela degli interessi degli altri soggetti e della collettività nel suo complesso.

L'esercizio dei diritti in senso solidaristico viene visto nella duplice accezione di appartenenza e di dimensione sociale.

L'appartenenza è oggi intesa non soltanto nazionale (v. per esempi, l'art. 25, 4° co., Costituzione Grecia), ma a livello sovranazionale e internazionale. Particolarmente importante, in Europa, l'enunciazione del dovere di solidarietà a livello comunitario e quello rivolto ai paesi terzi. La solidarietà è infatti alla base del processo di integrazione europea, come risulta da tutte le fonti comunitarie, dalla Dichiarazione di Schuman del 9 maggio 1950, ai Trattati, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v. il preambolo «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e il Capo IV intitolato «Solidarietà», art. 27 e ss.). Ma il richiamo alla solidarietà è avvertito anche in altri processi di integrazione sovranazionale, come sta accadendo in America Latina. Il Trattato costitutivo della Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR) (firmato a Brasilia il 23 maggio 2008) parla di «*historia compartida y solidaria de nuestras naciones*» e afferma che «*la integración como la unión suramericanas se fundan en los principios rectores de: irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible*» (preambolo).

Per quanto riguarda la dimensione solidaristico-sociale, che caratterizza gli stati moderni (che si definiscono spesso sociali, v. art. 1, 1° co., Costituzione Spagna; art. 1 della Costituzione Portogallo), essa nasce dall'affermazione del principio dell'eguaglianza sostanziale (v. art. 3 Costituzione Italia) e non più solo in senso formale come era stabilito dalle costituzioni e dal diritto ottocentesco.

La solidarietà e l'eguaglianza conducono a mettere al centro dell'ordinamento giuridico il «soggetto debole», e cioè la persona in una qualsiasi situazione di svantaggio (dovuta a ragione di età, sesso, condizioni economiche e così via), proprio per correggere le diseguaglianze di fatto. La centralità dei soggetti deboli nell'ordinamento raggiunge il suo grado massimo nella tutela dei minori, tanto da parlare di un vero e proprio diritto «paidocentrico». Ma anche altre situazioni di svantaggio sono tutelate dall'ordinamento: i disabili, gli anziani, i disoccupati, le donne soprattutto se madri, l'ambiente e gli animali.

3. — La solidarietà prevista dalle Costituzioni riguarda tutti i rapporti giuridici, sia quelli tra poteri pubblici e cittadini (solidarietà verticale), sia i rapporti tra cittadini (solidarietà orizzontale).

La solidarietà delle Costituzioni, presenta alcuni caratteri peculiari.

a) L'obbligatorietà. In primo luogo la solidarietà appare un vero e proprio obbligo giuridico che riguarda tutti i soggetti di diritto ed in particolare quelli che esercitano pubblici poteri, siano essi nazionali che sovranazionali.

I soggetti pubblici hanno obblighi di agire per far fronte alle situazioni di disagio, come richiede il modello del *Welfare State* o dello Stato sociale. Questo modello, sviluppatosi in Europa a partire dalla fine del secolo XIX e che trova riscontro nelle attuali costituzioni, è costituito da un nucleo di assicurazioni sociali che proteggono dai rischi o comunque dalle necessità della vita (infortuni, malattia, invalidità, gravidanza, carichi familiari, disoccupazione, vecchiaia, morte del coniuge) e tutta una serie di servizi sociali, trasferimenti alle persone e altre azioni.

La solidarietà pubblica è un dovere dello stato, concepito nella logica dei «servizi di interesse generale», tra i quali una legislazione oramai trentennale inserisce i «servizi sociali». Il legame tra solidarietà e servizi pubblici è particolarmente evidente nel diritto comunitario (art. 16 del Trattato di Roma e art. 36 della Carta dei diritti fondamentali).

b) I diritti sociali. Al dovere dei poteri pubblici corrisponde un vero e proprio diritto dei soggetti, finalizzato al concreto sviluppo della persona (v., per es., gli artt. 2, 3 e 32 ss. Cost. Italia). Si parla a questo proposito spesso di «diritti soggettivi pubblici», per sottolineare la tutela di inte-

ressi particolari di rilievo costituzionale. L'esistenza di un diritto alle prestazioni sociali è poi evidente nella legislazione ordinaria. Come si afferma nella legge spagnola «*de dependencia*» (ley 39/2006, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*), i cittadini hanno «*derecho subjetivo [...] a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*» (art. 1).

La solidarietà, come obbligo e come diritto, distingue l'intervento pubblico previsto dalle Costituzioni attuali da quelle dei secoli passati. Nel passato, infatti lo Stato si limitava a permettere e a controllare gli interventi dei privati (è il caso della cosiddetta «carità pubblica») e a considerare il disagio soprattutto un fenomeno di ordine pubblico (si pensi al modello dell'internamento forzato dei poveri nelle *work house* inglesi del XVII secolo).

c) L'universalità. Il dovere dello Stato non riguarda una particolare categoria di persone. La solidarietà pubblica attuale prevede interventi non tanto sulla specifica deviazione, quanto sulla persona, che si trova in una situazione di disagio.

Esemplificativa a riguardo è il concetto di *dependencia*, di cui alla Ley 39/2006, che è «*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*» (art. 2). Un concetto simile è espresso con la nozione di *Pflegebedürftig* di cui al § 14, Libro XI, SGB tedesco, e un analogo approccio è presente nelle altre legislazioni europee.

Ciò che deve determinare l'azione dello Stato è quindi il verificarsi di una determinata situazione di fatto, indipendentemente da ogni considerazione di disvalore o tentativo di categorizzazione.

d) Globalità. La solidarietà pubblica ha un carattere trasversale, investendo materie diverse. Essa non riguarda soltanto la politica sociale, propriamente detta, ma interessa tutte le politiche pubbliche riguardanti la vita delle persone. Come affermano, in Europa, documenti della Strategia di Lisbona (v. il paragrafo 24 delle conclusioni della presidenza del

Consiglio europeo di Lisbona): «le persone sono la principale risorsa dell'Europa», occorre quindi che tutte le politiche europee siano imperniate sulle persone e sulla loro possibilità di partecipare della società della conoscenza. La globalità va intesa come attenzione non soltanto ai suoi bisogni materiali ma anche a quelli complessivi della persona: il bisogno dell'educazione, della cultura e dello sport, dell'assistenza sanitaria, di un altro servizio pubblico, della tutela dell'ambiente, e in generale tutti i casi di promozione.

e) Il carattere reticolare. La solidarietà pubblica deve essere esercitata in modo organizzato ed a vari livelli. Essa non può essere affidata solo alla buona volontà dei singoli o di enti ma ad interventi sistematici e secondo programmi coordinati di intervento. L'attuale sistema costituzionale e sovranazionale istituisce così un sistema integrato e programmato di solidarietà, che si distingue sia dalla asistematicità della «carità legale» dello Stato liberale. La solidarietà pubblica, seppure costituisce un dovere dei poteri pubblici deve essere esercitata da soggetti ed a livelli diversi. Questo in applicazione del principio della sussidiarietà, strettamente legato al tema della solidarietà. L'idea di fondo, già espressa dalla dottrina sociale della Chiesa, è che la solidarietà si deve organizzarsi attorno una rete di organismi tra gli individui e lo Stato .

4. — La solidarietà in senso moderno incide anche in modo orizzontale, nei rapporti tra privati.

I codici civili europei, a cominciare dal *Code civil* furono poco influenzati dal nascente dibattito sul tema della solidarietà. In uno schema fondamentalmente patrimonialistico, in cui i soggetti giuridici sono posti sullo stesso piano formale e sono rappresentati soprattutto i loro rapporti di natura patrimoniale, compaiono eccezionalmente disposizioni che possono essere ricondotte all'idea di solidarietà, nelle due accezioni che si sono individuate sopra. Senza mai parlare di solidarietà, se non nel significato tradizionale nel diritto delle obbligazioni (v. gli artt. 1984 e ss. *Código civil D.F.* che riguarda le «*obligaciones mancomunadas*»), si possono trovare disposizioni che tengono conto dell'appartenenza del soggetto alla comunità (v. per es. l'art. 16 *Código civil D.F.*: «*Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes*

*en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas») o che tutelano le parti più deboli (v. art. 17 «Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios»). Poche altre disposizioni fanno riferimento a concetti come equità e buona fede (v. la voce *Intereses patrimonialmente neutros*, in questo Dizionario), abuso del diritto (v. art. 840 *Código civil D.F.*), motivazioni di carattere sociale dei soggetti di diritto (v. le cosiddette «obbligazioni naturali» dell'art. 2034 Codice civile italiano).*

Negli ultimi decenni a questi pochi riferimenti al tema della solidarietà si sono sovrapposte le norme costituzionali e la legislazione ordinaria, ed è cambiato progressivamente l'approccio della letteratura giuridica.

Anche se con qualche difficoltà la dottrina e la giurisprudenza hanno cominciato ad applicare il principio di solidarietà, prima considerato di carattere esclusivamente programmatico e indirizzato soltanto al legislatore.

Il caso più importante è costituito dalle riforme in materia di diritto di famiglia, che ha adattato i rapporti di famiglia al principio di solidarietà (v., ancora di recente l'introduzione dell'art. 138 *Sextus* nel *Código civil D.F.* secondo il quale: «*Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares*»).

Ma il riferimento alla solidarietà viene utilizzato sempre di più anche nella legislazione e nella interpretazione dei rapporti giuridici di natura patrimoniale, come quelli riguardanti la proprietà e l'iniziativa economica (v. artt. 43 e 41 Cost. Italia; art. 25, 6° co., *Constitución Mexico*), un tempo considerati soltanto ad esclusivo vantaggio del soggetto (anche nell'art. 17 della *Déclaration* la proprietà è definita «*un droit inviolable et sacré*»), oggi finalizzati all'utilità sociale e al rispetto di interessi come la tutela dell'ambiente.

Ma il principio di solidarietà è applicato anche nella materia contrattuale. Questo si realizza mediante l'entrata in vigore di una legislazione che deroga al principio della parità formale dei soggetti, presente nei codici civili. Si individuano alcuni soggetti «deboli», che vengono tutelati non

solo nel caso di sproporzione economica, ma anche e soprattutto per la mancanza di equilibrio giuridico nei confronti dei soggetti forti. Inoltre si propongono nuovi modelli di disciplina della materia contrattuale che fanno esplicito riferimento ai temi della solidarietà (v. per es. l'art. 140 *Code européen des contrats* dell'Accademia dei giusprivatisti europei di Pavia, che fa esplicito riferimento ai principi di solidarietà sociale, oltre che di uguaglianza e di tutela della personalità umana).

Ma la solidarietà è il riferimento per un rilettura costituzionalmente orientata dei codici civili.

Nella letteratura e nella giurisprudenza italiana e europea i risultati di questa interpretazione costituzionale della normativa su contratti sono diversi.

Per esempio ora si amplia notevolmente la portata della buona fede e della correttezza, prima relegate solo in alcuni articoli dei codici.

È alla luce di queste considerazioni che la giurisprudenza ha fondato le sue pronunce in tema di fideiussione omnibus, di responsabilità da doppia alienazione immobiliare, della rilevabilità d'ufficio della sproporzione di una clausola penale, della mancata stipula di un contratto definitivo per inadempimenti non sostanziali.

Inoltre la solidarietà, e non più gli interessi patrimoniali, diviene il fondamento stesso per gli effetti del contratto. È la solidarietà, per esempio, che viene richiamata dai giudici per tutelare il comodatario nel caso di comodato precario o di locazione senza determinazione del termine finale. È ancora la solidarietà, intesa in senso verticale, che sta alla base dei contratti della pubblica amministrazione nella erogazione di servizi pubblici, dei finanziamenti, delle prestazioni previdenziali e assistenziali. La solidarietà fonda la responsabilità extracontrattuale e contrattuale della pubblica amministrazione, in applicazione del principio per cui gli enti pubblici hanno un dovere di protezione nei confronti dei cittadini.

5. — Come si è detto la solidarietà incide nei rapporti di diritto privato ed in particolare sui contratti. Occorre ora capire come ciò si verifica sotto un profilo tecnico-giuridico.

Qualcuno ha dubbi sul fatto che la solidarietà possa riguardare rapporti giuridici di natura patrimoniale.

Ma dagli esempi che si sono fatti si è visto che la solidarietà entra nella materia dei contratti o è oggetto di una vera e propria obbligazione contrattuale. Infatti queste obbligazioni rispetto il carattere della economicità, in quanto possono essere valutate in termini monetari (cfr. l'art. 1173 Codice civile italiano). Gli enti pubblici che hanno come funzione quella di attuare gli obblighi di solidarietà possono utilizzare anche provvedimenti amministrativi, ma questo non toglie che si faccia sempre maggiore ricorso, anche per questi, ai rapporti contrattuali.

Secondo altri autori, i rapporti che riguardando la solidarietà possono essere soltanto gratuiti. La solidarietà tra privati può realizzarsi anche attraverso la donazione o altri contratti gratuiti. Ma sia nel settore privato e soprattutto nel settore pubblico, i rapporti per realizzare l'obbligo di solidarietà possono essere onerosi o gratuiti (v. le definizioni dell'art. 1837 Código civil D.F.), bilaterali o unilaterali (v. artt. 1835 e 1836 *Código civil D.F.*). Sono onerose le donazioni che secondo l'art. 2336 *Código civil D.F.* «*se hace imponiendo algunos gravámenes*» (La donazione viene effettuata ad un ente di beneficenza perché questo la destini a usi determinati). Possono considerarsi onerosi e bilaterali, per esempio, le convenzioni tra gli enti pubblici e coloro che erogano i servizi sociali. Ma molto spesso sono onerosi e bilaterali i rapporti tra i soggetti che forniscono i servizi sociali e gli utenti di questi servizi (si pensi al caso del contratto tra un ente pubblico e una persona bisognosa per l'alloggio di una casa popolare). L'onerosità e la bilateralità si possono osservare anche nei finanziamenti pubblici e nell'erogazione delle prestazioni previdenziali. Non è oneroso il rapporto tra il volontario e l'ente per cui presta la propria attività. Ma è oneroso il rapporto esistente tra l'ente no profit ed i propri dipendenti.

Un'altra osservazione che si può fare dal punto di vista del diritto privato, è che solidarietà non si attua soltanto con un tipo particolare di contratto. Vi possono essere rapporti che per legge sono destinati direttamente all'attuazione del dovere della solidarietà, come è il caso del rapporto tra l'ente di beneficenza ed i volontari che svolgono la loro attività (v. anche l'esempio fatto da Windscheid delle promesse unilaterali per un vantaggio sociale in favore dello Stato o del Comune). Ma nella generalità nei casi l'obbligo costituzionale della solidarietà può realizzarsi attraverso contratti non esclusivamente destinati a questo scopo: contratti

d'opera (i servizi di assistenza prestati da una fondazione o una associazione), di comodato e di locazione (si pensi alle case popolari), contratti di vendita (la vendita di prodotti alimentari o vestiario a prezzi agevolati).

Quindi la solidarietà non si identifica con lo schema astratto del contratto e cioè con la «funzione economico-sociale».

Se un contratto d'opera viene utilizzato per erogare un servizio pubblico o per un altro fine, rimane pur sempre un contratto d'opera. La solidarietà è infatti una finalità che si aggiunge ad un tipo incidendo comunque sul suo contenuto e sulla sua interpretazione.

Se la solidarietà non si identifica con la mancanza di patrimonialità, con la gratuità, o con un particolare tipo di contratto, essa svolge una funzione più generale nei rapporti di diritto privato.

Essa può considerarsi innanzitutto come fondamento giuridico (la «causa determinate» avrebbe detto Windscheid; cfr. art. 1882 *Código civil D.F.*) dei rapporti. La solidarietà, intesa come fondamento, giustifica l'attribuzione patrimoniale determinata dai contratti, dai provvedimenti amministrativi e da altri atti o fatti rilevanti per il diritto.

La solidarietà come fondamento si riveste, progressivamente, della forma dell'atto amministrativo e del contratto; di un particolare tipo negoziale (l'appalto, il mutuo, la sovvenzione e così via); dei caratteri della onerosità o gratuità, unilateralità, bilateralità o plurilateralità, e così via. Ma, al di là delle diverse tecniche giuridiche con il quale viene espresso, il fondamento rimane quello riconducibile all'attuazione del dovere di solidarietà.

La solidarietà come fondamento dei rapporti giuridici è individuato dalle norme costituzionali e dalle altre fonti ordinarie. In particolare la solidarietà, lo si è detto ripetutamente, si caratterizza per avere un rilievo costituzionale. La solidarietà agisce nel nostro ordinamento giuridico come obbligo costituzionale, che incide nei rapporti giuridici sia direttamente, sia attraverso le fonti giuridiche subordinate. Ma questa, seppure importantissima rilevanza costituzionale, non esaurisce la portata della solidarietà nel diritto vigente.

La solidarietà, lo si è visto nelle pagine precedenti, incide nel sistema giuridico a livelli diversi: come fondamento dei rapporti, nell'interpretazione e nella disciplina dei contratti e dei provvedimenti amministrativi, nell'attribuire un significato a clausole generali come la «buona fede».

La solidarietà, pertanto, opera in modo multiforme nell'intero sistema giuridico: essa si manifesta attraverso norme e concetti diversi, rappresenta un essenziale strumento di interpretazione del sistema, ma la sua qualità principale appare la capacità di attraversare l'intero ordinamento giuridico.

Per spiegare questa qualità, si è opportunamente parlato di «carattere pervasivo» (Rodotà), «forza espansiva» (Morozzo della Rocca) della solidarietà, di strumento interpretativo di tutti i rapporti di diritto civile (F. Santoro Passarelli). La solidarietà opera, pertanto, su di un piano più ampio delle sue singole manifestazioni giuridiche, costituendo una «eccedenza di contenuto deontologico» rispetto alle specifiche disposizioni. La solidarietà così concepita è, alla fine, anche e soprattutto un «principio generale dell'ordinamento» (art. 12 cpv. delle disposizioni preliminari al codice civile italiano; art. 19 *Código civil D.F.*).

La qualificazione della solidarietà come principio generale è utile a far comprendere il perché questo concetto svolge molteplici funzioni all'interno dell'ordinamento e perché influenza oggi in modo determinate la costruzione del diritto nazionale e sovranazionale.

Riferimenti bibliografici:

- G. Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, p. 369 ss.
- A. Ariño (Ed.), *Diccionario de la Solidaridad, Cuadernos de Solidaridad n. 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- P. Baldwin, *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State 1875-1975*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- F.D. Busnelli, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, p. 435 ss.
- R. Cippitani, *Il principio di solidarietà nei rapporti di diritto privato*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzaresse, A. Sassi (cur.), *Diritto privato*, 1, *Fondamenti etici e processo* a cura di A. Donati e A. Sassi, Utet, Torino, 2009, p. 165 ss.
- A. Donati, *La concezione della giustizia nella vigente costituzione*, Esi, Napoli, 1998.
- F. Giuffrè, *La Solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- P. Perlingeri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991.
- A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in A. Palazzo, S. Mazzaresse (cur.), *I contratti gratuiti*, Utet, Torino, 2008.

- G. Peces-Barba Martinez ed altri, *Historia de los derechos fundamntales*, Dykinson, Madrid, 2001.
- J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (trad. italiana), Giuffré, Milano, 2008.
- S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- A. Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Università di Perugia, Perugia, 2006.
- S. Stejernø, *Solidarity in Europe. The History of an Idea*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- E.J. Vidal Gil, *Los Derechos de Solidaridad en el Ordenamiento Jurídico Español, Cuadernos de Solidaridad n. 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.



Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 316.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.
3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securitization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.

8. STEFANIA CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. ELENA BABUCCI, *Le situazioni giuridiche soggettive nella società dell'informazione e della conoscenza*, 2008, p. 120.

Manuali :

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

